

Anuario 2023 de Jurisprudencia Laboral

(Estudio de 100 casos relevantes)

Consejo de Redacción

ARETA MARTÍNEZ, María (Secretaria)
ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel (Subdirector)
BALLESTER PASTOR, Inmaculada
CASAS BAAMONDE, María Emilia
CAVAS MARTÍNEZ, Faustino
GARCÍA ROMERO, Belén
LÓPEZ BERMEJO, Óscar
LOUSADA AROCHENA, José Fernando
MARTÍNEZ MOYA, Juan
MOLINA GUTIÉRREZ, Susana María
MONEREO PÉREZ, José Luis
NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena
RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana
ROJO TORRECILLA, Eduardo
SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Director)
VILA TIERNO, Francisco

ANUARIO 2023 DE JURISPRUDENCIA LABORAL

(ESTUDIO DE 100 CASOS RELEVANTES)

Autores

ARETA MARTÍNEZ, María (Secretaria)
ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel (Subdirector)
BALLESTER PASTOR, Inmaculada
CASAS BAAMONDE, María Emilia
CAVAS MARTÍNEZ, Faustino
GARCÍA ROMERO, Belén
LÓPEZ BERMEJO, Óscar
LOUSADA AROCHENA, José Fernando

MARTÍNEZ MOYA, Juan
MOLINA GUTIÉRREZ, Susana María
MONEREO PÉREZ, José Luis
NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena
RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana
ROJO TORRECILLA, Eduardo
SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Director)
VILA TIERNO, Francisco

Primera edición: febrero de 2024

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados

- © AEBOE por la presente edición
- © Los autores por sus respectivas monografías



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

NIPO AEBOE (papel): 144-24-017-4

NIPO AEBOE (PDF): 144-24-018-X

ISBN: 978-84-340-2962-0

Depósito Legal: M-3930-2024

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54 - 28050 Madrid

PRESENTACIÓN

A lo largo del año 2023, la *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)* ha publicado por entregas los comentarios a 100 resoluciones judiciales dictadas por distintos órganos judiciales de varias jurisdicciones; ahora se aglutinan en este *Anuario de Jurisprudencia Laboral (AJL)* editado dentro de la Colección de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

En su quinto año de singladura, la *RJL* sigue cumpliendo el objetivo de alcanzar el número redondo de cien pequeños estudios. Decisión caprichosa o elección premeditada, lo cierto es que el guarismo simboliza algunos rasgos que definen tanto a la *RJL* cuanto a su hermano mayor, este que ahora presentamos. Como enseñan las matemáticas, cien es el sumatorio de los diez primeros números primos, los cuales son diversos y diversas son también las cuestiones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social analizadas por un grupo plural de autores. El deseo del Consejo de Redacción, del Consejo Asesor, y también del Equipo de Dirección, es que la *RJL* llegue cada vez a más gente, convirtiéndose así en una herramienta útil para quienes muestran interés y/o desarrollan su quehacer profesional en este sector del ordenamiento jurídico. Cien es el número de años de un siglo y manifestación de longevidad, siendo también longeva y fructífera la trayectoria que deseamos para la *RJL*.

Resumir un año del laboralismo en cien resoluciones judiciales es tan convencional como hacerlo con cualquier otro número de ellas, por lo que en modo alguno se ha pretendido ni la exhaustividad, ni la especialidad. La selección y contenidos son libre decisión de quienes integran el Consejo de Redacción, aunque es obvio que siempre se ha pretendido abordar cuestiones de importancia y actualidad. Asimismo, la similar estructura de todas las entradas del Anuario pretende que quien se acerca al mismo pueda moverse con familiaridad en cualquiera de los epígrafes.

Es de justicia dejar constancia de que este Anuario no hubiera sido posible sin el trabajo riguroso y generoso de los miembros de los Consejos de Redacción y Asesor de la *RJL*, sin el soporte técnico e infraestructura de la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, sin la atención y seguimiento de quienes lo consultan. Desde aquí trasladamos nuestro sincero agradecimiento y el compromiso de mantener esta empresa mientras nos sea encomendada.

Madrid, 8 de enero de 2024

Antonio V. Sempere Navarro (Director)
Ángel Arias Domínguez (Subdirector)
María Areta Martínez (Secretaría)

ÍNDICE PRINCIPAL

§ 1.	Larga temporalidad en la contratación de investigadores universitarios. Su adecuación a las exigencias de la Directiva 1999/70. STJUE (Sala Sexta) de 15 de diciembre de 2022 (Asuntos acumulados C-40/20 y C-173/20). <i>Susana Rodríguez Escanciano</i>	15
§ 2.	Cotización a la Seguridad Social de la indemnización mejorada por convenio colectivo: ¿una duda razonable? STS-CONT 1339/2022, de 20 de octubre. <i>Faustino Cavas Martínez</i>	27
§ 3.	Sobre la convivencia prematrimonial a efectos de viudedad. STS-CONT 1417/2022, de 2 de noviembre. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	37
§ 4.	Discriminación directa por embarazo en el acceso al empleo público temporal. STS-CONT 1555/2022, de 23 de noviembre. <i>María Emilia Casas Baamonde</i>	49
§ 5.	Legitimación empresarial para interponer recurso de casación unificadora en el proceso de impugnación de sanciones: cerrando puertas al recurso. STS-SOC 879/2022, de 2 de noviembre. <i>Juan Martínez Moya</i>	69
§ 6.	Despido disciplinario por actuaciones fuera del ámbito de las funciones de la persona trabajadora. STS-SOC 887/2022, de 2 de noviembre. <i>Francisco Vila Tierno</i>	77
§ 7.	Sucesión en contratos: requisitos para la subrogación legal y convencional y límites regulativos intrínsecos del «pliego de cláusulas administrativas» particulares de la adjudicación. STS-SOC 902/2022, de 11 de noviembre. <i>José Luis Monereo Pérez</i>	87
§ 8.	Proceso por despido e inmunidad de jurisdicción. STS-SOC 949/2022, de 30 de noviembre. <i>Ángel Arias Domínguez</i>	105
§ 9.	¿Participar en competiciones deportivas estando de baja médica por lesión musculoesquelética es sancionable con despido disciplinario? STSJ-SOC Aragón 851/2022, de 21 de noviembre. <i>María Areta Martínez</i>	115
§ 10.	Panorama tras la entrada en vigor Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, en la calificación del despido cuando acaece durante baja por incapacidad temporal. Nueva consideración del concepto enfermedad. SJS núm. 1 Gijón 419/2022, de 15 de noviembre. <i>Óscar López Bermejo</i>	133
§ 11.	Geolocalización lícita, probablemente desproporcionada. La necesidad de una vigilancia cualitativa, no cuantitativa. STEDH (Sección Cuarta) de 13 de diciembre de 2022. Alfonso Florido de Almeida Vasconcelos Gramaxo c. Portugal. <i>Magdalena Nogueira Guastavino</i>	139
§ 12.	Carácter ganancial de la indemnización por despido improcedente. STS-CIV 1036/2022, de 23 de diciembre. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	151

	Página
§ 13. Convenios colectivos vs Estatuto de los Trabajadores: El problema del <i>dies a quo</i> en el disfrute de permisos retribuidos. STS-SOC 982/2022, de 20 de diciembre. <i>Susana María Molina Gutiérrez</i>	163
§ 14. Prestación por adopción del hijo/a del cónyuge o pareja: comentario a una sentencia dictada según la normativa anterior al RDL 6/2019 cuyas enseñanzas sirven para después. STS-SOC 997/2022, de 21 de diciembre. <i>José Fernando Lousada Arochena</i>	171
§ 15. Ausencia de grabación del juicio oral y nulidad de actuaciones: el debate sobre la indefensión, en el centro. STS-SOC 4/2023, de 10 de enero. <i>Faustino Cavas Martínez</i>	181
§ 16. La menor indemnización pactada para los trabajadores mayores de 60 años afectados por un despido colectivo no constituye una discriminación por razón de edad. STS-SOC 62/2023, de 24 de enero. <i>Belén García Romero</i>	189
§ 17. El personal docente e investigador contratado temporalmente por las Universidades Públicas tiene derecho a solicitar, y en su caso percibir, los complementos de investigación de ámbito nacional. STS-SOC 70/2023, de 25 de enero. <i>Ángel Arias Domínguez</i>	197
§ 18. ¿Debe considerarse el tiempo de espera como tiempo de trabajo? SAN-SOC 152/2022, de 22 de noviembre. <i>Francisco Vila Tierno</i>	207
§ 19. ¿Discriminación laboral por parentesco? Sus límites (en especial, en pequeñas empresas). STSJ-SOC Galicia 5654/2022, de 15 de diciembre. <i>Eduardo Rojo Torrecilla</i>	219
§ 20. El reconocimiento del cobro de una indemnización por despido superior a 33 días en cumplimiento del Convenio n.º 158 de la OIT y del art. 24.º de la Carta Social europea: ¿un cambio de paradigma? STSJ-SOC Cataluña 469/2023, de 30 de enero. <i>Inmaculada Ballester Pastor</i>	227
§ 21. Tiempo de trabajo. Descanso diario y descanso semanal: dos periodos de tiempo claramente diferenciados. STJUE (Sala Segunda) de 2 de marzo de 2023 (C-477/21). <i>Eduardo Rojo Torrecilla</i>	239
§ 22. ¿Los servicios sanitarios prestados en residencias privadas de personas mayores computan como experiencia profesional en los procesos selectivos de personal estatutario temporal del Sistema Nacional de Salud? STS-CONT 147/2023, de 8 de febrero. <i>María Areta Martínez</i>	249
§ 23. Sobre el modo de impugnar los servicios mínimos y sus lesivas consecuencias. STS-CONT 199/2023, de 16 de febrero. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	259
§ 24. Incongruencia omisiva: la sentencia de suplicación no emite pronunciamiento sobre los aspectos accesorios con previsión legal de las pretensiones principales. Los daños morales operan de forma automática al declararse la existencia de vulneración de derechos fundamentales. STS-SOC 7/2023, de 10 de enero. <i>Óscar López Bermejo</i>	271

	Página
§ 25. Ciberderechos sindicales, de nuevo conseguidos a golpe de sentencia. STS-SOC 71/2023, de 25 de enero. <i>José Fernando Lousada Arochena</i>	281
§ 26. Desistimiento de la demanda por un retraso de veinte minutos: el aviso previo o la justificación de que no se pudo hacer el aviso como exigencias procesales para evitarlo ¿Una cuestión de legalidad ordinaria? STS-SOC 102/2023, de 2 de febrero. <i>Juan Martínez Moya</i>	291
§ 27. Huelga feminista y premio por presencia: el tiempo empleado en una huelga no puede ser considerado absentismo a tales efectos, en ausencia de especificación expresa en el convenio colectivo. STS-SOC 128/2023, de 9 de febrero. <i>Magdalena Nogueira Guastavino</i>	301
§ 28. Transgresión de la buena fe contractual y conductor de autobús: es procedente el despido disciplinario motivado por la detección de cocaína en un control de la Guardia Civil. STS-SOC 149/2023, de 21 de febrero. <i>Inmaculada Ballester Pastor</i>	307
§ 29. Familia monoparental y permiso de paternidad: ¿es posible la acumulación y disfrute de los dos permisos en un solo progenitor por vía de interpretación jurídica finalista? STS-SOC (Pleno) 169/2023, de 2 de marzo de 2023. <i>José Luis Monereo Pérez</i>	317
§ 30. ¿Una «tercera» doctrina judicial sobre la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales y sus efectos en la calificación del despido? STSJ-SOC Galicia 925/2023, de 15 de febrero. <i>María Emilia Casas Baamonde</i>	331
§ 31. No discriminación en la fijación de un tope máximo de edad para el acceso a funciones policiales. STS-CONT 335/2023, de 15 de marzo. <i>Susana Rodríguez Escanciano</i>	351
§ 32. El EBEP impide remunerar los «permisos» autonómicos por guarda legal. STS-CONT 421/2023, de 29 de marzo. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	361
§ 33. La propia actividad como ejemplo de concepto jurídico indeterminado. STS-SOC 186/2023, de 9 de marzo. <i>Francisco Vila Tierno</i>	369
§ 34. Hacer supuesto de la cuestión como vía para el fracaso de los recursos extraordinarios. STS-SOC (Pleno) 196/2023, de 15 de marzo. <i>Susana María Molina Gutiérrez</i>	379
§ 35. Subrogación convencional y «despido colectivo de hecho». Precisiones sobre el régimen jurídico integrador de la subrogación empresarial. STS-SOC (Pleno) 197/2023, de 15 de marzo. <i>José Luis Monereo Pérez</i>	387
§ 36. La ceguera no implica el reconocimiento automático de una situación de gran invalidez. STS-SOC 199/2023, de 16 de marzo. <i>Faustino Cavas Martínez</i>	403
§ 37. Tiempo invertido en la ampliación de demanda frente a los administradores concursales y su impacto en el pago de salarios de	

	Página
tramitación por el Estado. STS-SOC 205/2023, de 21 de marzo. <i>Juan Martínez Moya</i>	411
§ 38. Derecho a la jubilación parcial y alcance de la obligación empresarial de acceder a ella a la vista de la regulación legal y del convenio colectivo aplicable. STS-SOC 236/2023, de 29 de marzo. <i>Belén García Romero</i>	423
§ 39. El accidente laboral en el trabajo a domicilio y el concepto de «zona de trabajo». STSJ-SOC Madrid 89/2023, de 3 de febrero. <i>Ángel Arias Domínguez</i>	433
§ 40. El suicidio como accidente de trabajo: ¿qué hay que probar y cómo probarlo? STSJ-SOC Cantabria 118/2023, de 27 de febrero. <i>José Fernando Lousada Arochena</i>	443
§ 41. Vacaciones devengadas y no disfrutadas por motivos de salud cuando existe dispensa empresarial de acudir al trabajo: el derecho no prescribe, aunque no se hayan pedido antes de terminar el contrato a tiempo parcial, y se concreta en una compensación económica sustitutiva. STJUE (Sala Sexta) de 27 de abril de 2023 (asunto C-192/22). <i>Magdalena Nogueira Guastavino</i>	451
§ 42. Legislación excepcional de urgencia e igualdad de género en el empleo y la ocupación. La constitucionalidad del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. STC (Pleno) 18/2023, de 21 de marzo. <i>María Emilia Casas Baamonde</i>	457
§ 43. La protección reforzada de la libertad de expresión en la actividad sindical. STC (Sala Primera) 22/2023, de 27 de marzo. <i>Eduardo Rojo Torrecilla</i>	481
§ 44. ¿Los cuadros médicos de exclusiones para el ingreso en las Fuerzas Armadas, la Guardia Civil y el Cuerpo Nacional de Policía operan de forma automática? A propósito del uso de lentes fáquicas. STS-CONT 221/2023, de 23 de febrero. <i>María Areta Martínez</i>	491
§ 45. Inaplicación de la categoría «indefinido no fijo» para el personal estatutario. STS-CONT 631/2023, de 16 de mayo. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	503
§ 46. Las borrosas fronteras del Derecho del Trabajo en el sector audiovisual. STS-SOC 254/2023, de 11 de abril. <i>Susana María Molina Gutiérrez</i>	517
§ 47. ERTE y posible nulidad del acuerdo alcanzado en periodo de consultas por fraude de ley y abuso de derecho. STS-SOC 259/2023, de 12 de abril. <i>Belén García Romero</i>	527
§ 48. Impugnación del alta médica y despido disciplinario por ausencias injustificadas al trabajo. STS-SOC 276/2023, de 17 de abril. <i>Faustino Cavas Martínez</i>	535
§ 49. Subrogación contractual vía convencional y posterior detección de la falta de titulación del trabajador requerida en el pliego de condiciones:	

	Página
despido procedente por ineptitud sobrevenida. STS-SOC 306/2023, de 25 de abril. <i>Inmaculada Ballester Pastor</i>	545
§ 50. Efecto del desistimiento de solicitud de pensión de jubilación tras ser notificado reconocimiento del INSS. STS-SOC 320/2023, de 26 de abril. <i>Óscar López Bermejo</i>	555
§ 51. Derecho a la tutela judicial efectiva por excesiva dilación en la fecha de fijación del juicio: los vaivenes del TC. STC (Sala Primera) 31/2023, de 17 de abril de 2023. <i>Eduardo Rojo Torrecilla</i>	561
§ 52. Prioridad temporal en la presentación de candidaturas ante el Servicio Público de Empleo como criterio de desempate entre los aspirantes más meritorios a plazas de personal laboral a término en el sector público. STS-CONT 661/2023, de 23 de mayo. <i>Susana Rodríguez Escanciano</i>	571
§ 53. Sobre la pérdida de la habilitación para tareas de Seguridad Privada. STS-CONT 728/2023, de 1 de junio. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	581
§ 54. Legitimación negocial de secciones sindicales con implantación. STS-SOC 267/2023, de 12 de abril. <i>Francisco Vila Tierno</i>	591
§ 55. ¿Qué eficacia real tiene el accidente en misión como modalidad específica y ampliada de accidente de trabajo? Delimitación restrictiva atendiendo a los requisitos jurisprudenciales para calificar el accidente en misión. STS-SOC 278/2023, de 18 de abril. <i>José Luis Monereo Pérez</i>	601
§ 56. El complemento de maternidad por aportación demográfica del art. 60 TRLGSS en la redacción del precepto previa al RD-ley 3/2021 puede reconocerse a ambos progenitores. STS-SOC (Pleno) 362/2023, de 17 de mayo. <i>Inmaculada Ballester Pastor</i>	615
§ 57. La expectativa legítima de privacidad y la prueba videográfica obtenida por detectives en el jardín del domicilio de la persona trabajadora. STS-SOC 380/2023, de 25 de mayo. <i>Ángel Arias Domínguez</i>	627
§ 58. Intereses moratorios y procesales en la ejecución social: compatibles, pero autónomos e independientes en su aplicación. Los moratorios deben ser pedidos para ser concedidos. STS-SOC 382/2023, de 30 de mayo. <i>Juan Martínez Moya</i>	637
§ 59. Elección del procedimiento adecuado, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo -art. 138 LRJS- o derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral -art. 139 LRJS-; uso de la facultad judicial del art.102.2 LRJS reconducción del procedimiento en el caso de inadecuación. STS-SOC 396/2023, de 5 de junio. <i>Óscar López Bermejo</i>	647
§ 60. La cuantificación de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales en el proceso laboral: la cuantía mínima del baremo LISOS como derecho necesario. STS-SOC 397/2023, de 6 de junio. <i>José Fernando Lousada Arochena</i>	657

	Página
§ 61. El alcance material de la obligación empresarial de información y consulta a los trabajadores sobre empleo en las empresas (y centros de trabajo), y su dimensión general. STJUE (Sala Séptima) de 6 de julio de 2023 (asunto C-404/22). <i>María Emilia Casas Baamonde</i>	665
§ 62. Falsas cooperativas: un supuesto de fraude laboral con trascendencia penal. STS-PEN 643/2023, de 5 de julio. <i>Fernando Lousada Arochena</i>	679
§ 63. ¿Puede exigirse una inscripción trimestral en desempleo para acceder a empleos públicos temporales? STS-CONT 958/2023, de 12 de julio. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	687
§ 64. Mejora voluntaria de la prestación de IT prevista en el Convenio Colectivo de RENFE e inclusión o no en su importe de la prorrata de las pagas extras. STS-SOC 406/2023, de 7 de junio. <i>Belén García Romero</i>	699
§ 65. No vulnera el derecho de huelga la decisión empresarial de imponer al 100% del personal la realización de servicios mínimos cuando se limita a cumplir los servicios mínimos establecidos por la autoridad gubernativa. STS-SOC 417/2023, de 9 de junio. <i>Magdalena Nogueira Guastavino</i>	707
§ 66. La concreción de los efectos económicos de las pensiones de Seguridad Social. STS-SOC 418/2023, de 12 de junio. <i>Susana María Molina Gutiérrez</i>	715
§ 67. ¿Determina la falta de autorización administrativa para volar en los tripulantes de cabina de pasajeros el reconocimiento de la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual? STS-SOC 435/2023, de 15 de junio. <i>Ángel Arias Domínguez</i>	723
§ 68. La aplicación de la figura del indefinido no fijo a las fundaciones del sector público. STS-SOC 441/2023, de 20 de junio. <i>Francisco Vila Tierno</i>	731
§ 69. El espejismo de la percepción duplicada del complemento de maternidad por ambos progenitores por aplicación de la DT 33. ^a del TRLGSS. STS-SOC 461/2023, de 29 de junio. <i>Inmaculada Ballester Pastor</i>	741
§ 70. ¿Cuál es el <i>dies a quo</i> para el devengo de los intereses procesales en la jurisdicción social? STSJ-SOC Madrid 538/2023, de 2 de junio. <i>María Areta Martínez</i>	753
§ 71. Indemnización por reincidencia en discriminación por razón de sexo en actuación de entidad gestora tras pronunciamiento del TJUE. Art. 60 LGSS. STJUE (Sala Segunda) de 14 de septiembre de 2023 (Asunto C-113/22). <i>Óscar López Bermejo</i>	763
§ 72. Derecho a la libertad ideológica en el marco de la relación laboral. STC (Sala Segunda) 79/2023, de 3 de julio. <i>Eduardo Rojo Torrecilla</i>	773
§ 73. Competencia de la jurisdicción social en los litigios sobre altos cargos. STS-CIV 546/2023, de 19 de abril. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	783

	Página
§ 74. Las lesiones causadas por la aparición súbita de complicaciones en el transcurso de una intervención quirúrgica deben considerarse accidente no laboral. STS-SOC 514/2023, de 17 de julio. <i>Faustino Cavas Martínez</i>	791
§ 75. El acceso a la suplicación: ¿un endurecimiento de las reglas procesales desde la doctrina jurisprudencial? STS-SOC 526/2023, de 19 de julio. <i>Susana María Molina Gutiérrez</i>	799
§ 76. El juego de cómputos de plazos de caducidad y supletoriamente de prescripción en el despido comunicado anómalamente al trabajador por la Administración Pública empleadora: la acción por despido siempre tiene plazo de ejercicio. STS-SOC 529/2023, de 19 de julio. <i>Juan Martínez Moya</i>	807
§ 77. Huelga y servicios esenciales: requisitos para declarar la vulneración del derecho fundamental de huelga. STS-SOC 537/2023, de 19 de julio. <i>José Luis Monereo Pérez</i>	817
§ 78. Proceso de tutela de derechos fundamentales y acción procesal de condena al abono de prestaciones de seguridad social (del complemento de maternidad solicitado por un varón). STS-SOC 540/2023, de 19 de julio. <i>María Emilia Casas Baamonde</i>	833
§ 79. Consideraciones sobre la aplicación del cupo de reserva del dos por cien de plazas para personas con discapacidad en las empresas públicas. SAN-SOC 87/2023, de 4 de julio. <i>Susana Rodríguez Escanciano</i>	847
§ 80. ¿En qué casos el pluriempleo es causa de despido disciplinario?, ¿y qué valor probatorio tiene el informe de un detective privado en el proceso de despido? STSJ-SOC La Rioja 91/2023, de 26 de julio. <i>María Areta Martínez</i>	857
§ 81. La Directiva sobre despidos colectivos no impone informar a los trabajadores individualmente considerados del proyecto de despido cuando la ausencia de representantes se debe a la pasividad de los trabajadores. STJUE (Sala Séptima) de 5 de octubre de 2023 (Asunto C-496/22). <i>Magdalena Nogueira Guastavino</i>	871
§ 82. Sobre premios e incentivos a la jubilación anticipada. STS-CON1255/2023 de 16 octubre. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	879
§ 83. Construyendo las fronteras entre la jurisdicción social y mercantil: despido colectivo tácito y crisis empresarial. STS-SOC (Pleno) 557/2023, de 14 de septiembre. <i>Susana María Molina Gutiérrez</i>	887
§ 84. Las bajas voluntarias incentivadas computan a efectos numéricos para el despido colectivo. STS-SOC (Pleno) 558/2023, de 19 de septiembre. <i>Eduardo Rojo Torrecilla</i>	899
§ 85. Teletrabajo y tiempo de trabajo efectivo: desconexiones digitales involuntarias impeditivas del trabajo. Y derecho a la desconexión digital por motivos fisiológicos («derecho de lavabo»). STS-SOC 565/2023, de 19 de septiembre. <i>María Emilia Casas Baamonde</i>	907

	Página
§ 86. Salud laboral y carga de trabajo (en la Carrera Judicial y no solo en la Carrera Judicial). STS-SOC (Pleno) 581/2023, de 22 de septiembre. <i>José Fernando Lousada Arochena</i>	923
§ 87. Adscripción a un turno de trabajo fijo por motivos de conciliación: presunción de necesidad adaptativa. STSJ-SOC Galicia 1941/2023, de 17 de abril. <i>Susana Rodríguez Escanciano</i>	933
§ 88. ¿La reducción de jornada por guarda legal lleva aparejada la disminución proporcional de los complementos salariales de turnicidad y de exceso de tiempo de relevo? STSJ-SOC Cantabria 373/2023, de 19 de mayo. <i>María Areta Martínez</i>	943
§ 89. Puede modificarse el período de disfrute del subsidio por paternidad, una vez se ha solicitado y reconocido por el INSS: no hay disposición legal o reglamentaria que lo impida. STSJ-SOC Cataluña 4873/2023, de 26 de julio. <i>Inmaculada Ballester Pastor</i>	953
§ 90. La utilización de la corresponsabilidad como criterio modulador de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar por parte de la empresa. STSJ-SOC Madrid 768/2023, de 15 de septiembre. <i>Belén García Romero</i>	963
§ 91. Aplicación de la regla «pro rata temporis» en el contrato a tiempo parcial. A propósito de la retribución del tiempo extraordinario en la actividad de vuelo. STJUE (Sala Primera) de 19 de octubre de 2023 (Asunto C-660/20). <i>Susana Rodríguez Escanciano</i>	971
§ 92. Aplazamiento de los derechos a vacaciones anuales retribuidas por enfermedad de larga duración ¿Hasta cuándo y cuántos periodos consecutivos se pueden reclamar? STJUE (Sala Primera) de 9 de noviembre de 2023 (Asuntos acumulados C-271/22 a C-275/22). <i>Juan Martínez Moya</i>	983
§ 93. Establecimiento y aplicación de coeficientes reductores en la edad de jubilación. STS-CONT 1333/2023, de 26 de octubre. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	993
§ 94. Condena a daños y perjuicios por salarios dejados de percibir en casos de nulidad de extinción acordada por el Organismo de Trabajo Penitenciario y formación para el Empleo, en el marco de una relación laboral especial de los penados. STS-SOC 566/2023, de 19 de septiembre. <i>Óscar López Bermejo</i>	1003
§ 95. Extinción de la relación laboral basada en el reconocimiento al empresario de una Incapacidad Permanente Absoluta. ¿Cuál es el plazo prudencial que debe mediar entre la declaración de la incapacidad y la comunicación de la decisión extintiva para que opere válidamente la causa? STS-SOC 600/2023, de 28 de septiembre. <i>Belén García Romero</i>	1011
§ 96. Incumplimiento empresarial como causa de extinción del contrato. La excepción a la casuística en el acceso a la unificación de doctrina en esta materia. STS-SOC 719/2023, de 4 de octubre. <i>Francisco Vila Tierno</i>	1019

	<u>Página</u>
§ 97. ¿Se aplica el salario mínimo interprofesional a todas las relaciones laborales de carácter especial? STS-SOC 725/2023, de 10 de octubre. <i>Magdalena Nogueira Guastavino</i>	1027
§ 98. Visión monocular e incapacidad permanente, no siempre parcial. STS-SOC 731/2023, de 10 de octubre. <i>Ángel Arias Domínguez</i>	1035
§ 99. Despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual, función tipificadora del convenio colectivo y principios del Derecho Disciplinario Laboral. STS-SOC 750/2023, de 17 de octubre. <i>José Luis Monereo Pérez</i>	1043
§ 100. Compromiso de mantenimiento del empleo y despido disciplinario: ¿puede la empresa interesar la declaración de procedencia del despido para evitar la reclamación de cuotas de cuyo pago quedó exonerada durante el ERTE por Covid-19? SJS núm. 7 Murcia 32/2023, de 27 de abril. <i>Faustino Cavas Martínez</i>	1057

§ 1 **Larga temporalidad en la contratación de investigadores universitarios. Su adecuación a las exigencias de la Directiva 1999/70.**

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León.

Resumen: *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que la normativa italiana aplicable en el marco de la investigación universitaria respeta los términos de la Directiva 1999/70/CE, pese a que la extensión de la temporalidad de estos investigadores puede llegar incluso a 12 años, no se les aplica la prohibición de encadenamiento contractual y quedan excluidos de los procesos generales de estabilización.*

Palabras clave: *Contratación temporal. Investigadores universitarios. Encadenamiento contractual. Precariedad.*

Abstract: *The Court of Justice of the European Union considers that the Italian legislation applicable to university research is in line with the terms of Directive 1999/70/EC, although the duration of these researchers can be extended to 12 years, they are not subject to the prohibition of contractual chains of employment and are excluded from the general stabilisation process.*

Keywords: *Temporary contracting. University researchers. Contractual chains. Insecure employment. Job precariousness.*

I. Introducción

La Directiva 1999/70, de 28 de junio, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, toma como punto de partida la consideración de que la contratación indefinida "...no sólo es la forma más común de relación laboral...", sino también la más deseable en la medida en que contribuye "a la calidad de vida de los trabajadores afectados y a mejorar su rendimiento". Esta proclamación de la centralidad de los contratos laborales de carácter indefinido, idea reforzada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea^[1], no es obstáculo para reconocer un espacio de desarrollo de la contratación temporal a partir de la doble constatación de que estos tipos contractuales "...son característicos del empleo en algunos sectores, ocupaciones y actividades" y de que su utilización puede "...convenir tanto a los empresarios como a los trabajadores", pero siempre ha de estar basada en "razones objetivas"^[2].

Esta Directiva se aprueba, además, para la consecución de dos objetivos relacionados entre sí^[3]. Uno de ellos es la necesidad de establecer los principios generales y las condiciones mínimas para que los contratos de trabajo de duración determinada y las relaciones laborales de este tipo tuvieran un mayor nivel de

garantías, mejorando así su calidad y estableciendo además el postulado o derecho fundamental de no discriminación basada en la duración de la relación laboral. Otro pretende diseñar reglas para evitar abusos en la utilización de este tipo de vínculos a través de su justificación por razones objetivas, tomando como referencia que el contrato indefinido debería ser la regla general y el temporal sólo procede en supuestos tipificados legalmente.

Desde tales premisas, la cláusula 4 del citado Acuerdo marco establece el principio de no discriminación de los trabajadores con contrato a término respecto de los trabajadores indefinidos comparables como principio general del Derecho de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva, al tiempo que la cláusula 5 impone a los Estados miembros el propósito de evitar contratos temporales sucesivos, debiendo incluir en sus ordenamientos disposiciones que prevengan y sancionen dicha renovación sucesiva abusiva, si bien contando con un margen de discrecionalidad en cuanto a las medidas preventivas y represivas a establecer dentro del límite del principio de efectividad^[4].

Llama la atención, de un lado, la referencia al “principio de no discriminación”, utilizando la misma terminología que otras normas comunitarias referidas al sexo o a la raza, y, de otro, la técnica a la que se acude para aplicar este parámetro, cual es la de “trabajador comparable”, definido en la cláusula 3 como “un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinida, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña”^[5].

Todo ello sin olvidar la exigencia de no regresión que impone esta Directiva, eliminando *de radice* cualquier posibilidad de rebajar el nivel general de protección de los trabajadores o lo que es lo mismo impidiendo la “igualación por abajo” entre fijos y temporales.

Como no podía ser de otra manera, esta Directiva extiende su ámbito subjetivo no solo al trabajo en el sector privado, sino también al empleo público con independencia de su naturaleza jurídica (funcionario, estatutario, laboral o, incluso, de confianza), incluyendo también al personal investigador al servicio de las Universidades.

Precisamente, el análisis de la posible falta de adecuación del régimen jurídico aplicable en Italia a este tipo de personal investigador universitario a la Directiva mencionada constituye el objeto de la Sentencia aquí comentada.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala sexta).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia de 15 de diciembre de 2022 (Asuntos acumulados C-40/20 y C-173/20).

Tipo y número recurso o procedimiento: Procedimiento prejudicial

ECLI: ECLI:EU:C:2022:985

Fuente: EUR-Lex

Ponente: Sr. A. Kumin

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

En un contexto de litigios surgidos en Italia, en el que varios investigadores universitarios (contratados por tres años con prórroga por dos anualidades más) solicitan, bien convertir sus contratos de trabajo de duración determinada en vínculos de duración indefinida a través de un proceso de estabilización, o bien permitir que se

sometan a evaluación a efectos de su inscripción como personal estable en la lista de profesores asociados, el Consejo de Estado Italiano formula varias peticiones de decisión prejudicial relativas a la interpretación de las cláusulas 4 y 5 de la Directiva 1999/70.

1. Iter procesal

Los demandantes celebraron con la Universidad de Perusa un contrato de investigador de una duración de tres años en virtud del artículo 24, apartado 3, letra a), de la Ley n.º 240/2010 y obtuvieron una prórroga de dos años.

Dichos investigadores universitarios solicitaron a dicha Universidad, invocando el artículo 20, apartado 1, del Decreto Legislativo n.º 75/2017, que incoara el procedimiento correspondiente de estabilización a efectos de su contratación por tiempo indefinido.

La Universidad denegó dichas solicitudes mediante notas de 11 y 19 de abril de 2018, por considerar que, conforme a la circular n.º 3, de 23 de noviembre de 2017, de la Presidencia del Consejo de Ministros, relativa a la estabilización del empleo precario en las Administraciones Públicas, la normativa contenida en el artículo 20 del Decreto Legislativo n.º 75/2017 no afectaba en modo alguno la relación laboral de los profesores y de los investigadores universitarios, pues sus contratos no estaban sujetos a dichos procedimientos de estabilización de los empleos precarios.

Los aludidos investigadores solicitaron también la posibilidad de someterse a evaluación para entrar en los listados de profesores asociados de carácter indefinido tal y como se reconoce a otro tipo de investigadores universitarios. Dicha pretensión también fue denegada por la Universidad, al entender que esta facultad queda restringida a quienes cuentan con un modelo contractual de otro tipo (artículo 24, apartado 3, letra b), de la Ley n.º 240/2010).

Los afectados impugnaron dichas denegaciones ante el Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Umbría, que desestimó dichos recursos por considerar, de un lado, que el procedimiento contemplado en el artículo 20, apartado 1, del Decreto Legislativo n.º 75/2017 contemplaba una excepción en la estabilización respecto a los investigadores universitarios, cuyas relaciones se rigen por las normas específicas de la Universidad y de la investigación científica y, de otro, que la evaluación para integrar las listas de profesores asociados está prevista para quienes exclusivamente cuentan con un contrato de la letra b) del artículo 24, apartado 3, de la Ley n.º 240/2010 (y no para quienes ostenten un vínculo de la letra a) de dicho precepto).

Ante tal resolución, los actores interpusieron recurso ante el Consejo de Estado.

2. Argumentación del Consejo de Estado

Este órgano jurisdiccional recuerda, con carácter preliminar, que el objetivo esencial del Acuerdo Marco y de los mecanismos de protección que establece no es excluir el contrato de duración determinada, sino la utilización abusiva de este instrumento, manifestando, además, sus reservas en cuanto a la aplicación automática de tales garantías tuitivas en los ámbitos de la investigación científica.

Apunta también que, tomando en consideración las particularidades inherentes a la investigación científica universitaria, una relación laboral de duración determinada, aun cuando sea consecutiva o próxima a un vínculo anterior entre las mismas partes, o se extienda temporalmente más allá de la duración máxima prevista en el artículo 19, apartado 1, del Decreto Legislativo n.º 81/2015 (24 meses), no es necesariamente una mera prolongación oculta y abusiva de la primera relación laboral.

Asimismo, manifiesta que la contratación a término del personal destinado a la investigación universitaria encuentra su justificación objetiva en el carácter a priori imprevisible de la naturaleza y del número de líneas de investigación que puedan

establecerse, así como del tipo, de la duración y del contenido de la propia actividad docente, no en vano en ambos casos las necesidades son temporales y no permanentes y se inscriben en espacios de tiempo que no están necesariamente cerrados.

Pese a estas consideraciones, dicho órgano jurisdiccional apunta sus dudas sobre el “riesgo real” que puede significar la normativa italiana aplicable a estos colectivos en cuanto a una posible “utilización abusiva de contratos de duración determinada”, pues en tal caso sería incompatible con “el objetivo y efecto útil del Acuerdo Marco”^[6], razón por la cual plantea seis cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea detalladas posteriormente.

IV. Posición de las partes

Los demandantes en los litigios principales son investigadores universitarios, titulares de un contrato, regulado en el apartado a) del artículo 24, párrafo 3, de la Ley n. 240/2010 con duración de tres años, prorrogables por otros dos, previa evaluación positiva de su actividad científica. Su reivindicación radica en que la Universidad, bien incoe el procedimiento correspondiente a efectos de su estabilización mediante la realización de un proceso de consolidación directo de los que excepcionalmente había establecido el Gobierno Italiano para el trienio 2018-2020 para el personal público con más de 3 años de temporalidad acumulada, o bien permita su evaluación al objeto de ser incluidos, tras un resultado positivo, en la lista de profesores asociados (indefinidos), tal y como sucede con aquellos investigadores que disfrutaban de un contrato regulado en la letra b) del artículo 24 apartado 3 de la Ley n. 240/2010.

La Universidad deniega ambas pretensiones.

V. Normativa aplicable al caso

La normativa italiana de aplicación en el litigio principal es, en esencia, la siguiente:

--La Ley n.º 240/2010, por la que se establecen normas en materia de organización de las universidades, de 30 de diciembre, establece:

1) en su artículo 22, apartado 9, que: “la duración total de las relaciones laborales..., con la misma persona, en ningún caso podrá ser superior a doce años, aunque no sean consecutivos”;

2) en su artículo 24, apartado 1, que: “dentro de los límites de los recursos disponibles para la programación elaborada, a fin de desarrollar actividades de investigación y docencia, así como actividades formativas complementarias y otras actividades destinadas a los estudiantes, las universidades podrán celebrar contratos de trabajo de duración determinada...”

3) en su artículo 24, apartado 3, que: los contratos temporales podrán ser de dos tipos: a) De duración trienal, que podrán ser objeto de una única prórroga de dos años, previa evaluación positiva de las actividades docentes y de investigación realizadas. Estos contratos podrán ser celebrados con la misma persona en distintos centros; b) Trienales, reservados a los candidatos que hayan sido contratados primero bajo el régimen establecido en la letra a) con evaluación positiva o que hayan obtenido la habilitación científica nacional para desempeñar las funciones de profesor de primer o segundo nivel ...o estén en posesión del título de especialización médica o que durante un período mínimo de tres años, que podrán no ser consecutivos, se hayan beneficiado de ayudas a la investigación...”. “Dentro de los límites de los recursos disponibles para la programación elaborada, durante el tercer año del contrato contemplado en el apartado 3, letra b), del artículo 24, la universidad evaluará al titular del contrato que haya obtenido la habilitación científica... En caso de evaluación positiva, el titular del contrato será inscrito en la lista de profesores asociados al término de este”.

--El Decreto Legislativo n.º 75/2017, de 25 de mayo de 2017, que dispone en su artículo 20 lo siguiente: "Con el fin de eliminar el empleo precario, reducir la utilización de contratos de duración determinada y valorar las competencias profesionales adquiridas por el personal empleado a través de contratos de duración determinada, las administraciones, en el período comprendido entre 2018 y 2020, podrán contratar por tiempo indefinido personal no directivo que cumpla los siguientes requisitos: a) después de la fecha de entrada en vigor de la Ley n.º 124 de 2015, si presta servicio en virtud de contratos de duración determinada en la administración contratante; b) haya sido contratado por duración determinada, en relación con las mismas actividades que desempeñe, mediante concursos celebrados por una administración pública, que puede ser distinta de la contratante; c) a fecha de 31 de diciembre de 2017, haya completado en el seno de la administración contratante al menos tres años de servicio, incluso no continuados, en los últimos ocho años". Asimismo, "en ese mismo período comprendido entre 2018 y 2020, las administraciones podrán convocar, sin perjuicio de la garantía de un acceso externo adecuado, previa indicación de la cobertura financiera, concursos reservados —en una proporción que no podrá superar el 50 % de los puestos disponibles— al personal no directivo que cumpla los siguientes requisitos: a) después de la fecha de entrada en vigor de la Ley n.º 124 de 2015, sea titular de un contrato de trabajo flexible en la administración convocante del concurso; b) a fecha de 31 de diciembre de 2017, haya completado en la administración convocante del concurso al menos tres años de contrato, incluso no continuados, en los últimos ocho años". Ahora bien, el presente artículo "no se aplicará a la contratación de personal docente y administrativo, técnico y auxiliar en las instituciones académicas y educativas estatales".

--El Decreto Legislativo n.º 368/2001, que incorporó al Derecho italiano la Directiva 1999/70, establecía lo siguiente: "Cuando, como consecuencia de la sucesión de contratos de duración determinada para desempeñar tareas equivalentes, la relación laboral entre el mismo empleador y el mismo trabajador haya superado en total los treinta y seis meses, incluidas las prórrogas y las renovaciones y con independencia de los períodos de interrupción que se produzcan entre un contrato y otro, se considerará que la relación laboral es por tiempo indefinido". Esta disposición fue reproducida, en esencia, y mantenida en vigor por el Decreto Legislativo n.º 81/2015, conforme al que "una vez superado el límite de 24 meses, ya se trate de un contrato único o de contratos sucesivos celebrados para el ejercicio de funciones del mismo nivel y sometidos al mismo régimen jurídico, el contrato se transformará en contrato por tiempo indefinido a partir de la fecha en que se supere ese término". No obstante, de conformidad con el Decreto Legislativo n.º 368/2001, los contratos de investigadores universitarios también están excluidos de esta previsión.

VI. Doctrina básica

Aun cuando todo apunta a que la legislación italiana no ha hecho lo suficiente para prevenir la utilización abusiva de los contratos temporales en el ámbito de la investigación universitaria, y que se pueden detectar algunas disfunciones que pueden contribuir a la precariedad del personal investigador en el sector universitario, que puede permanecer muchos años (demasiados) vinculado con contratos de naturaleza temporal, lo cierto es que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que dicha legislación es respetuosa con la Directiva 1999/70.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal de Justicia (Sala Sexta) declara:

1) La cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional italiana que permite a las universidades celebrar con los investigadores contratos de duración determinada de tres años, prorrogables por dos años más como máximo, sin supeditar su celebración ni su prórroga a razones objetivas vinculadas a exigencias temporales o excepcionales, y ello aunque se trate de atender las tareas ordinarias y permanentes de la universidad de que se trate.

2) La cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional italiana que fija en doce años la duración total de los contratos de trabajo que un mismo investigador puede celebrar, incluso con universidades e instituciones diferentes y aun cuando sea de manera no consecutiva.

3) La cláusula 4 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional italiana que prevé la posibilidad, en determinadas condiciones, de estabilizar el empleo de los investigadores de los organismos públicos de investigación que hayan celebrado un contrato de duración determinada, pero niega esta posibilidad a los investigadores universitarios que hayan celebrado un contrato de duración determinada.

4) La cláusula 4 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional italiana que, como excepción, por una parte, a la regla general aplicable a todos los trabajadores públicos y privados según la cual, a partir del año 2018, la duración máxima de una relación laboral de duración determinada se fija en 24 meses, incluidas las prórrogas y las renovaciones, y, por otra parte, a la regla aplicable a los empleados de la Administración pública según la cual el recurso a este tipo de relación se supedita a la existencia de exigencias temporales y excepcionales, permite que las universidades celebren con los investigadores contratos de duración determinada trienales, prorrogables por dos años como máximo, sin supeditar ni su celebración ni su prórroga a la existencia de exigencias temporales o excepcionales de la universidad de que se trate, y que permite, además, que al término del período de cinco años, esta celebre con la misma persona o con otras personas un nuevo contrato de duración determinada del mismo tipo con el fin de satisfacer las mismas necesidades de investigación y docencia que las vinculadas al contrato anterior.

5) La cláusula 4 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional según la cual los investigadores que hayan celebrado un contrato de duración indefinida tienen la posibilidad, cuando hayan obtenido la habilitación científica nacional, de someterse a un procedimiento de evaluación específico con vistas a su inscripción en la lista de profesores asociados, mientras que esta facultad no se reconoce a los investigadores que hayan celebrado un contrato de duración determinada, que también hayan obtenido la habilitación científica nacional, en el supuesto de que estos últimos ejerzan las mismas actividades profesionales y presten los mismos servicios de docencia a los estudiantes que los investigadores que hayan celebrado un contrato de duración indefinida.

VIII. Pasajes decisivos

El Tribunal de Justicia da respuesta detallada a cada una de las cuestiones prejudiciales planteadas en los términos siguientes:

1) Primera parte de la primera cuestión prejudicial y segunda cuestión prejudicial.- El órgano jurisdiccional remitente pregunta si la cláusula 5 del Acuerdo Marco se opone a una normativa nacional que permite a las universidades celebrar con los investigadores contratos de duración determinada de tres años, prorrogables por dos años como máximo, sin supeditar su celebración ni su prórroga a razones objetivas vinculadas a exigencias temporales o excepcionales. El Tribunal recuerda que el artículo 24, apartado 3, de la Ley n.º 240/2010, establece dos tipos de contratos para los investigadores universitarios (A y B). Si bien respecto a ambas categorías de investigadores universitarios el procedimiento de selección conduce a la celebración de un contrato de duración determinada de tres años, resulta que existen diferencias sustanciales entre ellos.

En efecto, la celebración de un contrato de tipo A depende de la existencia de recursos disponibles para llevar a cabo actividades de investigación, docencia, actividades formativas complementarias y otras actividades destinadas a los estudiantes. Tal contrato puede ser objeto de una única prórroga de dos años, previa evaluación positiva de la actividad científica llevada a cabo por el interesado. En cambio, un contrato de tipo B no puede prorrogarse, pero a su término y en función del

resultado de una evaluación adecuada, el investigador interesado tiene la posibilidad de que se le ofrezca un puesto de profesor asociado, puesto que es objeto de un contrato por tiempo indefinido.

Las condiciones de acceso a ambos tipos de contratos también son diferentes. En el caso de los contratos de tipo A, basta con estar en posesión del título de doctor, de un título universitario equivalente o de un título de especialización médica. En cambio, en el caso de los contratos de tipo B, es necesario haber trabajado previamente como investigador, haber obtenido la habilitación como profesor de primer o de segundo nivel, haber concluido un período de formación médica o haber pasado al menos tres años en distintas universidades como beneficiario de ayudas a la investigación o de becas de estudios.

Por consiguiente, un investigador universitario puede continuar su carrera académica, pasando de un contrato de tipo A a un contrato de tipo B, lo que le dará posteriormente la posibilidad de ser nombrado profesor asociado tras la obtención de un resultado positivo en la evaluación practicada.

Del tenor de dicha cláusula 5 se desprende que esta se aplica únicamente cuando existan sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, de modo que un contrato que sea el primer o único vínculo de duración determinada no está incluido en el ámbito de aplicación de dicha cláusula^[7]. En definitiva, la celebración inicial de un contrato de duración determinada, como el contrato de tipo A, no es objeto, en cuanto tal, de la cláusula 5 del Acuerdo Marco y, por tanto, no está comprendida en el ámbito de aplicación de dicha disposición.

En cambio, esta disposición es aplicable cuando un contrato de tipo A se prorroga por un período máximo de dos años, dado que, en ese caso, se trata de dos contratos de duración determinada sucesivos. A tal respecto, debe recordarse que la cláusula 5 del Acuerdo Marco impone a los Estados miembros, a efectos de prevenir los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, la adopción efectiva y vinculante, cuando el Derecho interno no contemple medidas legales equivalentes, de por lo menos una de las tres medidas enumeradas, referidas, respectivamente, a razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales, a la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada y al número de sus renovaciones. En el presente asunto, el artículo 24, apartado 3, letra a), de la Ley n.º 240/2010 establece un límite en lo que respecta no solo a la duración máxima de los contratos de tipo A, sino también al número posible de renovaciones de tales contratos (tres años con una sola prórroga de dos). Por tanto, contiene dos de las medidas indicadas en la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco, a saber, una relativa a la duración máxima total de los contratos de duración determinada y otra referida al número de renovaciones posibles.

Todo ello sin olvidar que el hecho de que las universidades tengan una necesidad permanente de contratar investigadores universitarios, como parece desprenderse de la normativa nacional controvertida, no significa que esta necesidad no pueda satisfacerse mediante contratos de trabajo de duración determinada, pues el puesto de investigador parece estar concebido como la primera etapa en la carrera de un científico, que está destinado, en cualquier caso, a evolucionar hacia otro puesto de docente, como profesor asociado en un primer momento y como profesor titular en un segundo momento.

Además, en cuanto concierne al hecho de que la prórroga de dos años de los contratos de tipo A esté supeditada a la evaluación positiva de las actividades docentes y de investigación efectuadas, las “necesidades particulares” del sector de que se trate pueden consistir razonablemente, por lo que respecta al ámbito de la investigación científica, en la necesidad de garantizar la evolución de la carrera de los diferentes investigadores en función de sus respectivos méritos, que, por consiguiente, deben ser evaluados. En consecuencia, una disposición que obligara a una universidad a celebrar un contrato por tiempo indefinido con un investigador, con

independencia de la evaluación de los resultados de sus actividades científicas, no cumpliría las exigencias de la carrera profesional.

2) Segunda parte de la primera cuestión prejudicial.- El órgano jurisdiccional remitente pregunta si la cláusula 5 del Acuerdo Marco se opone a una normativa nacional, como el artículo 22, apartado 9, de la Ley n.º 240/2010, que fija en doce años la duración total de los contratos de trabajo que un mismo investigador puede celebrar, incluso con universidades e instituciones diferentes y aun cuando sea de manera no consecutiva. A este respecto, el Tribunal de Justicia señala, con carácter preliminar, que el citado precepto no tiene por objeto limitar la duración del contrato de trabajo individual de duración determinada, sino la duración total de todas las diferentes formas posibles de relaciones laborales de duración determinada en el ámbito de la investigación, tanto si se trata de contratos de tipo A o de tipo B como de otras formas de relaciones laborales que una misma persona puede celebrar, incluso con universidades e instituciones diferentes. Cabe recordar que la cláusula 5 del Acuerdo Marco tiene como finalidad alcanzar el objetivo de evitar la precarización del empleo a través de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, considerada fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores. Bajo tal premisa, en el presente asunto, el pasaje mencionado fija en doce años la duración total del conjunto de los contratos de duración determinada, en particular de los contratos de tipo A, que un mismo investigador universitario puede celebrar con una o varias universidades, pero la naturaleza de la investigación universitaria (análisis de temas específicos y realización de estudios e investigaciones, cuyos resultados se publican posteriormente) justifica este carácter temporal, máxime cuando la evaluación positiva exigida para la prórroga de los contratos de tipo A se justifica en la necesidad de garantizar la evolución de la carrera de los investigadores en función de sus respectivos méritos.

3) Quinta cuestión prejudicial.- El órgano judicial remitente pregunta si la cláusula 5 del Acuerdo Marco se opone a una normativa nacional que no permite la conversión de los contratos de duración determinada celebrados por los investigadores universitarios, en concreto de tres años y prorrogables por dos años como máximo, en contratos por tiempo indefinido, cuando en el ordenamiento jurídico nacional no existe ninguna otra medida para evitar y sancionar la posible utilización abusiva de contratos de duración determinada por parte de las universidades. El Tribunal de Justicia no considera oportuno dar respuesta a este interrogante, pues, como ya se ha puesto de manifiesto, tal normativa no da lugar a un riesgo de utilización abusiva de contratos de duración determinada.

4) Tercera cuestión prejudicial.- El órgano jurisdiccional remitente pregunta si la cláusula 4 del Acuerdo Marco se opone a una normativa nacional que prevé, en determinadas condiciones, la posibilidad de estabilizar el empleo de los investigadores de organismos públicos de investigación que hayan celebrado un contrato de duración determinada, pero niega esta facultad a los investigadores universitarios que hayan celebrado un contrato de duración determinada. El Tribunal de Justicia recuerda que, dado que el principio de no discriminación se ha concretado mediante el Acuerdo Marco únicamente en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contrato por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable, las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de personal con contrato de duración determinada (investigadores de organismos públicos de investigación e investigadores universitarios) no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo Marco.

5) Cuarta cuestión prejudicial.- El órgano jurisdiccional remitente pregunta si la cláusula 4 del Acuerdo Marco se opone a una normativa nacional que, estableciendo una excepción, por una parte, a la regla general aplicable a todos los trabajadores públicos y privados según la cual, a partir del año 2018, la duración máxima de una relación laboral de duración determinada se fija en 24 meses, incluidas las prórrogas y las renovaciones, y, por otra parte, a la regla aplicable a los empleados de la

Administración pública según la cual la utilización de este tipo de relaciones temporales se supedita a la existencia de “exigencias temporales y excepcionales”, va a permitir que las universidades celebren con los investigadores contratos de duración determinada trienales, prorrogables por dos años como máximo, sin supeditar ni su celebración ni su prórroga a la existencia de exigencias temporales o excepcionales de la universidad, y va a permitir, además, que al término del período de cinco años, esta celebre con la misma persona o con otras personas un nuevo contrato de duración determinada del mismo tipo con el fin de satisfacer las mismas necesidades de investigación y docencia que las vinculadas al contrato anterior. Tras reiterar que el principio de no discriminación de la cláusula 4 del Acuerdo Marco únicamente afecta en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contrato de duración indefinida que se encuentren en una situación comparable, no cabe concluir sino que las posibles diferencias de trato entre diferentes categorías de personal con contrato de duración determinada no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo Marco.

6) Sexta cuestión prejudicial.- El órgano jurisdiccional remitente pregunta si la cláusula 4 del Acuerdo Marco se opone a una normativa nacional según la cual solo los investigadores que hayan celebrado un contrato de duración determinada de un cierto tipo o un contrato indefinido tienen la posibilidad, cuando hayan obtenido la habilitación científica nacional, de someterse a un procedimiento de evaluación específica con vistas a su inscripción en la lista de profesores asociados, mientras esta posibilidad no se reconoce a los investigadores que hayan celebrado un contrato de duración determinada de otro tipo, que también hayan obtenido la habilitación científica nacional, en el supuesto de que estos últimos ejerzan las mismas actividades profesionales y presten los mismos servicios de docencia a los estudiantes que las dos primeras categorías de investigadores.

A este respecto, el Tribunal vuelve a reiterar que la cláusula 4 del Acuerdo Marco se aplica a una eventual desigualdad entre los investigadores que hayan celebrado contratos por tiempo indefinido y los investigadores que hayan celebrado contratos temporales (en este caso de tipo A), al no estar los segundos habilitados para acceder al procedimiento de evaluación a los efectos de su inscripción en la lista de profesores asociados. Según reiterada jurisprudencia, para apreciar si las personas de que se trata ejercen un trabajo idéntico o similar, en el sentido del Acuerdo Marco, debe comprobarse si, conforme a las cláusulas 3, apartado 2, y 4, apartado 1, de este, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que se encuentran en una situación comparable^[8], circunstancias que concurren en el presente caso^[9].

En cuanto a una eventual razón objetiva justificativa de la posible desigualdad de trato, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, no cabe justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contrato de duración indefinida por el hecho de que aquella esté prevista por una norma general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo. Antes al contrario, la desigualdad de trato observada ha de estar justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caractericen la condición de trabajo de que se trate, en el contexto específico en que se enmarque y con arreglo a criterios neutros y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Tales elementos pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro^[10]. El Tribunal de Justicia aclara que estos factores no concurren en el supuesto aquí enjuiciado.

IX. Comentario

Como ha podido comprobarse tras la lectura de la sentencia aquí analizada, a los investigadores universitarios en Italia se les aplica un “estado de excepción laboral” que les priva de gran parte de los derechos y garantías que el ordenamiento jurídico laboral sí dispensa con carácter general al resto de trabajadores^[11], no en vano sus contratos temporales pueden encadenarse hasta un máximo de 12 años, quedan integrados en el grueso de las exclusiones del ámbito de la prohibición de encadenamiento contractual y quedan extramuros de los procesos de estabilización diseñados con carácter general .

No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea contesta a las preguntas relativas a si la legislación italiana se adecúa o no a la Directiva 1999/70/CE, desde la perspectiva de la prevención de los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el ámbito de la investigación universitaria, apostando por una respuesta afirmativa, admitiendo que los contratos temporales son característicos del empleo en este sector de la investigación universitaria y que la duración total máxima tan prolongada (de doce años) y el encadenamiento contractual pueden estar justificados por la necesidad de garantizar la evolución de la carrera profesional de los diferentes investigadores en función de sus respectivos méritos.

También admite la licitud de una previsión normativa que excluye de los procesos de estabilización de personal temporal en las Administraciones Públicas a los investigadores temporales universitarios, pues la cláusula cuarta del Acuerdo Marco no permite hacer comparaciones entre distintos tipos de relaciones laborales a término.

Únicamente el Tribunal de Justicia proporciona una satisfacción parcial a los recurrentes al dar respuesta a la sexta, y última cuestión prejudicial, relativa a las diferencias existentes entre las categorías de profesorado y personal investigador universitario temporal para someterse a un procedimiento de evaluación específico para poder inscribirse en la lista de profesorado asociado, pues no es parejo al establecido al de los trabajadores indefinidos que realicen las mismas funciones^[12]. El Tribunal de Justicia acoge aquí la tesis de la aplicación de la cláusula cuarta del Acuerdo Marco por cuanto la diferencia de trato de quienes están contratados con modalidad contractual de duración determinada puede compararse con quienes están contratados con carácter indefinido.

X. Apunte final

La trascendental participación de los investigadores en el panorama científico de cualquier país avanzado como motor de progreso no se ve correspondida por los ordenamientos jurídicos, que incomprensiblemente siguen relegando a la precariedad laboral a este colectivo. Su consolidación y estabilización viene sometida a la observancia de ingentes exigencias en el desarrollo de su actividad y al éxito en la superación de estrictos procesos de evaluación, lo cual resulta en exceso complicado sufriendo largos e injustificados períodos de inestabilidad laboral.

Deben revertirse, por tanto, los entramados normativos tan poco proclives a su reclutamiento indefinido, permitiendo el desarrollo de su carrera profesional bajo la observancia de los principios de estabilidad en el empleo y de la dignidad en las condiciones de trabajo.

Referencias:

1. ^ *Por todas*, STJUE de 26 de noviembre de 2014, asuntos C-22/13, 61/13, 63/13 y 418/13, Mascolo y otros.
2. ^ SUÁREZ CORUJO, B.: “El fraude en el trabajo de duración determinada en las Administraciones Públicas españolas, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 61, 2017 (BIB 2017/546), pág. 4.
3. ^ SALA FRANCO, T.: “Acerca de la Directiva comunitaria 1999/70, sobre el trabajo de duración determinada y de la sentencia del Tribunal de Justicia comunitario de 14 de septiembre de 2016, sobre las indemnizaciones no previstas en la normativa nacional española relativa a los contratos de trabajo temporales de los trabajadores interinos”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm., 3, 2017, págs. 218-219.
4. ^ GARCÍA SÁNCHEZ, A.V.: “La aplicación de la jurisprudencia del TJUE relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada a los regímenes de contratación temporal español y de las Instituciones Europeas”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 41, 2017, págs. 67, 78, 86 y 91.
5. ^ CASTELLANO BURGUILLO, M.E. y PÉREZ GUERRERO, M.L.: “El contrato de duración determinada en la jurisprudencia comunitaria”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2008, pág. 245.
6. ^ ROJO TORRECILLA, E.: “UE. ¿Cuánto tiempo puede durar la contratación temporal del profesorado y del personal investigador universitario? Notas a la sentencia del TJUE de 15 de diciembre de 2022 (asuntos acumulados C-40/20 y C-173/20)”, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/12/ue-cuanto-tiempo-puede-durar-la.html>
7. ^ Así, el Acuerdo Marco no obliga a los Estados miembros a adoptar una medida que exija que todo primer o único contrato de trabajo de duración determinada esté justificado por una razón objetiva, tal y como señala la STJUE de 3 de junio de 2021, Ministerio dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca — MIUR y otros (Investigadores universitarios), C-326/19.
8. ^ STJUE de 16 de julio de 2020, Governo della Repubblica italiana (Estatuto de los Jueces de paz italianos), C-658/18.
9. ^ Auto TJUE de 22 de marzo de 2018, Centeno Meléndez, C-315/17
10. ^ STJUE de 17 de marzo de 2021, Consulmarketing, C-652/19.
11. ^ MORENO GENÉ, J.: “Los contratos laborales de los profesores y de los investigadores de las Universidades Públicas”, *Lan Harremanak*, núm. 36, 2017-1, pág. 130.
12. ^ ROJO TORRECILLA, E.: “UE. ¿Cuánto tiempo puede durar la contratación temporal del profesorado y del personal investigador universitario? Notas a la sentencia del TJUE de 15 de diciembre de 2022 (asuntos acumulados C-40/20 y C-173/20)”, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/12/ue-cuanto-tiempo-puede-durar-la.html>

§ 2 Cotización a la Seguridad Social de la indemnización mejorada por convenio colectivo: ¿una duda razonable?

Faustino Cavas Martínez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

Resumen: *En su sentencia núm. 1339/2022, de 20 de octubre, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha interpretado que las indemnizaciones por despido o extinción del contrato de trabajo que superen la cuantía establecida con carácter obligatorio en las disposiciones legales aplicables están sujetas a cotización a la Seguridad Social, independientemente de que la referida mejora venga reconocida en un pacto individual o en convenio colectivo, debiendo entenderse que cuando el art. 147.2.c) de la LGSS utiliza el concepto "convenio" no se refiere exclusivamente a los pactos privados alcanzados entre la empresa y el trabajador, sino que comprende igualmente los convenios colectivos laborales, cualquiera que sea la naturaleza de estos.*

Palabras clave: *Indemnización por cese. Cotización a la Seguridad Social. Convenio Colectivo.*

Abstract: *In its judgment number 1339/2022, of October 20, the Third Chamber of the Supreme Court has interpreted that compensation for dismissal or termination of the employment contract, that exceeds the amount established on a mandatory basis in the applicable legal rules, are subject to Social Security contributions, regardless of whether the aforementioned improvement is recognized in an individual agreement or in a collective agreement. It should be understood that when art. 147.2.c) of the LGSS uses the concept "agreement" does not refer exclusively to the private agreements reached between the company and the worker, but also includes collective agreements, regardless of its nature.*

Keywords: *Severance pay. Social security contribution. Collective agreement.*

I. Introducción

La sentencia objeto de este comentario aborda una cuestión que para el iuslaboralista no entrañaría, *a priori*, ninguna dificultad hermenéutica, como es la relativa a determinar si las indemnizaciones por despido, cese o extinción del contrato de trabajo establecidas *praeter legem* o mejoradas (respecto de su importe legal) a través de la negociación colectiva, están sujetas o no a la preceptiva cotización a la Seguridad Social. Pese a que sobre esta cuestión no parece que pueda proyectarse una duda razonable, y la respuesta debe ser afirmativa, el asunto ha llegado a la Sala Tercera del TS, que resolviendo un recurso de casación contencioso-administrativo ha precisado el alcance del término "convenio" utilizado por el art. 147.2.c) del TRLGSS para acceder a la conclusión de que las mejoras indemnizatorias previstas en convenios colectivos deben cotizar a la Seguridad Social, al no ingresar en el ámbito de las indemnizaciones exentas.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Cuarta).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1339/2022, de 20 de octubre.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación contencioso-administrativo núm. 5731/2020.

ECLI:ES:TS:2022:4015

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excma. Sra. Dña. María Isabel Perelló Doménech.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Hechos relevantes

El Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 dictó sentencia núm. 96/2019, de 30 de septiembre, en el procedimiento ordinario 11/2019, desestimando el recurso promovido por "DAORJE SLU" contra resolución de 8 de febrero de 2019, de la Dirección General de la Seguridad Social, que desestima el recurso de alzada interpuesto frente a la Resolución de 8 de octubre de 2018 del Subdirector General de Ordenación e Impugnaciones de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se confirma y eleva a definitiva la liquidación, por importe de 385.207,88 euros, impuesta a la referida mercantil. La Inspección de Trabajo que levantó el acta de liquidación considera que la empresa no había cotizado correctamente. El motivo de la liquidación fue la omisión indebida por la empresa de la cotización a la Seguridad Social referida a la cuantía mejorada de la indemnización por extinción de contratos temporales prevista en el convenio colectivo aplicable, que la empresa considera está exenta de la obligación de cotizar al igual que el importe obligatorio legalmente establecido.

Por su parte, entiende la Administración de la Seguridad Social que la parte de la indemnización abonada a los trabajadores por cese de contrato temporal denominada "eventualidad", al superar la cuantía prevista en el artículo 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores (ET), debía ser objeto de cotización (no toda ella, solo la diferencia sobre el importe legalmente estipulado).

El debate es, pues, estrictamente jurídico. ¿Debe cotizar a la Seguridad Social esa diferencia indemnizatoria asignada por la autonomía colectiva?

2. Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo

La sentencia de instancia fuera recurrida por la empresa ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

La discrepancia, a decir de la parte apelante, surge dado que la empresa viene abonando, como resulta preceptivo e indisponible, la indemnización por cese de contrato de duración temporal a la que le obliga el art. 30 del Convenio Colectivo de montaje y empresas auxiliares del Principado de Asturias, dándose la circunstancia de que dicha indemnización resulta ser superior a la estipulada con carácter general y -a criterio de la empresa- supletorio en el Estatuto de los Trabajadores. La Administración demandada, por el contrario, ha considerado -tesis que confirma la sentencia impugnada-, que la exención de cotización solo alcanza a la cuantía de la indemnización fijada en el ET (12 días por año de servicio), debiendo someterse a

cotización el exceso hasta la cantidad que por ese mismo concepto de indemnización se prevé en el convenio colectivo sectorial (en este caso, el 12% del salario anual).

La parte apelante discrepa del criterio de la Administración, confirmado en la sentencia apelada, sobre la interpretación del art. 147.2 c) del TRLGSS cuando declara exentas de cotización las indemnizaciones por despido o cese del trabajador en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Y siendo precisamente una de las indemnizaciones por cese del trabajador establecida con carácter obligatorio en el ET la fijada en su artículo 49.1 c) para los casos de extinción de contratos temporales, a juicio de la mercantil recurrente la indemnización estipulada con carácter obligatorio en el ET no es solo la prevista en el mismo para estos casos (no sería únicamente la de 12 días por año de servicio) sino que podrá ser la indicada "o la establecida, en su caso, por la normativa específica que sea de aplicación", con arreglo a lo estipulado en el referido art. 49.1.c) del ET, considerando que el convenio colectivo sectorial es "normativa específica" a estos efectos. En definitiva, considera la apelante que la indemnización legal de 12 días por año de servicio "no opera por tanto como límite a la exención de cotización sino como indemnización supletoria que puede ser sustituida por la que resulte de aplicación de la normativa específica, teniendo una u otra el carácter de indemnización obligatoria establecida en el Estatuto. Así ambas tendrían esa condición de indemnización obligatoria y, por ello, en aplicación del artículo 147.2 c) del TRLGSS deberían estar exentas en la cuantía que corresponda".

La Sala de lo Contencioso-administrativo de la AN, mediante sentencia de 11 de marzo de 2020, desestima el recurso por considerar que la sentencia de instancia no ha incurrido en infracción de la normativa reguladora de las obligaciones en materia de cotizaciones al sistema de Seguridad Social, en lo que se refiere a las indemnizaciones por fin de contrato.

3. *Auto de la Sala de Admisiones del Tribunal Supremo*

Contra la sentencia de la AN se interpone por la empresa recurso de casación contencioso-administrativo.

Mediante Auto de 24 de junio de 2021, la Sala de Admisiones del TS admite a trámite el recurso de casación, declarando que la cuestión presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia. Dicha cuestión consiste en determinar si la referencia a "convenio, pacto o contrato" y, en concreto, el término "convenio" que se recoge en el párrafo tercero del artículo 147.2.c) del TRLGSS, alude expresamente a los convenios colectivos. Y si, en cualquier caso, debe incluirse o no en la base de cotización de un trabajador el exceso en la cuantía de la indemnización que percibirá por finalización de un contrato temporal (o por cese o despido) cuando esa mayor cuantía se establezca en un convenio colectivo del sector afectado.

Las normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación, son las contenidas en el art. 147.2 del Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre por el que se regula el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el art. 49 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex art. 90.4 de la LJCA.

IV. Posición de las partes

Las posiciones mantenidas por las partes del litigio se corresponden por completo con los términos del dilema suscitado. Como ha quedado dicho, el objeto del recurso nos sitúa ante un problema de corte estrictamente jurídico: determinar si, cuando las cuantías de las indemnizaciones por extinción de contrato de trabajo establecidas en convenio colectivo superan el importe obligatorio legalmente previsto, dicho exceso debe incluirse o no en la base de cotización a la Seguridad Social.

1. Posición de la parte recurrente

Concedido plazo a la parte recurrente para interponer el recurso de casación, el representante legal de la empresa, en su escrito de 13 de septiembre de 2021, manifiesta:

"Se considera infringidas por la sentencia recurrida las normas ya expuestas en el apartado anterior, esto es, el artículo 147.2 c) de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, el artículo 49.1, apartado c) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 23 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, así como el artículo 3.1 e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, que regula la actuación de todas las administraciones que conforman el sector público".

Recoge como pretensiones que "se dicte sentencia declarando nulas las actas de liquidación practicadas contra mi representada, dejándolas sin efecto, al encontrarse exento de cotización el exceso de indemnización reconocido en el Convenio Colectivo sectorial, en este caso el artículo 30 del Convenio colectivo de Empresas Auxiliares del Metal, al tratarse de una indemnización fijada por la norma convencional aplicable, no siendo dicho exceso resultado de un acuerdo, contrato o pacto particular o individual." Y ello por considerar errónea la interpretación que efectúa la TGSS del término "convenio" expresado en el apartado c) del art. 147.2 TRLGSS, al incluir en dicha acepción la del "convenio colectivo". Asimismo, que "se fije la correcta interpretación del artículo 49.1 c) ET, en relación con el artículo antes mencionado de la LGSS, en el sentido de considerar que la indemnización obligatoria prevista en el artículo 49.1 c) ET es la fijada también con carácter obligatorio en cualquier Convenio Colectivo de aplicación, al ser la supletoria permitida con carácter alternativo en el ET."

Termina suplicando se dicte "Sentencia por la que, casando y anulando la Sentencia recurrida ya referenciada, se estime plenamente el presente recurso de casación, fijando la interpretación de las normas consideradas infringidas por la sentencia recurrida y declarando nulo o anulable el acto objeto de recurso y la liquidación de cuotas a la seguridad social incoada a la recurrente, con cuantos otros pronunciamientos sean procedentes conforme a derecho, y con expresa imposición de las costas devengadas en este proceso a la Administración demandada."

2. Posición de la Administración recurrida

En su escrito de oposición, el Letrado de la Tesorería General de la Seguridad Social solicita se dicte sentencia por la cual se desestime en su integridad el citado recurso de casación.

Refiere el Letrado de la Tesorería en su recurso que cuando el apartado 2º del art. 147.2 del TRLGSS emplea el término "convenio", no existe duda de que se está refiriendo a los convenios colectivos laborales, toda vez que dicho precepto regula los conceptos que integran la base de la cotización, conformada por la remuneración total que tenga derecho a percibir el trabajador, con las excepciones previstas en la ley. Y añade que, en el ámbito de las relaciones laborales, el término "convenio" tiene un significado preciso, con el que se identifica el resultado de la negociación entre los representantes de los trabajadores y de los empresarios, como expresión del acuerdo libremente adoptado en virtud de su autonomía colectiva. De modo que, cuando se alude a los "convenios", hay que entenderlo referido a los convenios colectivos. Y en lo que se refiere al art. 49.1 c) del ET, que regula la indemnización por la expiración del contrato, ese precepto no hace referencia alguna a que el importe sea o no cotizable a la Seguridad Social, entendiendo la Administración recurrida que la exención no alcanza al importe total de las indemnizaciones que pacten los negociadores del convenio colectivo, indicando al respecto que el reconocimiento legal del carácter vinculante de la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios se produce en el ámbito laboral, nunca en las relaciones con la Seguridad Social.

V. Normativa aplicable al caso

Son dos los preceptos legales, ubicados respectivamente en los ámbitos de la normativa laboral y de Seguridad Social, que deben ser interpretados al objeto de dar respuesta a la cuestión planteada.

1) Por un lado, y principalmente, el art. 147 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, que aprueba el texto refundido de la ley General de la Seguridad Social, el cual dispone, en lo que a la materia aquí debatida concierne, lo siguiente:

“1. La base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, tanto en metálico como en especie, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser esta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena.

Las percepciones de vencimiento superior al mensual se prorratearán a lo largo de los doce meses del año.

Las percepciones correspondientes a vacaciones anuales devengadas y no disfrutadas y que sean retribuidas a la finalización de la relación laboral serán objeto de liquidación y cotización complementaria a la del mes de la extinción del contrato. La liquidación y cotización complementaria comprenderán los días de duración de las vacaciones, aun cuando alcancen también el siguiente mes natural o se inicie una nueva relación laboral durante los mismos, sin prorrateo alguno y con aplicación, en su caso, del tope máximo de cotización correspondiente al mes o meses que resulten afectados.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, serán aplicables las normas generales de cotización en los términos que reglamentariamente se determinen cuando, mediante ley o en ejecución de la misma, se establezca que la remuneración del trabajador debe incluir, conjuntamente con el salario, la parte proporcional correspondiente a las vacaciones devengadas.

2. Únicamente no se computarán en la base de cotización los siguientes conceptos:

a) *Las asignaciones para gastos de locomoción del trabajador que se desplace fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto, cuando utilice medios de transporte público, siempre que el importe de dichos gastos se justifique mediante factura o documento equivalente.*

b) *Las asignaciones para gastos de locomoción del trabajador que se desplace fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto, no comprendidos en el apartado anterior, así como para gastos normales de manutención y estancia generados en municipio distinto del lugar del trabajo habitual del percceptor y del que constituya su residencia, en la cuantía y con el alcance previstos en la normativa estatal reguladora del Impuesto sobre la Renta de la Personas Físicas.*

c) *Las indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados, suspensiones y despidos.*

Las indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados y suspensiones estarán exentas de cotización hasta la cuantía máxima prevista en norma sectorial o convenio colectivo aplicable.

Las indemnizaciones por despido o cese del trabajador estarán exentas en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato.

Quando se extinga el contrato de trabajo con anterioridad al acto de conciliación, estarán exentas las indemnizaciones por despido que no excedan de la que hubiera correspondido en el caso de que este hubiera sido declarado improcedente, y no se trate de extinciones de mutuo acuerdo en el marco de planes o sistemas colectivos de bajas incentivadas.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, en los supuestos de despido o cese como consecuencia de despidos colectivos, tramitados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o producidos por las causas previstas en el artículo 52.c) del citado texto refundido, siempre que en ambos casos se deban a causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor, quedará exenta la parte de indemnización percibida que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio en el mencionado Estatuto para el despido improcedente.

d) Las prestaciones de la Seguridad Social, las mejoras de las prestaciones por incapacidad temporal concedidas por las empresas y las asignaciones destinadas por estas para satisfacer gastos de estudios dirigidos a la actualización, capacitación o reciclaje del personal a su servicio, cuando tales estudios vengan exigidos por el desarrollo de sus actividades o las características de los puestos de trabajo.

e) Las horas extraordinarias, salvo para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.”

2) Por otro lado, el art. 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, establece lo siguiente:

“1. El contrato de trabajo se extinguirá:

(...)

c) Por expiración del tiempo convenido. A la finalización del contrato, excepto en los contratos formativos y el contrato de duración determinada por causa de sustitución, la persona trabajadora tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.

(...)”.

VI. Doctrina básica

Los ingredientes centrales de la doctrina fijada por la STS/CA de 20 de octubre de 2022 pueden resumirse como sigue:

-La cuantía de las indemnizaciones por despido o cese de los trabajadores no cotizan a la Seguridad Social hasta el importe establecido con carácter obligatorio (y mínimo) por el Estatuto de los Trabajadores y su normativa de desarrollo.

-Las cuantías indemnizatorias que superen el mínimo legalmente establecido, por así haberse estipulado en “convenio, pacto o contrato”, forman parte de la base cotización.

-El convenio colectivo es instrumento hábil para mejorar las indemnizaciones legales por despido o extinción del contrato de trabajo.

-La mención que el art. 147.2.c) del TRLSS efectúa al “convenio” comprende a los convenios colectivos.

-La indemnización establecida en el convenio colectivo y que supera el importe previsto en el art. 49.1.c) del ET no está exenta de la obligación de cotizar en su totalidad, sino tan solo en la cuantía equivalente a su importe legal (12 días de salario al año), debiendo cotizarse por el exceso.

VII. Parte dispositiva

Con independencia del tema de las costas^[1], lo que interesa resaltar es que la sentencia estudiada desestima el recurso de casación interpuesto por la parte demandante y responde a la cuestión de interés casacional planteada por el auto de admisión en su fundamento de derecho quinto, diciendo lo siguiente:

“La referencia a "convenio, pacto o contrato" que se recoge en el artículo 147.2 c) de la Ley General de la Seguridad Social, incluye a los convenios colectivos.

Y que salvo previsión legal expresa, procede incluir en la base de cotización de un trabajador el exceso de cuantía de la indemnización que percibe por finalización de un contrato temporal cuando esa mayor cuantía se establezca en virtud de un convenio colectivo del sector afectado.”

VIII. Pasajes decisivos

Los argumentos molares que condicionan la decisión del recurso se alojan en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia que se analiza. Son:

- “(...) la exención de la cotización sólo alcanza a la cuantía de la indemnización contemplada en el Estatuto de los Trabajadores para la terminación de los contratos de duración determinada por obras o servicio, de modo que toda indemnización que supere esta previsión se encuentra sujeta a cotización, aun cuando lo sea en virtud de convenio colectivo.”

- “La interpretación del término "convenio" del artículo 147.2 c) LGSS en el contexto en el que se encuentra es clara en el sentido de incluir los convenios colectivos, como entienden la parte recurrida y la sentencia impugnada, que interpretan de forma razonable el alcance y sentido restrictivo de la excepción. Cuando el apartado 2º c) del artículo 147 menciona y utiliza el concepto "convenio" no se refiere exclusivamente a los pactos privados alcanzados entre la empresa y el trabajador, ni equipara dicha noción de "convenio" a los términos "pacto" o "contrato" incluidos en el mismo apartado, sino que comprende y abarca igualmente los convenios colectivos.”

- “Por su parte, la cita del apartado c) del artículo 49.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores no resulta atinada, pues no existe una previsión legal que contenga una referencia específica a la indemnización por cese y a su carácter cotizable a los efectos de la Seguridad Social, a diferencia de lo que sucede en otros supuestos [como el contrato fijo de obra], en los que es el propio Estatuto de los Trabajadores el que incluye tal previsión.”

- “(...) es el propio Estatuto de los Trabajadores, el que contiene una previsión especial y singular respecto a la indemnización procedente por expiración de contratos fijos de obra, lo cual es conforme con lo dispuesto en el artículo 147 apartado 1º del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, que declara exentas de la base de cotización las indemnizaciones por despido o cese del trabajador en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores y en su normativa de desarrollo.”

- “En el caso ahora examinado, a diferencia del anterior, la única referencia genérica del artículo 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores a la "normativa específica de aplicación" no permite interpretar que contenga una habilitación legal a la indemnización establecida en el convenio colectivo sectorial a los efectos de su exención en la cotización.”

- “Tampoco es relevante el dato de la obligatoriedad del convenio colectivo para la empresa, en la medida que es expresión del acuerdo libremente adoptado entre los representantes de los empresarios y de los trabajadores en virtud de su autonomía colectiva, de forma que la mayor indemnización para la empresa tiene su origen en un

pacto o acuerdo vinculante entre las partes, pactadas al margen de la ley y las percepciones así estipuladas, superiores a las previstas en el Estatuto de los Trabajadores, se encuentran sujetas a la cotización de la Seguridad Social.”

IX. Comentario

Es la normativa de Seguridad Social la que imperativamente determina qué conceptos se incluyen en la base de cotización y, por tanto, deben ser objeto de la oportuna liquidación de cuotas. La regla general es el sometimiento a cotización de todas las retribuciones, ya sean dinerarias o en especie, que perciba el trabajador, si bien se estipulan determinadas excepciones a esa regla general que estarían exentas de cotización y que, como tales, deben ser interpretadas en sentido restrictivo.

Una de esas excepciones es precisamente la controvertida en el supuesto aquí analizado, esto es, la referente a las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, siendo cuestión pacífica que tal concepto, por su propia naturaleza, está exento de cotización en virtud de lo dispuesto en el art. 147 del TRLGSS.

Este precepto dispone en su apartado 1 que la base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, que tenga derecho a percibir el trabajador o la que efectivamente perciba de ser ésta superior. En su apartado 2, el mismo artículo recoge los conceptos que no se incluyen en la base de cotización. Concretamente, y en lo que aquí interesa, establece:

“Únicamente no se computarán en la base de cotización los siguientes conceptos: (...) c) Las indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados, suspensiones y despidos. Las indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados y suspensiones estarán exentas de cotización hasta la cuantía máxima prevista en norma sectorial o convenio colectivo aplicable. Las indemnizaciones por despido o cese del trabajador estarán exentas en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el texto refundido de la Ley Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato. Cuando se extinga el contrato de trabajo con anterioridad al acto de conciliación, estarán exenta las indemnizaciones por despido que no excedan de la que hubiera correspondido en el caso de que éste hubiera sido declarado improcedente, y no se trate de extinciones de mutuo acuerdo en el marco de planes o sistemas colectivos de bajas incentivadas. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, en los supuestos de despido o cese como consecuencia de despidos colectivos, tramitados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o producidos por las causas previstas en el artículo 52.c) del citado texto refundido, siempre que en ambos casos se deban a causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor, quedará exenta la parte de indemnización percibida que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio en el mencionado Estatuto para el despido improcedente”.

Se desprende de estas disposiciones que, en los casos de fallecimiento del trabajador, traslados y suspensiones, la indemnización establecida en el convenio colectivo está exenta de cotización, cualquiera que sea su importe. En ninguna de estas situaciones existe un mínimo legal que deba aplicarse preceptivamente.

Asimismo, se infiere de lo establecido en el art. 147 del TRLGSS que en los casos de despido o cese, no solo la indemnización legal procedente resulta excluida de la base de cotización, sino también la indemnización que, aun superando la cuantía legal procedente, no exceda de la fijada en aplicación de las reglas del ET para el despido o cese improcedente, siempre y cuando no se trate de extinciones de mutuo acuerdo realizadas en el marco de planes o sistemas colectivos de bajas incentivadas. Esta ampliación de la parte exenta de cotización se recalca en supuestos de despido o cese

por causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor. En este caso no hay duda de que nos encontramos ante un despido que, al igual que otros supuestos de extinción asimilados al despido, justifica que se dé a la indemnización el tratamiento establecido en el art. 147.2 LGSS, excluyendo de cotización la cuantía que no exceda de la indemnización correspondiente al despido o cese improcedente.

Ese es el tenor y sentido lógico de la norma que exige, por la diferente configuración legal de los supuestos a que se refiere el precepto [art. 147.2 c), párrafo segundo referido a las indemnizaciones por fallecimiento, traslados y suspensiones y aquellas otras indemnizaciones por despido o cese del trabajador] configurando unos límites cuantitativos exentos distintos en uno y otro caso y previéndose solamente para los primeros casos (fallecimiento, traslados y suspensiones) que la exención pueda fijarse en la cuantía máxima prevista en el convenio colectivo, sin que, por el contrario, se prevea tal ampliación de la cuantía máxima exenta en lo referente a las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, incluida la extinción por finalización del contrato de duración determinada.

Por lo demás, no es admisible el recurso a la analogía para considerar que el importe indemnizatorio fijado en la norma convencional aplicable está exento en su totalidad del deber de cotizar, como ocurre con la negociación colectiva de ámbito estatal relativa al sector de la construcción. El TS se apresura a calificar como disímiles los supuestos, pues en este segundo caso existe una delegación expresa de la ley en el convenio colectivo para que sea este el que determine la indemnización procedente a la finalización del contrato fijo de obra^[2], alternativa y sustitutoria de la prevista en el art. 49.1.c) del ET, lo que justifica que la integridad de la indemnización fijada en el convenio estatal de la construcción quede exenta de cotización. El convenio colectivo de la construcción sería a los efectos que aquí interesan “normativa específica de aplicación” con capacidad para fijar una indemnización diferente a la general que recoge el citado precepto. Es el propio ET el que contiene “una previsión especial y singular respecto a la indemnización procedente por expiración de contratos fijos de obra, lo que es conforme con lo dispuesto en el artículo 147 apartado 1º del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, que declara exentas de la base de cotización las indemnizaciones por despido o cese del trabajador en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores y en su normativa de desarrollo”. En cambio, en el caso ahora examinado, a diferencia del anterior, no concurre ni se invoca una regulación singular específica en orden a la indemnización por finalización del contrato de trabajo, ni existe un reenvío legal expreso al convenio colectivo del sector en el que opera la empresa, ni la referencia genérica del art. 49.1.c) del ET a la “normativa específica de aplicación” permite interpretar que contenga una habilitación legal a la indemnización establecida en el convenio colectivo sectorial a los efectos de su exención en cuanto a la cotización.

X. Apunte final

La construcción de la Sala Tercera sobre el alcance aplicativo de la obligación de cotizar a la Seguridad Social y sus excepciones, conforme a la regulación contenida en el art. 147 del TRLGSS, es clara en lo que a la indemnización por finalización de los contratos de duración determinada se refiere. Salvo en el sector de la construcción, cuyo convenio colectivo constituye “normativa de específica aplicación” a efectos de la remisión contenida en el art. 49.1.c) del ET, la indemnización fijada en convenio colectivo debe integrar la base de cotización en el importe de aquella que exceda la cuantía establecida por ley con carácter preceptivo, quedando exenta únicamente la cuantía de dicha indemnización hasta el importe legal.

Es irrelevante el dato de la obligatoriedad de convenio colectivo para la empresa, pues aun siendo norma imperativa, ello no le priva de su naturaleza de “convenio, pacto o contrato”, a los efectos previstos en el art. 147.2.c) del TRLGSS. La expresión legal “convenio” no hay que entenderla limitada a los productos de la autonomía individual o a convenios de eficacia meramente contractual (extraestatutarios). La

indemnización mejorada que establece el convenio colectivo estatutario tiene su origen en un pacto o acuerdo vinculante entre las partes, y las percepciones así estipuladas, superiores a las previstas en el ET, se encuentran sujetas a cotización a la Seguridad Social.

Referencias:

1. *^ En su fundamento de derecho sexto, la sentencia comentada indica que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4, 139.1 y 139.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede la imposición de las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes; debiendo estarse a lo resuelto en la sentencia recurrida en lo que se refiere a las costas del proceso de instancia.*
2. *^ En la disposición adicional tercera del ET se establece que: "Lo dispuesto en el artículo 15.1.a) y 5 y en el artículo 49.1.c) se entiende sin perjuicio de lo que se establece o pueda establecerse sobre la regulación del contrato fijo de obra, incluida su indemnización por cese, en la negociación colectiva de conformidad con la disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción."*

§ 3 Sobre la convivencia prematrimonial a efectos de viudedad.

Antonio V. Sempere Navarro

Director de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Universidad (s.e.)

Resumen: Se aborda el problema que surge cuando concurren los siguientes datos: 1º) Una persona padece determinada enfermedad, 2º) Contrae matrimonio. 2º) Fallece antes de que haya transcurrido un año. 4º) Antes del matrimonio hubo convivencia de la pareja. 5º) El cónyuge superviviente solicita la pensión de viudedad. 6º) La Ley concede la pensión solo si la suma del tiempo que han durado matrimonio y convivencia (estable, notoria, inmediatamente anterior al matrimonio) llega a los dos años. Se discute si la convivencia que puede tomarse en cuenta tiene que ser como pareja de hecho (formalizada en cuanto tal) o basta con la material. La sentencia comentada, siguiendo el criterio de la jurisprudencia social, admite que esa convivencia puede acreditarse mediante certificado de empadronamiento u otro medio de prueba admisible en Derecho. El caso permite, una vez más, la reflexión acerca de las pensiones de Seguridad Social y de Clases Pasivas, de la Jurisdicción Social y de la Jurisdicción Contenciosa.

Palabras clave: Pensión de viudedad. Convivencia prematrimonial. Enfermedad anterior al matrimonio. Matrimonio de corta duración.

Abstract: The problem that arises when the following data concur is addressed: 1º) A person suffers from a certain disease, 2º) Gets married. 2º) He dies before a year has elapsed. 4º) Before marriage there was cohabitation of the couple. 5º) The surviving spouse requests the widow's pension. 6º) The Law grants the pension only if the sum of the time that the marriage and cohabitation have lasted (stable, notorious, immediately prior to the marriage) reaches two years. It is discussed whether the cohabitation that can be taken into account has to be as a de facto couple (formalized as such) or whether the material one is enough. The commented sentence, following the criteria of social jurisprudence, admits that this coexistence can be accredited by means of a certificate of registration or other means of proof admissible in Law. The case allows, once again, reflection on Social Security and Passive Class pensions, the Social Jurisdiction and the Contentious Jurisdiction.

Keywords: Widow's pension. Premarital cohabitation. Illness prior to marriage. Short-term marriage.

I. Introducción

La obligación general que los poderes públicos tienen de mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad (art. 41 CE) se

modaliza, principalmente, respecto de las personas cuya pareja ha fallecido mediante el subsidio o pensión de viudedad.

El estudio de la STS-CONT 1417/2022 permite comprobar, por enésima vez, que el ordenamiento jurídico tolera mal los compartimentos estancos. Su indiscutida unidad aboca a la constante interacción de los diversos bloques normativos, sin que ello restrinja la posibilidad de contemplar una misma institución desde diversos prismas.

En el presente caso un Tribunal de la jurisdicción contenciosa se enfrenta a un problema paradigmático de pensión de viudedad cuando quien fallece y la persona solicitante constituyeron una pareja si formalizar y acabaron contrayendo matrimonio, pero solo pocos meses antes de que uno de sus integrantes falleciera. Previendo tales casos, la Ley de Clases Pasivas del Estado (LCP) abre las puertas a la pensión de viudedad con una condición: que la suma de ambas situaciones alcance los dos años.

Se discute, entonces, qué tipo de convivencia ha de acreditarse respecto del periodo anterior al matrimonio: si la restringida derivada de la existencia de una pareja formalizada o la material acreditada a través de empadronamiento o incluso otros medios de prueba. La clave del caso está en la flexibilidad con que se admite la acreditación de que ha existido realmente una pareja de hecho. Esta es la institución cuya realidad se cuestiona, que no el requisito de convivencia.

Se trata, por descontado, de buena ocasión para recordar el estado de la cuestión en el ámbito de la Seguridad Social, especialmente de la mano de la jurisprudencia.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1417/2022, de 2 noviembre.

Tipo y número de recurso: Recurso de casación núm. 5589/2020.

ECLI:ES:TS:2022:4019

Fuente: Cendoj.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

Votos Particulares: carece.

III. Problemas suscitados. Hechos y antecedentes

La sentencia glosada resuelve una concreta reclamación sobre el derecho de quien ha enviudado tras un matrimonio de corta duración (menos de un año), debiéndose el fallecimiento a una enfermedad preexistente a la boda.

1. El Trasfondo fáctico del caso

La cuestión suscitada es de índole estrictamente jurídica, referida al eventual derecho a percibir pensión de viudedad como consecuencia de que fallece, por enfermedad previa, uno de los integrantes del matrimonio. Ahora bien, resulta ilustrativo tomar en cuenta los antecedentes fácticos sobre los que se debate:

- La demandante y su marido convivieron durante más de treinta años, como pareja.
- Estando ya enfermo el causante, contrajeron matrimonio y un mes después falleció.
- La Administración reconoció a la mujer prestación temporal de dos años de duración porque el matrimonio se celebró menos de un año antes del

fallecimiento y no se acredita el cumplimiento de los requisitos para lucrar pensión^[1].

2. Sentencia del TSJ de Madrid

A) Mediante su sentencia 231/2020 de 23 de junio la Sala de lo Contencioso del TSJ de Madrid^[2] desestima el recurso y confirma el ajuste a Derecho de las resoluciones administrativas impugnadas. Sus argumentos son los siguientes:

- Tanto si se trata de amparar situaciones que son acreedoras de amparo legal, como si se trata de evitar el fraude que se pudiera derivar del hecho de contraer matrimonio con una persona que se encuentra próxima a su fallecimiento, el legislador establece unos requisitos que deben concurrir.
- Para el caso de matrimonios de corta duración es necesaria una doble acreditación: de matrimonio y como pareja de hecho, precisamente con base en y motivada por el hecho de que la convivencia que se está amparando y a la que se está reconociendo el beneficio de una pensión vitalicia, es de una duración extremadamente corta, como es la de dos años.
- No basta con una escritura de compraventa o unos contratos de seguro para acreditar la convivencia, sino que se requiere la inscripción formal de la pareja.

B) En apoyo de su interpretación, invoca diversa doctrina de la Audiencia Nacional sobre casos análogos de fallecimiento por enfermedad común, no sobrevinida tras el vínculo conyugal, sin que se acredite, a la fecha de celebración del matrimonio un período de convivencia con el causante, como pareja de hecho, de doce meses, según la normativa autonómica, o que sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años, según la normativa estatal, convivencia que constituye requisito para poder inscribirse en el registro.

C) La sentencia cuenta con el Voto Particular de quien era su inicial Ponente. Defiende la toma en consideración de todo el periodo de convivencia *more uxorio* anterior al matrimonio, pero sin exigir formalización como pareja de hecho a quien ya la formalizó como matrimonio, de manera que solamente hemos de atender al requisito de convivencia, de la cual el empadronamiento es medio de prueba privilegiado *iuris tantum*, pero no único^[3].

3. Cuestión suscitada

Se trata de determinar si el período de convivencia previo al matrimonio y que puede sumarse al de este ha de reunir los requisitos propios de la pareja de hecho^[4]. La cuestión ya había sido abordada en anteriores ocasiones por la propia Sala Tercera, pero sin sentar una clara doctrina.

La STS 1657/2017 de 31 octubre (rec. 328/2016) aborda el singular supuesto de personas que tras divorciarse, tiempo después, vuelven a contraer matrimonio. Entiende que es relevante el matrimonio precedente entre ellos a efectos de interpretar el requisito temporal previsto en la Ley. La convivencia previa prolongada ha de ser integrada en la interpretación del precepto y que lo previsto para parejas de hecho es inaplicable al caso^[5].

La STS 698/2019 de 27 de mayo (rec. 577/2017) afronta supuesto en que, a la vista de la prueba practicada, no se considera acreditada la convivencia previa al matrimonio. Por tanto considera que el tema de si la convivencia puede ser acreditada por cualesquiera medios de prueba admitidos en derecho carece de proyección en el caso.

IV. Posición de las partes

1. La viuda recurrente

En concordancia con lo que viene reclamando desde el principio, la viuda sostiene que a los efectos de concesión de una pensión de viudedad al cónyuge superviviente no pueden aplicarse las reglas y requisitos exigidos a las parejas de hecho, dado que se trata de dos supuestos diferentes.

Sostiene que en viudedad derivada de matrimonio la convivencia análoga a la conyugal puede acreditarse por cualquier medio de prueba admitido en derecho, sin que quepa exigir ni la formalización de la pareja de hecho mediante la inscripción en un registro ni, por supuesto, el empadronamiento en el mismo domicilio para la acreditación de la convivencia. Afirma por ello, que debió entrar a valorar la prueba aportada por la parte actora dirigida a acreditar el periodo de convivencia exigido por la Ley.

2. La Administración de Clases Pasivas

En la representación que ostenta, la Abogada del Estado sostiene que la acreditación de la convivencia previa al matrimonio y que, sumada con el tiempo que este ha durado, permite lucrar la pensión si llega a los dos años, solo es la propia de una verdadera pareja de hecho y no otra más informal.

Invoca la doctrina de las SSTC 40 y 44/2014, que confirman la constitucionalidad de la exigencia de requisitos materiales y formales para el reconocimiento de pensiones de viudedad en caso de parejas de hecho

V. Normativa aplicable al caso

1. Ley de Clases Pasivas del Estado

La Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobada por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril (LCPE) dedica su artículo 38 de disciplinar las condiciones del derecho a la pensión de viudedad. A nuestros efectos, interesa reparar en los siguientes pasajes:

1. Tendrá derecho a la pensión de viudedad quien sea cónyuge superviviente del causante de los derechos pasivos.

En los supuestos en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevinida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento. No se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando existan hijos comunes, ni tampoco cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, como pareja de hecho, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años.

Cuando el cónyuge no pueda acceder a pensión de viudedad por las causas citadas en el párrafo anterior, tendrá derecho a una prestación temporal de igual cuantía que la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años.

4. Tendrá asimismo derecho a la pensión de viudedad quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho [...]

A efectos de lo establecido en este apartado, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción

en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

Ya puede entenderse el meollo de la cuestión suscitada respecto de la interpretación de la LCP: determinar si el artículo 38.4.IV (exclusiva convivencia de hecho) es aplicable al supuesto regulado en el artículo 38.1.II (convivencia de hecho seguida de matrimonio para completar el tiempo mínimo que permite devengar la pensión de viudedad).

2. Ley General de la Seguridad Social

Por las razones ya avanzadas, interesa examinar la regulación que la vigente LGSS dedica a la "Pensión de viudedad del cónyuge superviviente" en el artículo 219:

2. En los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. No se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el artículo 221.2, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años.

A su vez, el artículo 221 disciplina la pensión de viudedad en parejas de hecho, y el remitido número 2 reza del siguiente modo:

A efectos de lo establecido en este artículo, se reconocerá como pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona ni constituida pareja de hecho, y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años, salvo que existan hijos en común, en cuyo caso solo deberán acreditar la constitución de la pareja de hecho de conformidad con lo previsto en el párrafo siguiente.

La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

VI. Doctrina básica

La sentencia comentada quiere alinear su solución con la doctrina sentada por la Sala Cuarta, admitiendo así de modo claro que estamos una misma disciplina del hecho causante respecto de la pensión de viudedad, por más que albergada en sendas Leyes. Se trata de una toma de posición que no conviene pasar por alto y que, precisamente, anida la opción que viene adoptando esta publicación, al atender a los criterios sentados por el orden contencioso en materia social^[6].

1. La convivencia en parejas de hecho.

Cuando sólo ha habido una convivencia de hecho *more uxorio*, es necesario que concurren dos requisitos simultáneos que no deben confundirse ni mezclarse:

- Primero: que se pruebe la realidad de la convivencia de hecho, estable y notoria. Para ello el propio legislador prevé un medio de prueba concreto: si se

entiende que los que se dicen convivientes han vivido bajo el mismo techo bastará que esa convivencia se pruebe con un certificado de empadronamiento, lo que no excluye otros medios probatorios admisibles en Derecho, claros y concluyentes^[7].

• Segundo: que esa convivencia sea jurídicamente pública, esto es, se constituya para su invocación frente a terceros (incluyendo la Administración del Estado). La Ley prevé que esa constitución se efectúe o bien inscribiendo la unión de hecho en un registro de parejas o uniones de hecho, o bien aportando un documento público del que se deduzca tal constitución. Se trata, no de una prueba, sino de un requisito *ad solemnitatem*.

En ocasiones anteriores la Sala Tercera había sostenido que la existencia de una pareja de hecho solamente puede hacerse mediante la inscripción registral ahí prevista o aportando un documento público^[8]. Ahora advierte que esos son requisitos de constitución de la pareja de hecho y que cosa distinta es la prueba de la convivencia. No se trata de aportar dos pruebas de un mismo hecho, sino de que concurren esos dos requisitos simultáneos para que se reconozca el derecho a la pensión de viudedad.

2. Especificidad del matrimonio corto

Hay que diferenciar el acceso a la viudedad desde un supuesto de exclusiva pareja de hecho (art. 38.4.IV) de los casos en que ha habido un matrimonio (art. 38.1.II). En este caso, que es el de autos, surge una regulación que contempla el matrimonio como presupuesto ordinario del derecho a percibir una pensión de viudedad -su disolución por muerte- y regula una excepción a la regla temporal, para lo que se añade al tiempo de matrimonio -que es lo relevante- otro previo de convivencia de hecho que debe probarse.

Para que ese periodo de convivencia surta efectos jurídicos no es exigible la inscripción en un registro de parejas de hecho o que se aporte un documento público del que se deduzca su constitución, pues basta la publicidad derivada de la inscripción registral del matrimonio.

3. Justificación de la flexibilidad probatoria

Se justifica que en estos casos no se aplique la exigencia de publicidad registral administrativa o una documental pública de la constitución de la previa convivencia de hecho, pues para quienes sí han convertido la convivencia de hecho en posterior matrimonio, la exigencia de publicidad se satisface con la inscripción en el Registro Civil de ese matrimonio, que es lo que produce efectos jurídicos de cara a la pensión de viudedad; en cambio, es lógico que se exija que haya constancia jurídica de la convivencia *more uxorio* cuando se trata de dos convivientes que no han tenido voluntad de contraer matrimonio.

4. Necesidad de que haya acreditación de la convivencia previa

Para conjurar eventuales fraudes, pese al ulterior matrimonio, con lo que implica de daño la seguridad del régimen de Clases Pasivas, repercutiendo negativamente en su sostenibilidad, hay que exigir la realidad de la previa convivencia.

De ahí que se asuma la jurisprudencia social sobre necesidad de que se pruebe mediante el empadronamiento u otro medio probatorio.

5. Valoración de las pruebas aportadas sobre la convivencia

La prueba del periodo de convivencia de hecho previo al matrimonio debe llevar a la conclusión de que ha sido, como hecho, estable y notoria; y para su prueba, aparte del empadronamiento, cabe aportar otros medios admisibles en Derecho. Frente al riesgo de fraude tal actividad probatoria debe ser seria y creíble al ventilarse en estos casos el reconocimiento de unas pensiones con su incidencia en la sostenibilidad del

sistema. Una parte importante de la sentencia comentada versa sobre la valoración de lo acreditado, en los términos siguientes.

No tiene fuerza probatoria un acta notarial de manifestaciones, pues en ella el Notario se limita a dar fe de que la recurrente le presentó una documental y de que ciertas personas ante él manifestaron lo que consta en el acta, sin que tenga valor de prueba testifical.

Las escrituras de testamento de ambos cónyuges no se han tenido como prueba de la convivencia como pareja de hecho^[9].

La adquisición de una parcela por los dos cónyuges (1990), los pagos del IBI en una cuenta conjunta, así como de numerosos recibos, o la existencia de seguros de vida cruzados aparecen incorporados al expediente. También el mismo domicilio como propio de ambos cónyuges está en los seguros de vida antes mencionados; en el préstamo personal de ambos con CajaSur (2004), en diversos pagos, a nombre del marido, o en una cuenta corriente (folio 53 del expediente); además es el domicilio que da la recurrente en el expediente administrativo a efecto de notificaciones.

Sin embargo, cuando ambos otorgan (2015) su respectivo testamento abierto, cada cónyuge indica un domicilio distinto. Y quienes comparecen ante Notario manifiestan que el matrimonio había vivido en un tercer lugar.

A la vista de todo ello se concluye: no deja de ser relevante que no se haya acudido, al menos, a una prueba asequible y que expresamente exige la LCP -el certificado de empadronamiento- pero del resto de los documentos aportados no se desprende el hecho de la convivencia, pues podrá deducirse una relación mantenida en el tiempo, con intereses comunes, pero no el hecho de la convivencia.

VII. Parte dispositiva

A) Tras haber expuesto los argumentos indicados, la sentencia concluye estimando el recurso, puesto que la recurrida entendía que era imprescindible que la pareja de hecho estuviera registrada o formalizada en documento público a fin de que el tiempo de convivencia previo al matrimonio pudiera computarse.

Por razón de lo expuesto se estima el recurso de casación, se casa y anula la sentencia impugnada al apartarse de lo expuesto.

B) Una vez sentado el criterio de que la convivencia previa al matrimonio es valorable, en contra de lo resuelto por el TSJ de Madrid, corresponde a la Sala del Tribunal Supremo resolver las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso de instancia, salvo que considere necesario retrotraer as actuaciones por algún motivo^[10].

C) Valorando el material probatorio aportado al expediente administrativo y al procedimiento, a la vista de que no se aporta el empadronamiento y de que las pruebas aportadas indican comunidad de intereses, pero no convivencia estable, desestima el recurso de la viuda y confirma el acierto de la Resolución recurrida.

D) En materia de costas procesales: las de la instancia, pese a haberse desestimado la demanda, no se imponen por la existencia de dudas jurídicas^[11]; y las de casación, conforme a lo querido por la Ley, deben afrontarse por la parte que las haya originado por no concurrir circunstancias especiales^[12].

VIII. Pasajes decisivos

El apartado 8 del Fundamento Cuarto es el que condensa la doctrina sentada a propósito del tipo de convivencia valorable a efectos de acreditar los dos años de unión *more uxorio* previos a la muerte:

Para acreditar el periodo o tiempo como pareja de hecho para el supuesto del artículo 38.1, párrafo segundo, del TRLPCE, no son aplicables las exigencias de publicidad formal de tal convivencia conforme al apartado 4, párrafo cuarto, del artículo

38. Si es aplicable que la convivencia de hecho, estable y notoria inmediata al matrimonio, se pruebe mediante certificado de empadronamiento u otro medio de prueba admisible en Derecho, claro y concluyente, para que, esa convivencia sumada al tiempo de matrimonio, superen entre ambos dos años.

IX. Comentario

Desde la perspectiva que ahora interesa, el examen de esta resolución judicial sirve para traer a colación algunos criterios de jurisprudencia social unificada^[13].

1. Tipo de convivencia prematrimonial computable

Diversas sentencias de la Sala Cuarta han advertido que la remisión que el art. 219.2 LGSS hace al art. 221.2 LGSS comprende la exigencia de que la convivencia como pareja de hecho se produzca en los términos señalados en dicho precepto (“quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona ni constituida pareja de hecho”), por lo que el plazo de duración de esa convivencia (“que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años”) solo puede computarse desde que la pareja pudo contraer matrimonio y en el caso la convivencia acumulada^[14].

De ese modo, para acreditar la convivencia como pareja de hecho cuando el fallecimiento se produce por enfermedad común, no sobrevenida con posterioridad al matrimonio celebrado con menos de un año de antelación respecto del fallecimiento, es preciso que los convivientes no estén impedidos para contraer matrimonio ni tengan vínculo matrimonial con otra persona, en interpretación conjunta de lo previsto en los señalados artículos de la LGSS. De ese modo, el tiempo de convivencia durante el cual una de las dos personas siguiera vinculada por matrimonio anterior es inocuo a tales efectos, incluso siendo inútil el esfuerzo probatorio desarrollado al efecto.

La convivencia acreditada como pareja de hecho en el periodo inmediatamente anterior a la celebración del matrimonio solo podría computarse desde el momento en el que se produce la convivencia sin vínculo matrimonial con otra persona ni impedimento para contraer matrimonio, es decir, la convivencia en los términos que establece la Ley para las parejas de hecho. Dicho de otro modo: no tiene derecho a la pensión de viudedad la persona separada judicialmente que convive con un tercero, divorciado, pese a haber estado inscritos como pareja de hecho durante casi todo el tiempo de convivencia, al tener el miembro superviviente de dicha pareja un vínculo matrimonial no disuelto^[15].

Del mismo modo, no tiene derecho a pensión de viudedad la persona divorciada que constituye con su ex cónyuge una pareja de hecho si no acredita un período de convivencia de cinco años anteriores al fallecimiento, no debiendo computarse a estos efectos la totalidad de su vida en común sino únicamente el tiempo convivido como tal pareja de hecho después del divorcio^[16].

2. Acreditación de la pareja de hecho

Numerosos asuntos han suscitado la necesidad de especificar cómo ha de acreditarse la existencia de una pareja de hecho.

Doctrina general: la existencia de la pareja de hecho debe acreditarse mediante inscripción en el registro específico de la Comunidad Autónoma o del Ayuntamiento del lugar de residencia, o a través de documento público, sin que a estos efectos sean documento público hábil el Libro de Familia donde constan inscritos hijos en común o las disposiciones testamentarias en favor mutuo^[17], ni el documento en que aparece como beneficiaria del derecho de asistencia sanitaria la persona con la que se convive pero sin especificarse el motivo del reconocimiento de ese beneficio^[18]; o el certificado de empadronamiento en un mismo domicilio^[19]; ni una sentencia que da cuenta de la existencia de la pareja de hecho que después se rompió^[20]; ni la declaración de su existencia en la escritura de constitución de la comunidad de bienes sobre una

vivienda^[21]. La inscripción en el registro de parejas de hecho autonómico no tiene preferencia sobre los registros habilitados en los Ayuntamientos^[22].

Matización de la doctrina general: Cuando el hecho causante acaece dentro de los dos años inmediatamente posteriores a la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 diciembre (1 enero 2008), el requisito de inscripción en registro específico o formalización en documento público con una antelación mínima de dos años a la fecha del fallecimiento del causante es inexigible, por resultar imposible el cumplimiento de tal plazo (no la formalización)^[23].

Rito gitano: No procede reconocer pensión de viudedad al miembro supérstite de una pareja unida por el rito gitano, por no acreditarse la existencia de pareja de hecho, al no constar su inscripción en el registro, ni estar constituida a través de un documento público; no resulta aplicable la doctrina de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 diciembre 2009 (asunto Muñoz Díaz), por no concurrir buena fe matrimonial basada en la creencia de la eficacia del vínculo contraído, al no venir avalada en documentos oficiales que le hubieran dado apariencia de validez, pues tanto en el libro de familia como en la inscripciones de nacimiento se hace constar la cualidad de «solteros» de los padres y la naturaleza «extramatrimonial» de los hijos^[24].

3. Acreditación de la convivencia prematrimonial

También se ha debatido si la acreditación de la existencia de pareja de hecho, a los efectos de obtener una pensión de viudedad, únicamente es posible hacerla a través del certificado de empadronamiento, como podría desprenderse de una cierta interpretación de la LGSS o si, por el contrario, puede acreditarse medios otros medios de prueba admisibles en Derecho, especialmente de carácter documental.

Ya se ha anticipado la respuesta: el requisito de convivencia que se requiere para que el miembro superviviente de una pareja de hecho cause derecho a pensión de viudedad puede acreditarse a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho y no solo mediante el certificado de empadronamiento^[25].

4. Unificación de criterios de jurisdicciones diversas

La sentencia comentada razona que, aunque no existe la exigencia legal que obligue a un orden jurisdiccional a seguir la jurisprudencia de otro orden jurisdiccional distinto, no parece justificado, en principio, que ante regulaciones idénticas de situaciones idénticas, se llegue a soluciones distintas sin que concurren elementos que lo justifiquen. Los principios de igualdad en la aplicación de la Ley y de seguridad jurídica se resentirían.

Se trata de una posición que merece elogio, pero que el legislador y la jurisprudencia de la Sala Cuarta no acogen. La LRJS no especifica que cuando se invoquen sentencias del Tribunal Supremo como contradictorias, las mismas deban corresponder a las dictadas por la Sala de lo Social. Sin embargo, no hay que olvidar que la *ratio legis* consiste en atribuir a la Sala 4.^a la competencia para conocer del recurso para la unificación de la doctrina social o laboral, por lo que su teleología se sitúa en la interpretación de la rama del Derecho que tiene encomendada. Por eso la jurisprudencia advierte que no tienen, por tanto, la consideración de decisiones comparables a efectos de fundar la apreciación de una contradicción en este recurso las resoluciones de otras Salas del Tribunal Supremo, pues la doctrina que ha de unificarse es la del orden social y no ésta con la de otros órdenes.

La contradicción, que, como requisito del recurso de casación para la unificación de doctrina, regula el artículo 219 LRJS ha de establecerse con las sentencias que menciona el precepto citado, sin que puedan tenerse en cuenta a estos efectos las de otras Salas del Tribunal Supremo distintas de la Sala de lo Social. La exclusión de estas sentencias se funda en que la función unificadora que la Sala IV tiene atribuida

afecta únicamente a la doctrina del orden social, sin que pueda extenderse, de forma directa o indirecta, a otros órdenes jurisdiccionales^[26].

X. Apunte final

La sentencia noticiada obliga a insistir en cuestiones expuestas con anterioridad. ¿Tiene sentido que subsista, como tal y al margen de la Seguridad Social, el régimen de Clases Pasivas, habida cuenta de la convergencia en su acción protectora y en su gestión? ¿Tiene sentido que, aunque subsista, los litigios sobre su acción protectora desemboquen en la jurisprudencia contenciosa y no en la social? ¿Tiene sentido que puedan existir doctrinas diversas en esos dos órdenes jurisdiccionales, habida cuenta de que no son recíprocamente vinculantes?

Referencias:

1. [^] *Resolución de 30 de julio de 2019 de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones públicas, Ministerio de Hacienda, relativa a la denegación de reconocimiento del derecho a pensión vitalicia de viudedad.*
2. [^] *Proc. 731/2019; ECLI:ES:TSJM:2020:7406.*
3. [^] *La Magistrada Ana María Jimena Calleja defiende que debía entrar a analizarse la prueba aportada por la parte actora dirigida a acreditar el período de convivencia exigido por la Ley.*
4. [^] *De hecho, la Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, mediante Auto de 17 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2436A) acuerda la Admisión para que se precise si el período de convivencia con el causante de los derechos pasivos, como pareja de hecho, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años, debe acreditarse mediante certificación de la inscripción de la pareja de hecho en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. O si, por el contrario, cabe que tal período de convivencia pueda ser acreditado por otro medio de prueba distinto de los dos anteriores, o, incluso, por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho.*
5. [^] *“No encontramos elementos que permitan pensar en el propósito de generar artificialmente un derecho a la pensión de viudedad. Ha habido una convivencia anterior al nuevo matrimonio de casi veintitrés años no inmediata a él pero sí muy cercana en el tiempo y el mismo hecho de que volvieran a casarse indica que mantuvieron su relación en el período que medió entre su primer y segundo enlaces...”.*
6. [^] *En palabras de la sentencia glosada, “planteándose en ambos casos la interpretación de cómo probar la existencia del mismo presupuesto normativo -convivencia como pareja de hecho- y cómo dotar de efectos jurídicos a tal convivencia, debemos evitar pronunciamientos dispares, máxime cuando la jurisprudencia del orden Social es más numerosa y, además, no hay razón objetiva atendible que diferencie en este punto ambos regímenes”.*
7. [^] *En tal sentido STS-CONT 306/2022 de 10 de marzo (rec. 4028/2020)*
8. [^] *Cita la STS-CONT 372/2022 de 24 marzo (rec. 3981/2020).*
9. [^] *Se remite al criterio de STS-SOC 26 noviembre 2012 (rcud. 4072/2011).*
10. [^] *Conforme al art. 93.1 LJCA “La sentencia fijará la interpretación de aquellas normas estatales o la que tenga por establecida o clara de las de*

la Unión Europea sobre las que, en el auto de admisión a trámite, se consideró necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo. Y, con arreglo a ella y a las restantes normas que fueran aplicables, resolverá las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso, anulando la sentencia o auto recurrido, en todo o en parte, o confirmándolos. Podrá asimismo, cuando justifique su necesidad, ordenar la retroacción de actuaciones a un momento determinado del procedimiento de instancia para que siga el curso ordenado por la ley hasta su culminación”.

11. ^ El art. 139.1 LJCA prescribe que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de Derecho.
12. ^ El artículo 93.4 LJCA prevé que cada parte abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad. No obstante, el tribunal podrá imponer las del recurso de casación a una sola de ellas cuando la sentencia aprecie, y así lo motive, que ha actuado con mala fe o temeridad; imposición que podrá limitar a una parte de ellas o hasta una cifra máxima.
13. ^ Sigo los Estudios de Jurisprudencia Social Unificada, elaborados en colaboración con F. Cavas Martínez y publicados por la Editorial Aranzadi.
14. ^ SSTs 30 septiembre 2014 (rcud. 2516/2013); 20 julio 2015 (rcud 3078/20); 53/2020 de 23 enero (rcud. 1353/2017); 857/2022 de 26 octubre (rcud. 2059/2019).
15. ^ STS de 2 marzo 2017 (RJ 2017, 1460)(Ponente, Sr. López García de la Serrana).
16. ^ STS de 20 julio 2015 (RJ 2015, 4327)(Ponente, Sr. Souto Prieto).
17. ^ SSTs de 3 mayo 2011 (RJ 2011, 4507)(Ponente, Sr. Gullón Rodríguez), 9 junio 2011 (RJ 2011, 5334); 15 junio 2011 (RJ 2011, 5939); 4 octubre 2011 (RJ 2011, 7638); 17 (RJ 2012, 156), 22 (RJ 2012, 1466) y 28 noviembre 2011 (RJ 2012, 92); 20 (RJ 2012, 395), 22 (RJ 2012, 1886) y 26 diciembre 2011 (RJ 2012, 159); 23 (RJ 2012, 2149) y 26 enero 2012 (RJ 2012, 3630); 21 (RJ 2012, 3382) y 28 febrero 2012 (RJ 2012, 4575); 12 marzo 2012 (RJ 2012, 4181); 18 abril 2012 (RJ 5722); 10 mayo 2012 (RJ 2012, 6502); 24 mayo 2012 (RJ 2012, 2377); 30 mayo 2012 (RJ 2012, 8323); 11 junio 2012 (RJ 2012, 8536); 27 junio 2012 (2012, 9583); 18 julio 2012 (RJ 2012, 8750); 16 julio 2013 (RJ 2013, 6583); 20 mayo 2014 (RJ 2014, 3233); 22 septiembre 2014, Sala General (RJ 2014,6431); 22 septiembre 2014, Sala General (RJ 2014, 4754); 22 septiembre 2014, Sala General (RJ 2014, 5752); 22 septiembre 2014, Sala General (RJ 2014, 5751); 22 septiembre 2014, Sala General (RJ 2014, 5755); 11 noviembre 2014 (RJ 2014, 6750); 12 noviembre 2014 (RJ 2014, 5904); 9 febrero 2015 (RJ 2015, 529); 9 febrero 2015 (RJ 2015, 530); 9 febrero 2015 (RJ 2015, 668); 9 febrero 2015 (RJ 2015, 905); 9 febrero 2015 (RJ 2015, 1048); 10 febrero 2015 (RJ 2015, 908); 10 febrero 2015 (RJ 2015, 537); 10 marzo 2015 (RJ 2015, 1305); 28 abril 2015 (RJ 2015, 2822); 29 abril 2015 (RJ 2015, 2211); 29 abril 2015 (RJ 2015, 2212); 12 mayo 2015 (PROV\2015\164835); 23 junio 2015 (RJ 2015, 3878); 29 junio 2015 (RJ 2015, 3891); 11 mayo 2016 (RJ 2016, 3110).
18. ^ STS de 28 abril 2015 (RJ 2015, 2205)(Ponente, Sr. López García de la Serrana).
19. ^ SSTs de 16 diciembre 2015 (RJ 2016, 49)(Ponente, Sr. Agustí Juliá); 17 diciembre 2015 (RJ 2015, 6213); 18 diciembre 2015 (PROV\2016\41341); 23 febrero 2016 (RJ 2016, 1058); 2 marzo 2016 (RJ 2016, 1120); 29 marzo

- 2016 (RJ 2016, 1605); 30 marzo 2016 (RJ 2016, 1606); 19 abril 2016 (RJ 2016, 2126); 1 junio 2016 (RJ 2016, 2868); 21 julio 2016 (RJ 2016, 4520); 8 noviembre 2016 (RJ 2016, 5881) y 7 diciembre 2016 (RJ 2017, 146).
20. ^ STS de 12 diciembre 2017 (RJ 2017, 5957)(Ponente, Sr. Moralo Gallego).
 21. ^ STS de 13 marzo 2018 (RJ 2018, 1141)(Ponente, Sr. De Castro Fernández).
 22. ^ STS de 4 mayo 2017 (RJ 2017, 2570)(Ponente, Sr. López García de la Serrana).
 23. ^ SSTS de 28 noviembre 2011 (RJ 2012, 95)(Ponente, Sr. Gullón Rodríguez); 22 diciembre 2011 (RJ 2012, 1886) y 4 noviembre 2014 (RJ 2014, 6160).
 24. ^ STS, Pleno, de 25 enero 2018 (RJ 2018, 5159)(Ponente, Sr. De Castro Fernández, con Voto Particular de las magistradas Arastey Sahún y Segoviano Astaburuaga). Aplica su doctrina la STS de 24 junio 2020 (RJ 2020, 3201) (Ponente, Sr. Moralo Gallego).
 25. ^ SSTS de 25 mayo 2010 (RJ 2010, 3610)(Ponente, Sr. Alarcón Caracuel); 24 junio 2010 (RJ 2010, 3613); 6 julio 2010 (RJ 2010, 6786); 14 septiembre 2009 (RJ 2010, 7418); 20 septiembre 2010 (RJ 2010, 7436); 12 noviembre 2010 (RJ 2010, 8836); 9 diciembre 2010 (RJ 2011, 242); 15 marzo 2011 (RJ 2011, 3258); 14 (2) abril 2011 (RJ 2011, 3952, 3953); 26 septiembre 2011 (RJ 2011, 7302)(Ponente, Sr. Gilolmo López) .
 26. ^ Por todas, SSTS 01/10/2002 (R. 3295/2001) y 04/05/2011 (R. 89/2010) y autos de 30/01/2013 (R.1987/2012), 10/05/2013 (R.134/2012), 17/09/2013 (R. 837/2013), 06/11/2013 (R. 889/2013), 16/01/2014 (R. 1877/2013), 21/01/2014 (R. 697/2013), 28/01/2014 (R.975/2013), 08/04/2014 (R. 437/13), 15/07/2014 (R. 39/2014).

§ 4 Discriminación directa por embarazo en el acceso al empleo público temporal.

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional

Resumen: *La denegación y postergación por la Administración pública sanitaria de la efectividad del nombramiento como personal estatutario temporal de una profesional sanitaria integrada en una bolsa de empleo -nombramiento que le correspondía conforme al turno de nombramientos temporales de dicha bolsa- a la finalización de su situación de incapacidad temporal por embarazo y de su posterior permiso de maternidad, y a su efectiva incorporación al trabajo, computándole el período de vigencia del nombramiento únicamente a efectos de experiencia profesional, constituye una vulneración del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución.*

Palabras clave: *Igualdad. Discriminación directa por sexo. Personal estatutario temporal. Bolsas de trabajo. Llamamientos temporales. Incapacidad temporal por embarazo. Falta de nombramiento. Incorporación efectiva.*

Abstract: *The refusal and postponement by the public health administration of the effectiveness of the appointment as temporary statutory personnel of a health professional included in an employment exchange - an appointment which corresponded to her in accordance with the shift of temporary appointments in that exchange - until the end of her temporary disability due to pregnancy and her subsequent maternity leave, and her actual return to work, with the period of validity of the appointment being counted solely for the purposes of professional experience, constitutes a breach of the principle of equality in Article 14 of the Constitution.*

Keywords: *Equality, direct discrimination based on sex. Temporary statutory personnel. Temporary labor pools. Calls for temporary employment. Temporary incapacity due to pregnancy. Non-nomination. Effective incorporation to work.*

I. Introducción

El tema objeto de la sentencia 1.555/2022, de 23 de noviembre de 2022, es recurrente en la jurisprudencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, y en la jurisprudencia de otros Tribunales. La sentencia, al fijar el interés objetivo del recurso de casación contencioso-administrativo para la formación de la jurisprudencia, aprecia la vulneración del derecho fundamental a la igualdad de la recurrente del artículo 14, primer inciso, de la Constitución, pero no la vulneración de su derecho fundamental a no sufrir discriminación por embarazo del mismo precepto constitucional, segundo inciso.

Sin embargo, la denegación administrativa de la formalización del contrato de una trabajadora por su falta de incorporación al puesto de trabajo por incapacidad temporal derivada de embarazo describe una discriminación directa por sexo de la mujer trabajadora embarazada, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia y de la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que la propia sentencia recoge en su fundamentación jurídica. Aún más: la cuestión de interés casacional para la formación de la jurisprudencia, fijada por el auto de admisión del recurso, de la Sección Primera de la Sala, de 11 de noviembre de 2021, preguntaba “si constituye una discriminación por razón de sexo (artículo 14 de la Constitución española) la actuación administrativa” impugnada.

La Administración sanitaria andaluza niega la capacidad de la mujer embarazada, en situación de incapacidad temporal por embarazo, para ser contratada y trabajar, vinculando esa capacidad al inicio de la actividad laboral, y por ello no hace efectivo el nombramiento a que tenía derecho por el sistema de listas para nombramientos temporales. La actuación administrativa impugnada, que la sentencia anula, impide el acceso al empleo de la trabajadora por su situación de incapacidad temporal ocasionada por su embarazo, situando a la mujer en una situación de desventaja por el riesgo asociado a la maternidad en general y al embarazo en particular.

Las sentencias 803/2018, de 26 de febrero de 2018, y 772/2022, de 16 de junio de 2022, de la misma Sección y Sala, resolvieron casos similares, de trabajadoras integradas en bolsas en contratación temporal en situación de baja por incapacidad temporal por embarazo, a las que las Administraciones sanitarias autonómicas dieron de baja o pospusieron su nombramiento efectivo hasta su reincorporación efectiva al trabajo.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Cuarta.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1555/2022, de 23 de noviembre.

Tipo y número recurso: recurso de casación núm. 987/2021

ECLI:ES:TS: 2022:4337

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excm. Sra. Dña. Celsa Pico Lorenzo.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

En la mecánica de funcionamiento del recurso de casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, el problema suscitado queda reflejado con precisión en el auto de admisión del recurso por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Alto Tribunal, que debe identificar y motivar que el problema planteado presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia como requisito ineludible de admisión del recurso (art. 88 LJCA).

En este recurso de casación, el auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de 11 de noviembre de 2021^[1], admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por la trabajadora, Facultativo Especialista del Área de Medicina Interna de hospital inscrita como personal estatutario temporal inscrita en bolsa de contratación temporal. Fijó el citado auto la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en determinar si constituye una discriminación por razón de sexo (art. 14 de la

Constitución española) la actuación administrativa que, ante la situación de incapacidad temporal por embarazo de una profesional sanitaria integrada en la bolsa de empleo a la que se había ofrecido un nombramiento como personal estatutario temporal, retrasó la efectividad de dicho nombramiento a la finalización de la situación de baja por incapacidad temporal y del posterior permiso de maternidad y a la consiguiente incorporación de la trabajadora, sin reconocer, respecto del periodo de tiempo en que el nombramiento no fue efectivo, ningún otro efecto que el mero cómputo de dicho tiempo como experiencia profesional a efectos de otros procesos selectivos de esa misma Administración sanitaria. En definitiva, el nombramiento no produjo plenos efectos ante la falta de incorporación efectiva (RJ 2º y Acuerda 2º; FD 2º de la sentencia).

1. Hechos

La recurrente presta servicios de forma ininterrumpida, desde 2007, con la categoría de Facultativo Especialista del Área de Medicina Interna en el Hospital Regional Universitario de Málaga, estando inscrita como personal estatutario temporal en la bolsa de contratación temporal.

Le fueron ofertados dos nombramientos, el primero del 1 de junio de 2014 al 31 de enero de 2015, y el segundo, del 1 de febrero de 2016 al 31 de enero de 2017, cuando se encontraba embarazada y en situación de incapacidad temporal. Por ello, optó por diferir su incorporación efectiva al día inmediato siguiente a finalizar el período de maternidad, siempre que la causa que motivó el nombramiento aún permaneciera, produciéndose las respectivas incorporaciones efectivas el 24 de enero de 2015 y el 20 de octubre de 2016, respectivamente.

A falta de la incorporación efectiva de la trabajadora en las situaciones de incapacidad temporal por embarazo y de permiso de maternidad, el Director Gerente del Hospital Regional Universitario de Málaga computó únicamente el período de vigencia del nombramiento a efectos de experiencia profesional, en aplicación del punto IV.11.5 del texto refundido del Pacto de la Mesa Sectorial de Sanidad, suscrito entre la Administración y las organizaciones sindicales, sobre el sistema de selección de personal estatutario temporal para puestos básicos en el Servicio Andaluz de Salud (SAS), aprobado y publicado por resolución de 21 de junio de 2010, de la Dirección General de Personal y Desarrollo Profesional del SAS.

En consecuencia, el nombramiento no produjo plenos efectos ante la falta de incorporación efectiva de la trabajadora.

Las solicitudes de la trabajadora de 13 de febrero de 2017 sobre formalización de los nombramientos como personal estatutario temporal y su consideración como tiempo de trabajo a todos los efectos fueron desestimadas por resolución de 6 de marzo de 2017 del Director Gerente del Hospital Regional Universitario de Málaga.

2. Antecedentes

La referenciada resolución administrativa fue recurrida por la trabajadora. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Málaga desestimó el recurso contencioso-administrativo por sentencia de 16 de octubre de 2018^[2], que rechazó la existencia de discriminación por embarazo, aplicando en su literalidad el punto IV. 11.5 del Pacto de la Mesa Sectorial de Sanidad, a cuyo tenor la aceptación de un nombramiento temporal por la persona que esté disfrutando de permisos por maternidad, paternidad, riesgo de embarazo o lactancia, y opte por continuar con su disfrute, vincula al SAS a garantizar el nombramiento aceptado, a efectos de cómputo de la experiencia profesional, con las siguientes consecuencias: 1ª.- La persona puede seguir disfrutando de cualquiera de los permisos citados, de modo que la incorporación efectiva pasa al día inmediato siguiente al de la finalización del permiso. 2ª.- Si la persona opta por continuar disfrutando el permiso de maternidad o paternidad, la seguridad social le abonará, si cumple los requisitos, las prestaciones

que por su situación le correspondan, sin recoger una similar previsión para los permisos de riesgo de embarazo o lactancia natural.

La demandante interpuso recurso de apelación. La sentencia de 10 de septiembre de 2020 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga^[3], estimó en parte el recurso en el único punto dejar sin efecto la condena en costas impuesta a la recurrente por la sentencia de instancia.

La Sala de Málaga descartó que se hubiese vulnerado el derecho a la igualdad (art. 14 de la Constitución) de la trabajadora recurrente, pues “la indemnidad” de su estado de embarazo habría quedado garantizada por la regulación del punto IV del punto 11.5 del Pacto Sectorial de Sanidad, al asegurar el nombramiento de la trabajadora temporal hasta su incorporación al trabajo efectivo y computar el período no trabajado como experiencia profesional. En cuanto a los aspectos retributivos derivados de la falta de formalización del nombramiento, consideró la Sala que habían resultado garantizados por las correspondientes prestaciones de seguridad social: prestación económica por riesgo durante el embarazo y por nacimiento y cuidado de hijo, cuyas cuantías no se había acreditado que fueran inferiores a las que correspondería a cualquier otra profesional que ostentase en propiedad la plaza. Las consecuencias administrativas en materia de trienios o carrera profesional deberían analizarse cuando se produjeran tales situaciones.

La recurrente preparó recurso de casación, con base en el artículo 88.2, apartados a), c) e) y f) de la LJCA, denunciando la infracción del artículo 14 de la Constitución, de la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de los artículos 3, 8, 3 [sic], 51 a), b) y f) de la

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, así como del Punto IV 11.5.5 y 6 del Pacto de la Mesa Sectorial de Sanidad, aprobado por la Resolución de 21 de junio de 2010 de la Dirección de Personal y Desarrollo Profesional del SAS. La Directiva 2002/73/CE, que el auto de admisión del recurso de casación, de 11 de noviembre de 2021 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, citado, no toma en consideración, había sido derogada por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

La sentencia recurrida vulneraba la doctrina de las SSTC 162/2016, de 13 de octubre y 2/2017, de 16 de enero, relativas a la discriminación de la mujer trabajadora por embarazo o maternidad, y la STJUE de 16 de febrero de 2006, C-2914/2004, sobre la prohibición de discriminación de trabajadora por razón de la maternidad.

El auto de admisión del recurso de casación de la Sección Primera apreció que la cuestión litigiosa planteaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, en los términos que ya han quedado señalados, por concurrir las circunstancias del apartado c) del artículo 88.2 de la LJCA, por la virtualidad expansiva de la doctrina a examen, así como por la afectación a la doctrina constitucional existente sobre prohibición de discriminación de la mujer por embarazo o maternidad.

IV. Posición de las partes

1. De la recurrente

La trabajadora denunció la discriminación padecida por los perjuicios laborales sufridos por razón de su embarazo y maternidad. El Director Gerente del Hospital Regional Universitario de Málaga y los órganos judiciales habrían procedido a efectuar una interpretación errónea con la consiguiente aplicación indebida del Punto IV 11.5.5 y 6 del texto refundido y actualizaciones del Pacto de la Mesa Sectorial de Sanidad sobre sistemas de selección de personal estatutario temporal para puestos básicos en el SAS, referido a situaciones especiales en bolsa de empleo temporal.

Los nombramientos como personal estatutario temporal debieron hacerse en el momento de su aceptación por la trabajadora, sin que su situación de incapacidad temporal por embarazo y posterior maternidad permitiese su posposición al momento de su incorporación efectiva al trabajo. En lugar de ello, los nombramientos fueron sustituidos por una simple certificación que establecía que le correspondían a la facultativa especialista en medicina interna y que serían formalizados cuando finalizase la situación de incapacidad temporal por embarazo y posterior maternidad, lo que constituyó una vulneración palmaria del artículo 14 de la Constitución y una discriminación por sexo que la Administración y los órganos judiciales debían haber removido aplicando los preceptos de normas superiores alegados y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia que los interpreta.

Razona la recurrente que, conforme a la doctrina de las SSTC 66/2014, 162/2016, y 2/2017, la Constitución proscribire, por discriminatorio por causa de sexo, cualquier perjuicio laboral que se derive para la mujer de su embarazo o maternidad, tanto en el ámbito público como privado, con independencia de todo propósito discriminatorio del empleador y de que las consecuencias hubieran sido las mismas de haberse tratado de un trabajador del sexo masculino de baja por cualquier otra causa.

2. Del Servicio Andaluz de Salud

El SAS argumentó la existencia de “dos procesos idénticos en espacios temporales distintos”.

En el primero de ellos, mientras la recurrente se encontraba en situación de incapacidad temporal motivada por su embarazo, el SAS le ofreció un nombramiento temporal eventual a jornada parcial para la prestación de servicio determinado de naturaleza temporal con fecha de inicio 1 de junio de 2014 y fecha de término de 31 de enero de 2015, que le correspondía por el orden marcado en la bolsa de empleo temporal. La trabajadora aceptó el nombramiento y pospuso su incorporación efectiva al día inmediato siguiente a finalizar el permiso de maternidad – el 4 de octubre de 2014 había tenido lugar el parto-, siempre que la causa que motivó el nombramiento permaneciera. Agotado el período de prestación de maternidad cubierto por el INSS el 23 de enero de 2015, la trabajadora se incorporó al día siguiente para cumplir lo que le restaba del contrato que se le ofertó, esto es, desde el 24 de enero a 31 de enero de 2015, pidiendo el mismo día de su incorporación la ampliación del período de prestaciones de maternidad en las cuatro semanas que según la normativa de la Junta de Andalucía podía disfrutar hasta el mismo 31 de enero de 2015. El 1 de febrero de 2015 se le realizó un nuevo nombramiento por el SAS hasta el 28 de febrero de 2015, pidiendo igualmente la ampliación del período de prestaciones de maternidad en las cuatro semanas (ya sólo le restarían tres semanas al haber disfrutado de una semana en el período inmediatamente anterior) que según la normativa de la Junta de Andalucía le correspondían hasta el mismo 20 de febrero de 2015.

En el segundo proceso, la recurrente venía prestando servicios mediante nombramiento temporal de carácter eventual desde el 1 de marzo de 2015 a 31 de enero de 2016, habiendo obtenido incapacidad temporal el día 23 de noviembre de 2015 por lo que hasta el día 31 de enero de 2016 en que finalizaba su nombramiento percibió las correspondientes prestaciones por incapacidad temporal. Estando en situación de incapacidad temporal relacionada con su embarazo y percibiendo las prestaciones por desempleo, el SAS ofreció a la recurrente un nombramiento temporal eventual a jornada parcial para la prestación de servicio determinado de naturaleza temporal con fecha de inicio 1 de febrero de 2016 y fecha de término el 31 de enero de 2017, nombramiento que le correspondía por el orden establecido en la bolsa de empleo temporal. De nuevo, la recurrente aceptó el nombramiento y dirigió su incorporación efectiva al día inmediato siguiente a finalizar el permiso de maternidad - el parto había tenido lugar el 30 de junio de 2016, y percibiría las prestaciones de maternidad del INSS hasta el 19 de octubre de 2016 correspondientes a las dieciséis semanas legalmente establecidas para dicho permiso-. Una vez agotado el período de prestación, la trabajadora se incorporó al día siguiente para cumplir lo que le restaba del contrato que se le ofertó, esto es desde el 20 de octubre de 2016 a 31 de enero de

2017, pidiendo el mismo día 20 de octubre de 2016 la ampliación del período de prestaciones de maternidad en las cuatro semanas correspondientes según la normativa de la Junta de Andalucía, hasta el día 16 de noviembre de 2016, reincorporándose hasta la finalización del nombramiento.

Según el SAS, la pretensión de la recurrente de obtener un nombramiento, tanto el día 1 de junio de 2014 correspondiente al primero de los procesos como el día 1 de febrero de 2016 respecto al segundo de los procesos, “tiene lugar en ambos casos cuando la misma se encontraba en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, que no por maternidad, existiendo en ambos casos una falta de capacidad funcional para el desempeño de las funciones propias del puesto”. Por ello, consideró el SAS que reconocer que esas situaciones de incapacidad temporal pudieran generar el derecho solicitado a obtener el nombramiento significaría privilegiar a la recurrente respecto de los demás integrantes de las listas de la bolsa de contratación, y no sólo respecto de los profesionales que estando igualmente en una situación de incapacidad temporal (común) y no teniendo la totalidad de la capacidad funcional no pudieran acceder a un ofrecimiento, sino a todos los que estuvieran inscritos en las listas de la bolsa de contratación.

En la impugnación del SAS, no existía vulneración alguna del derecho fundamental a la igualdad, pues la recurrente no resultaba penalizada por el hecho de estar en situación de incapacidad temporal coincidente con su embarazo. Bien al contrario, resultaba beneficiada al recibir la oferta de un contrato durante la situación de falta de capacidad funcional, difiriendo sus efectos a un momento posterior en que la situación temporal incapacitante hubiera desaparecido, reconociéndole, además, el cómputo de dicho período a efectos de experiencia en otros procesos selectivos posteriores.

En definitiva, la recurrente no se encontraba en las situaciones jurídicas de permiso maternidad, riesgo durante el embarazo, o permiso de lactancia cuando se le ofertaron los nombramientos de 1 de junio de 2014 a 31 de enero de 2015 y de 1 de febrero de 2016 a 31 de enero de 2017, sino en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, que aunque relacionada con el embarazo, en ningún caso integra las situaciones relacionadas, por lo que tampoco había sido incorrectamente interpretado el punto V.11.5 del texto refundido del Pacto de la Mesa Sectorial de Sanidad suscrito entre la Administración Sanitaria de Andalucía-SAS y las organizaciones sindicales CEMSATSE, CCOO, UGT y CSI-CSIF sobre sistema de selección del personal estatutario temporal para puestos básicos en el Servicio Andaluz de Salud.

El Letrado de Administración Sanitaria terminó la exposición de los motivos de impugnación del recurso de casación suplicando se dictase sentencia que resolviese negando que constituyera discriminación por razón de sexo posponer el nombramiento como personal estatutario temporal, que por turno correspondiera, a una profesional en situación de incapacidad temporal por embarazo en el momento de su ofrecimiento hasta la finalización de la citada situación de incapacidad temporal, sin que ese período de tiempo transcurrido hasta la efectividad del nombramiento generase otro efecto que el de su cómputo a efectos de experiencia profesional en los procesos selectivos realizados por la Administración Sanitaria.

V. Normativa aplicable al caso

Constitución

- “Artículo 14

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”-

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

- “Artículo 3. El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil”.

- “Artículo 8. Discriminación por embarazo o maternidad.

Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad.

- “Artículo 51. Criterios de actuación de las Administraciones públicas.

Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias y en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, deberán:

a) Remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de la carrera profesional.

b) Facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional.

[...]

f) Establecer medidas efectivas para eliminar cualquier discriminación retributiva, directa o indirecta, por razón de sexo

[...]”.

Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa

- “Artículo 88

2. El Tribunal de casación podrá apreciar que existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión, cuando, entre otras circunstancias, la resolución que se impugna:

a) Fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido

[...]

c) Afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso.

[...]

e) Interprete y aplique aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional.

f) Interprete y aplique el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial.

[...]”

- “Artículo 93

[...]

4. La sentencia que se dicte en el momento procesal a que se refiere el apartado 8 del artículo anterior, resolverá sobre las costas de la instancia conforme a lo establecido en el artículo 139.1 de esta ley y dispondrá, en cuanto a las del recurso de

casación, que cada parte abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad. No obstante, podrá imponer las del recurso de casación a una sola de ellas cuando la sentencia aprecie, y así lo motive, que ha actuado con mala fe o temeridad; imposición que podrá limitar a una parte de ellas o hasta una cifra máxima”.

- “Artículo 139

[...]

3. En el recurso de casación se impondrán las costas de conformidad con lo previsto en el artículo 93.4

[...]”

Resolución de 21 de junio de 2010, de la Dirección de Personal y Desarrollo Profesional del Servicio Andaluz de Salud por la que se dispone la aprobación y publicación del texto refundido y actualizaciones del Pacto de Mesa Sectorial de Sanidad, suscrito entre la Administración Sanitaria de Andalucía-SAS y las Organizaciones Sindicales que se citan (SATSE, CC.OO., UGT, CSI-CSIF, SMA y USAE), el 18 de mayo de 2010, sobre sistema de selección de personal estatutario temporal para puestos básicos en el Servicio Andaluz de Salud (BOJA núm. 137, Sevilla, 14 de julio 2010)

“IV. SELECCIÓN MEDIANTE BOLSA DE EMPLEO DE PERSONAL ESTATUTARIO TEMPORAL

[...]

5. Situaciones especiales.

[...]

5. Las personas candidatas inscritas en bolsa de empleo temporal que se encuentren en situación de disponible y en el momento de corresponderle un nombramiento temporal se encuentren disfrutando del permiso por maternidad o paternidad o de la prestación por riesgo durante el embarazo o lactancia natural, les será ofertado dicho nombramiento y, si es aceptado por la persona candidata, se garantizará el mismo, a efectos de cómputo de la experiencia profesional, pero la persona podrá optar por seguir disfrutando del permiso por maternidad o paternidad o las situaciones descritas hasta finalizar el período legalmente estipulado en dicho permiso, difiriendo la incorporación efectiva al día inmediato siguiente a finalizar el permiso, siempre que la causa que motivó el nombramiento aún permanezca. En caso de optar por seguir disfrutando del permiso por maternidad o paternidad corresponderá al órgano competente del Instituto Nacional de la Seguridad Social, si reúne los requisitos, el abono de las prestaciones que por su situación pudieran corresponderle. Para ello los centros deberán certificar a dicho Organismo que el nombramiento se ha suscrito, pero que la persona interesada no percibe retribuciones ni ejerce las funciones inherentes al mismo.

A su vez, a aquellas mujeres que se encuentren en situación de incapacidad temporal, coincidiendo ésta con su estado de gestación (y que así lo hayan comunicado voluntariamente al Área de vigilancia de la salud correspondiente), les será ofertado un nombramiento temporal por el sistema de selección de personal temporal, siempre y cuando la afectada se encuentre en situación de disponible y le corresponda dicho nombramiento por orden de puntuación. El nombramiento se hará efectivo al día inmediato siguiente en que dicha situación de incapacidad temporal finalice, siempre que la causa que motivó el nombramiento aún permanezca.

Este periodo le será computado a efectos de experiencia profesional en los procesos selectivos correspondientes.

6. El nombramiento ofertado se iniciará por la persona candidata una vez finalizado el permiso por maternidad, paternidad o cualquiera de las situaciones relacionadas en este apartado por el período restante.

[...]

VI. Doctrina básica

Conocemos ya los términos en los que el auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 11 de noviembre de 2021 admitió el recurso de casación y fijó la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

1. Sobre la doctrina jurisprudencial de la Sala (y su construcción con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional)

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo inicia la exposición de su doctrina en su FD 5º (“La posición de esta Sala expresada en la sentencia de 16 de junio de 2022 recurso casación 6021/2021”), remitiéndose a su doctrina ya expresada en su reciente sentencia 772/2022^[4]. La cuestión de interés casacional objetivo a que la Sala hubo de atender en aquella ocasión no era literalmente idéntica a ésta, pero si en su sustancia^[5], por lo que la doctrina ya sentada allí resulta de aplicación en este caso.

A su vez, la sentencia parcialmente reproducida 772/2022, de 16 de junio de 2022, traía causa de la doctrina de la sentencia 803/2018, de 26 de febrero de 2018^[6], citada en su FD 3º, de nuevo pese a las diferencias de los casos resueltos, de limitada significación. La sustancial identidad de los casos estribaba en que se debatían los perjuicios o tratos desfavorables o peyorativos causados a las mujeres trabajadoras en el acceso al empleo y en sus condiciones de trabajo y profesionales por causa de su situación de incapacidad temporal por embarazo, a las que la Administración había negado su incorporación efectiva a puestos de trabajo ofertados de acuerdo con su inclusión en las bolsas de trabajo constituidas para realizar y ordenar los llamamientos temporales, habiendo manifestado expresamente las trabajadoras embarazadas su aceptación del llamamiento. La Administración las había negado su aptitud para trabajar, bien cuando ya había formalizado la relación laboral, denegándole el alta en la seguridad social, bien previamente, oponiéndose a realizar su nombramiento.

Precisa la sentencia comentada, como hizo la precedente 772/2022, de 16 de junio de 2022, que la sentencia 803/2018, de 26 de febrero de 2018 analizaba los hechos para fijar la interpretación del artículo 134 del texto refundido de la derogada Ley General de la Seguridad Social de 1994, sobre la situación protegida de riesgo durante el embarazo (art. 186 de la vigente LGSS de 2015) y del artículo 7 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la seguridad social, aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 de enero. Pero enseguida añade que ese análisis y esa interpretación se enmarcaban en su dimensión constitucional y europea, en los derechos fundamentales de las mujeres trabajadoras a la igualdad y a no padecer discriminación en su trabajo por embarazo y maternidad, constitutiva de una discriminación directa por sexo, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, del Tribunal Constitucional y del propio Tribunal Supremo en aplicación de la Constitución, de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y de normas del Derecho de la Unión Europea.

A partir de aquí la sentencia, en su larguísimo FD 5º, reproduce el FD 3º de la sentencia 772/2022, que, a su vez, reproduce el FD 7º de la sentencia 803/2018, y cita sentencias que no exactamente se corresponden con el caso que ha de resolver, aunque contienen doctrina sobre discriminación de la mujer trabajadora por embarazo y maternidad: del Tribunal de Justicia (de 3 de febrero de 2000, C- 207/1998, *Mahlburg*, apdo. 29; de 16 de febrero de 2006, C-294/2004, *Sarkatzis*, y las por ellas citadas) sobre las viejas Directivas 76/207/CEE y 2002/73/CE, de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la

promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, que se oponían, por discriminatoria, a cualquier situación desfavorable o perjudicial para las mujeres por su embarazo y maternidad en los ámbitos materiales señalados.

Cita a continuación la sentencia de la propia Sala de 14 de marzo de 2014^[7] y, sin seguir un orden lógico de cita, como diré seguidamente en su comentario, la STC 2/2017, de 16 de enero, que enjuicia una actuación empresarial discriminatoria directa por razón de sexo al perjudicar a una trabajadora a tiempo parcial por su condición de mujer, tras su baja por embarazo y maternidad, impidiéndole el ejercicio de un derecho preferente de opción a modificar sus condiciones laborales (a incrementar su jornada laboral semanal y a trasladarse a otro centro de salud) que le reconocía el convenio colectivo aplicable, "colocándola en una clara desventaja como mujer trabajadora con el resto de sus compañeros, lo que, en definitiva, contraviene el derecho fundamental reconocido en el art. 14 CE" (FJ 6).

De nuevo con la literalidad de las sentencias precedentes, en su aplicación al caso, afirma que la "solución contraria a la expuesta, es decir, considerar que la mujer embarazada, en situación de riesgo por embarazo, no tiene aptitud ni capacidad para ser contratada, porque necesita haber iniciado la actividad laboral, supone tanto como negar la plena integración de la mujer embarazada, a todos los efectos, en una bolsa de trabajo, pues cuando llega su turno, y resulta seleccionada, nombrada y contratada, se impide su alta laboral al concurrir una situación de riesgo por embarazo, por no haber iniciado la prestación de servicios. Lo que pone de manifiesto el carácter discriminatorio por razón de sexo, pues trunca, de entrada, sus posibilidades laborales, situando a la mujer en una situación de desventaja por el riesgo asociado a la maternidad en general y al embarazo en particular".

Prosigue aplicando la doctrina de la sentencia 803/2018, pues en este caso se negaba "la aptitud de la mujer embarazada para trabajar y por ello no se le hace el nombramiento a que tenía derecho por el sistema de listas para nombramientos temporales". Aquí vuelve a saltar al Tribunal Constitucional, a su sentencia 108/2019, de 30 de septiembre de 2019, con el fin de reiterar un lugar común de la jurisprudencia constitucional: que "la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo" (FD 2º de la STC); y de traer al caso otra afirmación reiterada de la jurisprudencia constitucional: que "la vulneración del derecho a la no discriminación en relación con decisiones empresariales en materia de contratación" se produce "aun sin encontrarse vigente una relación laboral" (FD 4º de la STC).

Concluye, en consecuencia, en este nivel de la argumentación, con las anteriores SSTs 772/2022 y 803/2018, que la vulneración del derecho a la no discriminación también rige respecto de las decisiones empresariales sobre contratación, "aun sin encontrarse vigente una relación laboral", por lo que la pretensión de la recurrente no podía decaer por causa de la no formación previa de la relación contractual - justamente la falta y posposición del nombramiento como personal estatutario eventual a jornada parcial de la trabajadora embarazada a su incorporación efectiva es el objeto de la *litis* -, "ya que el art. 14 CE, en su tutela antidiscriminatoria, gobierna también esa fase del curso laboral y sus formalizaciones jurídicas".

Finalizando este FD 5º regresa al Derecho de la Unión para recordar que, con efectos de 15 de agosto de 2009, había sido derogada la Directiva 76/207/CE, reformada por la Directiva 2002/73/CE de 9 de febrero, habiendo quedado refundidas en la vigente Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que, recogiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, considera discriminación directa por sexo "el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE" [art. 4.2.c)].

Reitera a continuación el FD 4º de la STS 772/2022, para señalar que la situación fáctica objeto de aquel proceso no era conforme al principio de igualdad y que los órganos judiciales no habían realizado la interpretación y aplicación de las normas conforme a la proscripción constitucional del establecimiento de limitaciones por razón de sexo, “debido a su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (artículos 10.1 y 14 de la CE), cuando los poderes públicos son, precisamente, los que deben promover no sólo la igualdad formal, sino también la igualdad real y efectiva, impidiendo que la maternidad sitúe a la mujer en una situación de desventaja”. Sin dejar de citar algún pasaje de la STS 803/2018, que actualiza con la cita de la STC 208/2019 para apuntalar el deber de la Administración de garantizar la no discriminación y la necesidad de adoptar medidas tuitivas en el acceso al empleo de las mujeres.

2. Sobre la aplicación de la doctrina jurisprudencial de la Sala al caso

Por fin, en el FD 5º traslada la doctrina jurisprudencial de la STS 803/2018, y en particular de la STS 772/2022, al caso de su enjuiciamiento. Con la consecuencia de resolver la cuestión de interés casacional objetivo, respondiendo que vulnera “el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española no formalizar el contrato de trabajo a una mujer que no se incorpora al puesto de trabajo, ofertado y aceptado, por encontrarse en situación de baja por incapacidad temporal derivada de embarazo, sin que pueda diferirse su contratación al momento en que cause alta si persiste la necesidad que lo motivó cuando por razones temporales no podría llegar a concurrir esa situación”.

Los breves FFDD 6º y 7º se destinan a reiterar la respuesta a la cuestión de interés casacional y a fijar sus consecuencias en el caso de autos.

La sentencia reitera que resulta contrario al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española “no formalizar el contrato de trabajo a una mujer que no se incorpora al puesto de trabajo, ofertado y aceptado, por encontrarse en situación de baja por incapacidad temporal derivada de embarazo, sin que pueda diferirse su contratación al momento en que cause alta si persiste la necesidad que lo motivó cuando por razones temporales no podría llegar a concurrir esa situación”.

La estimación del recurso de casación de la trabajadora conlleva, además de la anulación de las sentencias impugnadas de instancia y apelación, la estimación del recurso contencioso-administrativo y la declaración de nulidad de las resoluciones administrativas impugnadas en la instancia por ser contrario a Derecho no formalizar la relación laboral de empleo temporal de la trabajadora por encontrarse en situación de baja por incapacidad temporal por embarazo y postergar la contratación al momento en que causara el alta si persistiera la necesidad que motivó el llamamiento de la bolsa de empleo, “a sabiendas de que esa situación no se produciría dentro del periodo de tiempo a que hubiese alcanzado el nombramiento temporal indebidamente frustrado”, con todas las consecuencias administrativas y profesionales derivadas de la anulación de los actos administrativos impugnados.

VII. Parte dispositiva

La Sala decide:

“PRIMERO.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de [...la recurrente] contra la sentencia dictada el 10 de septiembre de 2020 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en el recurso de apelación nº. 1087/2019, sentencia que anulamos.

SEGUNDO.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por [...la recurrente] contra la sentencia dictada el 16 de octubre de 2018 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 3 de Málaga en el procedimiento abreviado nº. 173/2017, sentencia que anulamos.

TERCERO.- Estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por [...la recurrente], contra la resolución del Director General de Profesionales del Servicio Andaluz de Salud de 6 de marzo de 2017, procediendo a su anulación y declarar el derecho de la recurrente a que se le formalicen los nombramientos de personal estatutario temporal en los periodos del 1 de junio de 2014 al 24 de enero de 2015 y del 1 de febrero de 2016 al 19 de octubre de 2016, teniendo en cualquier caso los mismos la consideración de tiempo trabajado a todos los efectos, incluidos los de bolsa de contratación y experiencia profesional, con los demás derechos que se deriven de dicha situación, y condenar igualmente al Servicio Andaluz de Salud a formular las rectificaciones informáticas en sus sistemas de gestión de personal que sean necesarias para que se haga efectivo en los mismos el derecho reclamado.

CUARTO.- Fijar como doctrina la reflejada en el fundamento Sexto.

QUINTO.- En cuanto a las costas estar a los términos señalados en el último fundamento de Derecho [...].”

En efecto, en el 8º y último FD la Sala, de acuerdo con la regulación de los artículos 93.4 y 139.3 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, dispone que en el recurso de casación cada parte ha de abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad; en cuanto a las de la instancia, “dadas las particulares circunstancias del caso y el vicio de nulidad estimado”, la Administración debe abonar las costas, fijándose en tres mil (3.000) euros la cantidad máxima que, por todos los conceptos, puede reclamar la demandante en instancia y recurrente en casación.

VIII. Pasajes decisivos

- “[...E]xiste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia sobre si constituye una discriminación por razón de sexo (artículo 14 de la Constitución española) la actuación administrativa que, ante la situación de incapacidad temporal por embarazo de una profesional sanitaria integrada en la bolsa de empleo, a la que correspondería un nombramiento como personal estatutario temporal, posterga la efectividad de dicho nombramiento a la finalización de la situación de baja por incapacidad temporal y del posterior permiso de maternidad, y no reconoce a la trabajadora temporal, respecto a ese periodo de tiempo en que se demoró la efectividad del nombramiento, ningún efecto distinto al mero cómputo como experiencia profesional a efectos de procesos selectivos de esa misma Administración Sanitaria” (ATS, Sección Primera, de 11 de noviembre de 2021; FD 2º de la sentencia).
- "Significativa resulta la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de febrero de 2000, asunto 207-1998, Mahlburg, cuando recuerda, en el apartado 29, que "el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la negativa de contratación debida al embarazo no puede estar justificada por motivos basados en el perjuicio económico padecido por el empresario en caso de contratación de una mujer embarazada durante su período de descanso por maternidad (sentencia Dekker [...], apartado 12). La misma conclusión se impone respecto del perjuicio económico ocasionado por el hecho de que la mujer contratada no pueda ocupar el puesto de que se trata durante el período de su embarazo. Y concluye al declarar que el artículo 2, apartados 1 y 3, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976 , relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, se opone a la negativa a contratar a una mujer embarazada para un puesto de trabajo por tiempo indefinido basada en que una prohibición legal de trabajo vinculada a dicho estado impide, durante el período de su embarazo, que ocupe desde el primer momento dicho puesto.” (FD 7º de sentencia de la misma Sección y Sala 803/2008, FD 3º de la sentencia de la misma Sección y Sala 772/2022, de 16 de junio de 2022, FD 5º de la sentencia).

- “La no discriminación a las mujeres trabajadoras por circunstancias relacionadas con la maternidad, se afirma por el TJUE cuando declara " que, en su relación laboral, las trabajadoras están protegidas frente a cualquier trato desfavorable como consecuencia de disfrutar o haber disfrutado de un permiso de maternidad y que una mujer que sufre un trato desfavorable a consecuencia de su ausencia debida a un permiso de maternidad es víctima de una discriminación por razón de su embarazo y de ese permiso (véase la Sentencia de 18 de noviembre de 2004, Sass, C 284/02 , Rec. p. I 11143) " (STJUE de 16 de febrero de 2006, C-294/2004, asunto Sarkatzis) (FD 7º de la sentencia de la misma sección y sala 803/2008, FD 3º de la sentencia de la misma sección y sala 772/2022, , FD 5º de la sentencia).
- “Esta Sala Tercera del Tribunal Supremo también ha considerado que no puede situarse a la mujer, por razón del embarazo, en su situación desfavorable o perjudicial. Es el caso de al STS 14 de marzo de 2014 (Recurso de casación nº 4371/2012) [...] (FD 7º de la sentencia de la misma Sección y Sala 803/2008, FD 3º de la sentencia de la misma Sección y Sala 772/2022, FD 5º de la sentencia).
- En fin, también el Tribunal Constitucional cuando se pronuncia sobre la cláusula de no discriminación por razón de sexo del artículo 14 de la CE, en lo relativo a la situación de riesgo por embarazo, concretamente en la STC 2/2017, de 16 de enero , declara que [...] [...]la actuación empresarial [...] enjuiciada ocasionó una discriminación directa por razón de sexo resultando la trabajadora perjudicada por su condición de mujer, tras la baja por embarazo y maternidad, al habersele impedido el ejercicio de un derecho preferente de opción a modificar sus condiciones laborales que le reconocía el convenio colectivo aplicable al ramo de su actividad laboral, colocándola en una clara desventaja como mujer trabajadora con el resto de sus compañeros, lo que, en definitiva, contraviene el derecho fundamental reconocido en el art. 14 CE (FD 7º de la sentencia de la misma Sección y Sala 803/2008, FD 3º de la sentencia de la misma Sección y Sala 772/2022, FD 5º de la sentencia).
- "La solución contraria a la expuesta, es decir, considerar que la mujer embarazada, en situación de riesgo por embarazo, no tiene aptitud ni capacidad para ser contratada, porque necesita haber iniciado la actividad laboral, supone tanto como negar la plena integración de la mujer embarazada, a todos los efectos, en una bolsa de trabajo, pues cuando llega su turno, y resulta seleccionada, nombrada y contratada, se impide su alta laboral al concurrir una situación de riesgo por embarazo, por no haber iniciado la prestación de servicios. Lo que pone de manifiesto el carácter discriminatorio por razón de sexo, pues trunca, de entrada, sus posibilidades laborales, situando a la mujer en una situación de desventaja por el riesgo asociado a la maternidad en general y al embarazo en particular" (FD 6º de la sentencia de la misma Sección y Sala 803/2008, FD 3º de la sentencia de la misma Sección y Sala 772/2022, FD 5º de la sentencia).
- “Todo lo razonado en nuestra sentencia de 28 de febrero de 2018 debe reiterarse en este caso, donde se niega la aptitud de la mujer embarazada para trabajar y por ello no se le hace el nombramiento a que tenía derecho por el sistema de listas para nombramientos temporales. A ello nos lleva de manera expresa la más reciente sentencia del Tribunal Constitucional 108/2019, de 30 de septiembre de 2019 [...] (FD 3º de la sentencia de la misma Sección y Sala 772/2022, FD 5º de la sentencia).
- “[...N]o se compadece con el principio de igualdad la situación fáctica objeto del proceso y que no se realizó una interpretación y aplicación de las normas conforme a los principios del ordenamiento jurídico que proscriben el establecimiento de limitaciones por razón de sexo, debido a su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (artículos 10.1 y 14 de la CE), cuando los poderes públicos son, precisamente, los que deben promover no sólo la

igualdad formal, sino también la igualdad real y efectiva, impidiendo que la maternidad sitúe a la mujer en una situación de desventaja” (FD 4º).

- “[...L]a respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo debe ser que: resulta contrario al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española no formalizar el contrato de trabajo a una mujer que no se incorpora al puesto de trabajo, ofertado y aceptado, por encontrarse en situación de baja por incapacidad temporal derivada de embarazo, sin que pueda diferirse su contratación al momento en que cause alta si persiste la necesidad que lo motivó cuando por razones temporales no podría llegar a concurrir esa situación” (FD 5º).

- “[...Reiteramos lo ya dicho con anterioridad en el sentido de que resulta contrario al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española no formalizar el contrato de trabajo a una mujer que no se incorpora al puesto de trabajo, ofertado y aceptado, por encontrarse en situación de baja por incapacidad temporal derivada de embarazo, sin que pueda diferirse su contratación al momento en que cause alta si persiste la necesidad que lo motivó cuando por razones temporales no podría llegar a concurrir esa situación” (FD 6º).

- “A la vista de lo argumentado en los razonamientos precedentes procede la estimación del recurso de casación, anular las sentencias aquí impugnadas, es decir tanto la del Juzgado como la dictada en apelación y resolver las cuestiones planteadas en el pleito” (FD 7º).

- “Por ello estimamos el recurso contencioso administrativo y declaramos la nulidad de las resoluciones administrativas impugnadas en la instancia por ser contrario a Derecho no formalizar la relación laboral de empleo temporal de [...la trabajadora] por encontrarse en situación de baja por incapacidad temporal derivada de embarazo y diferir la contratación al momento en que causara el alta si persistiera la necesidad que motivó el llamamiento de la bolsa de empleo, a sabiendas de que esa situación no se produciría dentro del periodo de tiempo a que hubiese alcanzado nombramiento temporal indebidamente frustrado” (FD 7º).

- “Se declara también el derecho de la [... trabajadora] a todas las consecuencias administrativas y profesionales derivadas de la anulación de los actos impugnados” (FD 7º).

IX. Comentario

Con el fallo de la sentencia solo se puede estar de acuerdo y celebrarlo por anular decisiones administrativas y judiciales discriminatorias por perjudiciales, y por anular esos perjuicios, para las mujeres trabajadoras en el acceso al empleo temporal y en sus condiciones de trabajo por causa de su embarazo y maternidad.

Pero la sentencia merece un comentario más acabado.

1. Sobre la motivación de la sentencia por remisión a sentencias anteriores de la Sala

La doctrina de la sentencia se enmarca en la interpretación de la Constitución, del Derecho de la Unión Europea, de la Ley Orgánica 3/2077 de igualdad efectiva de mujeres y hombres, y de las Directivas de la Unión Europea sobre el principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Esa interpretación la efectúa la sentencia por remisión a la doctrina de la misma Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo contenida en el FD 7º de la sentencia 803/2018, de 26 de febrero de 2018, y en el FD 3º de la sentencia 772/2022, de 16 de junio de 2022.

La similitud de los casos objeto de los tres procesos permite esa operación de reenvío de la fundamentación de la sentencia comentada a las dos anteriores

mencionadas. La sentencia comentada es una sentencia de aplicación de la doctrina de la propia Sala, que bebe en la doctrina del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional sobre discriminación directa de las mujeres trabajadoras por embarazo y maternidad, que, sin embargo, la sentencia no acaba de asumir en los términos en que esa doctrina está enunciada, con claridad, por ambos tribunales y por el propio Tribunal Supremo en sentencia 803/2018.

Es, desde luego, una necesidad de la sentencia no haber dado una respuesta automática, sino motivada, a la cuestión de interés casacional objetivo a que debía responder. Pero esa motivación por remisión introduce, en su reproducción literal, en ocasiones no claramente deslindada de la doctrina de la STS 772/2022 y de la STS 803/2018, un desorden formal y material en la fundamentación de esta sentencia que hace difícil su lectura. La motivación por remisión podía haber sido mucho más escueta y ordenada.

2. Sobre el desorden formal y material de la fundamentación jurídica de la sentencia

Prueba de ese desorden formal es la numeración de los fundamentos de derecho de la sentencia comentada. Su FD 5º reproduce el FD 3º de la STS 772/2022 -y con éste el FD 7º de la STS 803/2018-. Su siguiente FD, el 4º, reproduce el FD 4º de la STS 772/2022 -y este sólo en parte el FD 6º de la STS 803/2018-. Prosiguen los FFDD 5º -que en parte trae causa del FD 5º de la STS 772/2022, 6º, 7º y 8º. Con lo que la sentencia tiene dos numeraciones correlativas de sus FFDD: del 1 al 5º; para iniciar la segunda numeración en el FD 4º hasta el 8º, con el resultado de existir dos FFDD 4º y dos FFDD 5º.

Además, en sus FFDD 4º y 5º razona, sin necesidad de hacerlo, con la cláusula 11 del "Pacto por el que se regulan los procedimientos de selección de personal temporal y provisión de plazas con carácter temporal en los centros, servicios y establecimientos sanitarios públicos dependientes del Servicio Extremeño de Salud", suscrito el 17 de enero de 2013, aprobado por resolución de 20 de febrero de 2013, de la Dirección General de Trabajo de las Junta de Extremadura, por la que se dispone su publicación en el Diario Oficial de Extremadura (DOE) de 6 de marzo de 2013, que fue el enjuiciado por la STS 772/2022. La traída al caso del pacto extremeño es sorprendente, alarga excesivamente la fundamentación jurídica de la sentencia, y no aporta nada esencial, por mucho que la sentencia asegure que "guarda similitudes (en uno se garantiza, en otro se garantizará) con el aquí concernido de la Administración Sanitaria Andaluza por lo que lo manifestado respecto al extremeño", en la STS 772/2022, "es extrapolable al andaluz" (FD 5º).

Más importancia tiene aún el desorden en la cita de las sentencias del TJUE, del TC, y de la propia Sala, presente ya en la STS 803/2019. En el FD 5º se citan, en primer lugar, decisiones del TJUE, después de la propia Sala y finalmente del TC. No puede ser un orden jerárquico de la "justicia multinivel" a la vista de la posición del TC, detrás del TS. Sin embargo, induce a dudas y a confusión las referencias al TJUE, adelantadas al TC, para interpretar la Constitución y el Derecho derivado antidiscriminatorio por sexo de la Unión. Nada dice la sentencia de cuestión tan esencial a estas alturas. Ni en ningún momento cita la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, su artículo 21.1, sobre prohibición de discriminación por sexo, ni su relación con la Directiva 2006/54/CE, ni lógicamente, en consecuencia, determina, a efectos de la aplicación de la Carta, que esté aplicando Derecho de la Unión (art. 51.1 de la Carta). Aunque no hubiera tenido dificultad en expresar tal operación, pues aplica la Directiva 2006/54/CE, de la que ya ha quedado señalado que destaca su reconocimiento explícito, ya que el trato desfavorable a una mujer relacionado con el embarazo o la maternidad biológica constituye discriminación directa por razón de sexo, como se desprende de la jurisprudencia del TJUE [cdo. 23 y art. 4.2.c)].

El Derecho de la Unión, y su interpretación por el Tribunal de Justicia, coincidente con nuestra regulación constitucional, acceden al plano constitucional, en el que el Tribunal Supremo sitúa y resuelve la litis, por la vía del canon hermenéutico cualificado

del artículo 10.2 de nuestra Constitución. Siendo así, la cita de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional debería haber sido la primera. Sin olvidar que la integración en nuestro ordenamiento del Derecho de la Unión deriva de una decisión de la Constitución.

Más aún: tras reproducir en parte los artículos 1, 2 y 14 de la Directiva 2006/54/CE la sentencia alcanza la pintoresca conclusión de que esa "regulación necesariamente nos lleva a estimar plenamente aplicable la citada STC 108/2019, de 30 de septiembre". Dice la STC 108/2019, en sus pasajes reiterados por la sentencia comentada: "La doctrina constitucional ha declarado de forma reiterada y constante que este tipo de discriminación comprende no solo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada, sino también los que se funden en la concurrencia de condiciones que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca (por todas, y por referirnos a la última que lo afirma en esos estrictos términos, STC 2/2017, de 16 de enero, FJ 5), vinculando particularmente con esto último el embarazo y su incidencia en las condiciones de trabajo de la mujer, toda vez que se trata de un elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. En este sentido, se afirma que "la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo" (en el mismo sentido, por ejemplo, STC 162/2016, de 3 de octubre, FJ 6) (FD 2). Y añade la STC 108/2019, a propósito de la prohibición de discriminación por razón de sexo cuando no ha sido aún formalizada la relación contractual, lo que la sentencia comentada asimismo reitera: "Como señalara la STC 214/2006, de 3 de julio, FJ 3, hemos apreciado la vulneración del derecho a la no discriminación en relación con decisiones empresariales en materia de contratación, "aun sin encontrarse vigente una relación laboral". Asimismo, la STC 173/1994, de 7 de junio, FJ 3, declaró que no puede sostenerse en modo alguno que "solo cuando está en curso una relación laboral pueda generarse una conducta de esta naturaleza" discriminatoria, puesto que, de mantenerse la postura anterior, añadía este último pronunciamiento, "quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (las especiales dificultades en el acceso al empleo de los colectivos discriminados o, en el caso de la mujer, la continuidad de su propia carrera profesional por la maternidad) y, además, quedarían virtualmente vacíos de contenido compromisos internacionales adquiridos por España en esta materia, de cuya virtualidad interpretativa de lo dispuesto en el art. 14 CE no cabe dudar (art. 10.2 CE)".

¿La vinculación de los jueces y tribunales a la Constitución, "conforme a la interpretación [...] que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos" (art. 5 LOPJ), depende de la regulación del Derecho de la Unión Europea? Aquella insondable conclusión, que parece querer exponer torpemente la consonancia del Derecho de la Unión con la interpretación de nuestra Constitución por el TC, igualmente cierra el FD 3º de la anterior STS 772/2022. De donde vienen los problemas de confusión conceptual y de falta de precisión jurídico-constitucional de la sentencia

3. Sobre la estimación del recurso de casación, ¿por vulneración del derecho a la igualdad o por vulneración del derecho a no padecer discriminación por sexo, siendo la discriminación por embarazo una discriminación directa por sexo? Y sobre la respuesta de la Sala a la cuestión de interés casacional

El desorden y la confusión de la sentencia comentada por su mecánica aceptación de la doctrina de la STS 772/2022 alcanza su culmen en el derecho fundamental que considera vulnerado, separándose en su contestación de la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia identificada por el auto 11 de noviembre de 2021. En su respuesta a la cuestión de interés casacional la Sala de lo

Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo afirma textualmente: “resulta contrario al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española no formalizar el contrato de trabajo a una mujer que no se incorpora al puesto de trabajo, ofertado y aceptado, por encontrarse en situación de baja por incapacidad temporal derivada de embarazo, sin que pueda diferirse su contratación al momento en que cause alta si persiste la necesidad que lo motivó cuando por razones temporales no podría llegar a concurrir esa situación” (FD 6º).

En el caso de la STS 772/2022, el auto de la Sección Primera de la Sala de 18 de noviembre de 2021 había fijado como cuestión de interés casacional objetivo determinar: “si resulta contrario al principio de igualdad (art. 14 CE) la no formalización del contrato de mujer que no se incorpora a puesto ofertado por encontrarse en situación de baja por incapacidad temporal derivada de embarazo, difiriendo su contratación al momento en que cause alta, si persiste la necesidad que lo motivó”. Es posible que el auto de admisión referido se dejase llevar por el título de las directivas antidiscriminatorias, que identifican su contenido, en sus rúbricas, con los principios de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, cuya consecución exigen la eliminación de todo tipo de discriminación. La STS 772/2022 respondió que resultaba “contrario al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española no formalizar el contrato de trabajo a una mujer que no se incorpora al puesto de trabajo, ofertado y aceptado, por encontrarse en situación de baja por incapacidad temporal derivada de embarazo, sin que pueda diferirse su contratación al momento en que cause alta si persiste la necesidad que lo motivó cuando por razones temporales no podría llegar a concurrir esa situación” (FD 5º).

Sin embargo, en el caso de la sentencia comentada, el auto 11 de noviembre de 2021, ya citado y reproducido, había fijado la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, con toda corrección y precisión jurídico-constitucional, en determinar “si constituye una discriminación por razón de sexo (artículo 14 de la Constitución española) la actuación administrativa que, ante la situación de incapacidad temporal por embarazo de una profesional sanitaria integrada en la bolsa de empleo, a la que correspondería un nombramiento como personal estatutario temporal, posterga la efectividad de dicho nombramiento a la finalización de la situación de baja por incapacidad temporal y del posterior permiso de maternidad, y no reconoce a la trabajadora temporal, respecto a ese periodo de tiempo en que se demoró la efectividad del nombramiento, ningún efecto distinto al mero cómputo como experiencia profesional a efectos de procesos selectivos de esa misma Administración Sanitaria” (FD 2º).

La sentencia comentada responde, como la STS 772/2022, al auto de admisión de la Sección Primera de la Sala de 18 de noviembre de 2021, que había desenfocado la cuestión de interés casacional objetivo, situándola equivocadamente en el derecho fundamental a la igualdad normativa, y, como la STS 772/2022, ofrece la misma respuesta equivocada.

No es necesario explicar las diferencias entre ambos derechos fundamentales, a la igualdad ante la ley y el derecho a no sufrir discriminación por causas odiosas que la Constitución ha desautorizado, como el sexo, y que la jurisprudencia constitucional recoge con tanta reiteración que excusa la cita de decisiones concretas; ni la relación con el sexo biológico de la mujer de su embarazo, que ha conducido, en las distintas jurisprudencias y normas legales antidiscriminatorias, a caracterizar los tratamientos menos favorables o peyorativos por embarazo y maternidad como discriminaciones directas por razón de sexo.

No obstante, el lenguaje discriminatorio recorre la sentencia objeto de este comentario, que se refiere en treinta y seis ocasiones a la discriminación; su discriminación es el objeto de la denuncia de la trabajadora desde su recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Málaga hasta su recurso de casación.

Por su parte, en sus últimas palabras, la contestación de la Sala a la cuestión de interés casacional planteada por el auto de 11 de noviembre de 2021 enlaza la vulneración del derecho a la igualdad con la imposibilidad del alta de la trabajadora por la terminación del período temporal de su llamamiento (“cuando por razones temporales no podría llegar a concurrir esa situación”, la de alta). De nuevo, se trata de una copia literal de la respuesta de la STS 772/2022, contenida en su citado FD 5º, pues sabemos que la trabajadora se incorporó antes de la finalización de los períodos de llamamiento. Pero, además, y esto es lo importante, la discriminación directa por sexo se produce por la falta de nombramiento de la trabajadora en situación de incapacidad temporal por embarazo, por la duración de la falta de efectividad del nombramiento, sea coincidente con la del llamamiento, o sea inferior.

La sentencia acusa los riesgos, muy notables, de copiar sentencias anteriores sin advertir las diferencias de hechos o de los términos en que se ha producido la admisión de los recursos de casación y la fijación del interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia.

X. Apunte final

Finalmente, es obligado valorar la regulación del punto IV.11.5 del texto refundido del Pacto de la Mesa Sectorial de Sanidad, suscrito entre la Administración y las organizaciones sindicales, sobre el sistema de selección de personal estatutario temporal para puestos básicos en el Servicio Andaluz de Salud (SAS), aprobado y publicado por resolución de 21 de junio de 2010, de la Dirección General de Personal y Desarrollo Profesional del SAS, que analiza con mayor detenimiento, y comparativamente con la versión anterior, la sentencia de apelación, de 10 de septiembre de 2020, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga (FD 2º).

Es evidente que sus negociadores no la consideraron discriminatoria para las mujeres embarazadas, pese a que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional venía calificando de discriminatorias las desventajas infligidas a las mujeres en su trabajo por causa de su embarazo y maternidad (SSTC 66/2014, 162/2016, 2/2017, 108/2019). La doctrina de esas sentencias debería haber puesto sobre aviso a los negociadores de estos pactos de la mesa sectorial de sanidad. Constituyen, por ello, tales pactos un expreso ejemplo de la lentitud de los avances de la interdicción de todo tipo de discriminaciones de las mujeres, y de las más visibles por su directa relación con su maternidad biológica, sin desproteger otras formas de maternidad, hacia la igualdad real. Hacen real la tesis, que no deja excesivo espacio al optimismo, de que las discriminaciones son percibidas por quienes las padecen. La misma regulación se contiene en el artículo 33. 5 y 6 del Pacto de Mesa Sectorial de Sanidad, suscrito entre la Administración Sanitaria de Andalucía-SAS y las Organizaciones Sindicales SATSE, CCOO UGT, CSIF y FASPI, el 26 de junio de 2017, sobre sistema de selección de personal estatutario temporal para puestos básicos en el Servicio Andaluz de Salud, y aprobado y publicado por Resolución de 22 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Profesionales del Servicio Andaluz de Salud, parcialmente modificado por la Resolución de 30 de octubre de 2018 de la Dirección General de Profesionales del Servicio Andaluz de Salud,. Es esperable y deseable su modificación con prontitud a la vista de esta jurisprudencia, también “directa”, de las SSTS 772 y 1.555/2022.

De otra parte, llama la atención que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa se refieran a estos pactos por la resolución administrativa que los aprueba y publica. El EBEP reconoce el derecho a la negociación colectiva de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos como facultad de la capacidad representativa reconocida a las organizaciones sindicales en los artículos 6.3.c); 7.1 y 7.2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (art. 33.1, párrf. 1º), y prevé que, “en el seno de las mesas de negociación correspondientes, los representantes de las Administraciones Públicas concierten pactos y acuerdos con la representación de las organizaciones sindicales legitimadas a tales efectos [representativas], para la determinación de condiciones de trabajo de los funcionarios de dichas Administraciones” (art. 38.1). Los pactos -prosigue el artículo 38.2 del

EBEP- "se celebrarán sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba y se aplicarán directamente al personal del ámbito correspondiente", y, a diferencia de los acuerdos, no precisan de aprobación expresa y formal por los órganos de gobierno de las Administraciones públicas (art. 38.3); tienen fuerza vinculante propia según su configuración legal, sin perjuicio de que hayan de ser remitidos a la Oficina Pública que cada Administración competente determine y de que la Autoridad respectiva ordene su publicación en el Boletín Oficial correspondiente en función de su ámbito territorial (art. 38.6 EBEP).

Son, por tanto, un fenómeno de negociación colectiva, ciertamente no cubierto por el artículo 37.1 de la Constitución (SSTC 57/1982, FJ 12; 2/1998, FJ 3; 224/2000, FJ 8), y que, según el propio Tribunal Constitucional, tampoco son "consecuencia necesaria" del derecho fundamental de libertad sindical del artículo 28.1 de la Constitución (STC 80/2000, FJ 6). Se integran por la acción del legislador -de la LOLS y del EBEP-, a quien corresponde fijar las "peculiaridades" del ejercicio del derecho de libre sindicación de los funcionarios públicos (art. 28.1 CE), en el contenido adicional del derecho de libertad sindical, sujetos a la libertad de configuración del legislador (SSTC 85/2001, FJ 5; y 222/2005, FJ 3).

Es sabido que parte de la doctrina laboralista es crítica con esta interpretación constitucional, que incurre en la contradicción lógica de que el derecho a la negociación colectiva sea contenido esencial del derecho de libertad sindical de los sindicatos, y la negociación colectiva "no laboralizada" no lo integre en el caso del derecho de libertad sindical de los sindicatos de funcionarios públicos, reconocido por el artículo 28.1 de la Constitución. Con independencia de ello, que nos llevaría lejos, pactos como el aplicado en este caso por los órganos judiciales, aplicación que el Tribunal Supremo anula, tienen esa naturaleza jurídica y son expresión del peculiar derecho de negociación colectiva de los sindicatos de funcionarios públicos.

Referencias:

1. ^ *ECLI:ES:TS:2021:14725A*
2. ^ *Procedimiento abreviado nº 173/2017.*
3. ^ *Recurso de apelación nº. 1087/2019. ECLI:ES:TSJAND:2020:21603*
4. ^ *ECLI:ES:TS:2022:2454*
5. ^ *El auto de la Sección Primera de la Sala de 18 de noviembre de 2021 había fijado, en aquel caso, como cuestión de interés casacional objetivo si resultaba "contrario al principio de igualdad (art. 14 CE) la no formalización del contrato de mujer que no se incorpora a puesto ofertado por encontrarse en situación de baja por incapacidad temporal derivada de embarazo, difiriendo su contratación al momento en que cause alta, si persiste la necesidad que lo motivó".*
6. ^ *Recurso de casación núm. 1306/2017, ECLI:ES:TS:2018:803*
7. ^ *Recurso de casación nº 4371/2012.*

§ 5 Legitimación empresarial para interponer recurso de casación unificadora en el proceso de impugnación de sanciones: cerrando puertas al recurso.

Juan Martínez Moya

Magistrado de la jurisdicción social. Vocal del Consejo General del Poder Judicial

Resumen: *La empresa no tiene legitimación procesal para interponer recurso contra la sentencia dictada en una impugnación de sanción disciplinaria a la persona trabajadora. Esa falta de legitimación empresarial se extiende también para interponer recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de suplicación que dejó sin efecto la sentencia del Juzgado de lo Social que ratificó la sanción por falta muy grave. La apreciación de la falta de legitimación del recurrente, admitido el recurso de casación unificadora, determina la desestimación del recurso, sin que haya lugar a pronunciarse sobre el juicio de contradicción.*

Palabras clave: *Sanción. Acceso al recurso. Legitimación. Empresa.*

Abstract: *L'entreprise n'a pas de qualité à agir pour interjeter appel de la condamnation prononcée dans le cadre d'une contestation de la sanction disciplinaire du travailleur. Ce manque de la qualité à agir des entreprises s'étend également au dépôt d'un pourvoi en cassation pour l'unification de la doctrine contre l'arrêt de supplication qui a annulé l'arrêt du Tribunal social qui a ratifié la sanction pour faute très grave. L'appréciation du défaut l'arrêt de la qualité à agir de l'appelant, admise par le recours unificateur, détermine le rejet du pourvoi sans qu'il y ait lieu de statuer sur le jugement de contradiction.*

Keywords: *Sanction. Accès aux recours. La qualité à agir. Entreprise.*

I. Introducción

La legitimación de la empresa para recurrir en los procesos de sanciones disciplinarias contra trabajadores es un “tema que se mueve”. Y ello a pesar de que la constitucionalidad de esta arquitectura procesal de los recursos en esta modalidad procesal (artículos 58.3 ET, 115.3 y 191.2 a) LRJS) quedó despejada hace tiempo.^[1] En efecto, “tema que se mueve”, así calificaba el maestro Aurelio Desdentado a aquellas cuestiones que además de formar parte del quehacer diario de un jurista, en el que siempre es útil detenerse para hacer balance, provocan nuevos desafíos, que invitan a la reflexión y a la crítica^[2].

En el número 3/2021 de esta Revista de Jurisprudencia Laboral^[3] me ocupé de comentar el tema de la legitimación de la empresa para recurrir en suplicación en el proceso por sanciones, desde la óptica de los límites al control judicial sobre el poder disciplinario empresarial. Con fundamento en la idea de gravamen, la sentencia del TS (Social) 178/2021, de 10 de febrero 2021^[4] que daba pie a ese análisis, afirmaba la legitimación empresarial para recurrir en suplicación la sentencia que confirmaba

judicialmente la calificación de la falta como muy grave pero que revocaba la sanción impuesta, al considerar que el gravamen justifica la legitimación para el recurso, reiterando la doctrina que limita el control del juez solo a la calificación de la falta y no a la elección de la sanción que solo corresponde a la empresa cuando judicialmente se ha apreciado que resulta ajustada a normas legales o convencionales.

Ahora, en cambio, la sentencia escogida para su análisis – sentencia TS (Social)

879/2022, de 2 de noviembre 2022^[5]- si bien es análoga en su título (legitimación empresarial para recurrir) difiere en su enfoque y decisión. Aquí se rechaza la legitimación empresarial para recurrir una sentencia (de suplicación) en casación unificadora, que dejó sin efecto una inicial apreciación judicial (sentencia del Juzgado de lo Social) que ratificó la sanción disciplinaria por falta muy grave. El carácter didáctico y el espíritu clarificador de esta sentencia, enderezados a la predictibilidad y seguridad jurídica, son argumentos más que suficientes para detenerse en su análisis como seguidamente tendremos ocasión de comprobar.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 879/2022, 2 de noviembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina, núm. 2089/2019.

ECLI: ES:TS: 2022:4058

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Vicente Sempere Navarro

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La sistemática interna de la sentencia de casación unificadora diseña con claridad y concisión el plano fáctico y el objeto jurídico, procesal y material, suscitado.

- *Los hechos*

-) Desde junio de 2014 la trabajadora presta servicios para Clece como Auxiliar de Ayuda Domiciliaria.

-) Una usuaria de tales servicios ha manifestado que la trabajadora es la única persona que estuvo en su hogar desde que depositó determinadas joyas en un cajón hasta que detectó su falta.

-) La denuncia penal interpuesta por la referida usuaria generó unas Diligencias Previas provisionalmente sobreesdadas mediante Auto.

-) La empresa, por tales hechos, consideró que concurría una falta muy grave e impuso a la trabajadora una sanción consistente en la suspensión de empleo y sueldo.

- *Los escenarios procesales*

-) En instancia: la trabajadora impugna ante el Juzgado de lo Social la sanción por falta muy grave y ve desestimada su demanda al apreciarse judicialmente la gravedad de dicha sanción.

-) En suplicación: la Sala de lo Social del TSJ estima el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora y deja sin efecto la sanción, condenando al pago de lo dejado de percibir en cumplimiento de la sanción.

-) En casación unificadora de doctrina: recurre la empresa, y, como veremos, la Sala de lo Social se hace eco de lo argumentado por el Ministerio Fiscal en su informe poniendo en entredicho la legitimación de la empresa para interponer el presente recurso de casación unificadora. Finalmente, al acoger este óbice procesal, desestima el recurso sin entrar a valorar la contradicción ni del problema de fondo suscitado.

- *El objeto jurídico debatido*

En la sentencia de casación unificadora se esbozan las dos cuestiones planteadas: (1) La legitimación de la empresa para interponer el presente recurso de casación unificadora; (2) la conformidad a Derecho de la suspensión de empleo y sueldo que la empresa impuso. La estimación de la primera cierra el debate y decisión sobre la segunda.

IV. Posición de las partes

1. El trabajador: su posición ha oscilado durante el proceso

-Como *parte demandante* ante el Juzgado de lo Social formuló una petición principal: que se dejase sin efecto la sanción impuesta.

-Como *parte recurrente* en suplicación interesando la revocación de la sentencia de instancia. El recurso de suplicación es estimado. Se acoge la demanda, revocando la sanción impuesta a la trabajadora y condenando a la empresa recurrente a estar y pasar por tal declaración a todos los efectos, y, en su caso, al pago de los salarios que hubieran dejado de abonarse en cumplimiento de la sanción.

- Como parte recurrida en el recurso de casación para la unificación de doctrina, presenta escrito de impugnación en el que discrepa de la preceptiva identidad entre las sentencias comparadas, y argumenta en favor del acierto de la doctrina acuñada por la sentencia recurrida, que valora acertadamente la distribución de la carga probatoria.

2. La empresa: su posición procesal también ha variado en las diferentes fases del proceso

- Como *parte demandada* ante el Juzgado de lo Social: solicitó la desestimación de la demanda sobre impugnación de sanción por falta muy grave. Tal causa de oposición fue atendida en la sentencia del Juzgado de lo Social que confirmó la sanción impuesta.

- Como *parte recurrida* en el recurso de suplicación: solicitó la confirmación de la sentencia de instancia.

- Como *parte recurrente* en el recurso de casación para unificación de doctrina, articula un solo motivo, de fondo, considerando infringidos el *artículo 54.2.d ET* (aunque repetidamente alude al 52) sobre identificación como incumplimiento contractual de "la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo" y el artículo 47.C.3 del *Convenio Colectivo del Servicio de Ayuda a Domicilio de la Comunidad de Madrid*. Conforme a este precepto es falta muy grave "la falsedad, deslealtad, fraude, el abuso de confianza y el hurto o robo, tanto a compañeros de trabajo, usuarios o a la empresa durante el desempeño de sus tareas o fuera de las mismas". Aporta como *sentencia de contraste la dictada el 6 de abril de 2003 por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Sevilla) en el recurso de suplicación n° 3605/2009*. Dicha sentencia estimó el recurso de suplicación interpuesto por la empresa y revocó la sentencia de instancia declarando convalidado el despido sin derecho a indemnización, ni a salarios de trámite, absolviendo a la demandada.

3. El Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal sostuvo tanto la falta de contradicción y advierte de la irrecurribilidad de la sentencia porque la empresa carece de legitimación para recurrir una sentencia que ha sido favorable a la trabajadora, por así desprenderse del artículo 115.3 LRJS y de diversos Autos de esta Sala Cuarta, que menciona.

V. Normativa aplicable al caso

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social:

**Artículo 115 de la LRJS*, bajo el epígrafe "Contenido de la sentencia" dispone:

"1. La sentencia contendrá alguno de los pronunciamientos siguientes: (...) 3. Contra las sentencias dictadas en estos procesos no cabrá recurso alguno, salvo en los casos de sanciones por faltas muy graves, apreciadas judicialmente.

**Artículo 191. Ámbito de aplicación.* 2. No procederá recurso de suplicación en los procesos relativos a las siguientes materias: a) Impugnación de sanción por falta que no sea muy grave, así como por falta muy grave no confirmada judicialmente.

VI. Doctrina básica

La regla general de irrecurribilidad de sentencias dictadas en la modalidad procesal de sanciones prevista en los artículos art. 58.3 ET, 115.3 y 191.2 a) LRJS comprende también los supuestos en los que la sentencia de suplicación revoca la sentencia dictada en instancia por el Juzgado de lo Social, que inicialmente ratificó la sanción disciplinaria al trabajador por falta muy grave, dejando sin efecto la sanción. En este caso, la empresa carece de legitimación para interponer recurso de casación para unificación de doctrina, lo que determina que, la ausencia de este presupuesto procesal de orden público procesal debió inicialmente conducir a la inadmisión del recurso, que en fase de decisión se transforma en desestimación de este, sin que proceda realizar el juicio de contradicción.

VII. Parte dispositiva

Pronunciamiento principal: La Sala IV del TS desestima (por causa de inadmisión - irrecurribilidad de la sentencia-) el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa. Declara la firmeza de la sentencia dictada por *la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 12 de marzo de 2019*, que revocó la sanción impuesta al trabajador por falta muy grave y que había sido apreciada judicialmente en la *sentencia de 17 de abril de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social nº 13 de Madrid, sobre impugnación de sanción*.

Pronunciamientos accesorios: (1) condena a la empresa recurrente a que abone a la parte recurrida 1.500 euros en concepto de costas procesales; (2) ordena la pérdida del depósito constituido para recurrir en casación unificador; (3) dispone que se dé a las cantidades consignadas o avaladas el destino legalmente acorde con este pronunciamiento.

VIII. Pasajes decisivos

Fundamento de Derecho Segundo. - [...]

2. Criterios de la Sala en Autos anteriores

La cuestión suscitada ha sido abordada por esta Sala, entre otros en los Autos de 22 de abril de 2014 (rcud nº 2789/2013) y de 27 de octubre de 2015 (rcud nº 3565/2014). En ellos hemos expuesto lo siguiente:

De conformidad con el artículo 115.3 de la LRJS, que mantiene inmodificada la redacción del art. 115.3 LPL la legitimación para recurrir está limitada al trabajador que viera confirmada su sanción por falta muy grave, siendo declarada la constitucionalidad de tal precepto por la STC 125/1995. Pues bien, si conforme a tal

norma la empresa no tenía legitimación para recurrir en suplicación cuando la sentencia de instancia revoca la sanción impuesta, tampoco la tendría para recurrir en casación unificadora, aunque el recurso se formule frente a una sentencia resolutoria de recurso de suplicación perjudicial para la empresa, en tanto que revoca la sanción confirmada en la instancia.

Y ello porque las facultades para interponer un recurso de casación unificadora están supeditadas a su vez a las que habilitan para la interposición del recurso de suplicación. Tan es así, que el contenido de éste determina el del posterior recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que no es factible plantear cuestiones nuevas. Y más en el caso actual en el que no es que la empresa no tuviera legitimación para recurrir porque la *sentencia de instancia le fuera favorable, sino que en modo alguno hubiera podido recurrirla por impedirlo la norma aludida. (Autos 6-5-2010 (rec. 4238/09), y ATS 9-9-2004 (R. queja 4/2014).*

[...]

4. Recapitulación

Tiene razón el Ministerio Fiscal cuando recuerda el rotundo criterio que nuestros anteriores Autos han establecido y que aboca a la imposibilidad de que la empresa formule recurso (sea de suplicación, sea de casación) frente a una sentencia favorable a la parte demandante en materia de sanciones. Conforme a los mismos, solo cabe esa legitimación cuando estemos en casos de "faltas muy graves, apreciadas judicialmente".

Nuestras sentencias han ido introduciendo matices en esa doctrina, sea por estar en juego derechos fundamentales, sea por abordarse aspectos procesales, sea por no concurrir el supuesto de hecho de que se confirme la falta laboral. En tales sentencias se invoca la doctrina de los Autos mencionados, estando su doctrina implícitamente asumida.

Puesto que aquí no concurre ninguna de las circunstancias excepcionales que permiten el acceso a la suplicación instada por la empresa, en nuestro caso hay que estar a la regla general de irrecorribilidad de la sentencia que considera contraria a Derecho la sanción empresarial por falta muy grave.

IX. Comentario

Con quirúrgica precisión, la sentencia plantea los términos del debate en sede casacional. Y lo hace "(A)l hilo de la sanción que la empleadora impone a una de sus trabajadoras, por considerar que ha cometido una infracción muy grave", para, de inmediato, anunciar que son dos las cuestiones suscitadas: la primera, de índole procesal, referida a la legitimación de la empresa para interponer el recurso de casación unificadora; la segunda, de fondo, y condicionada tiene que ver con la conformidad a Derecho de la suspensión de empleo y sueldo que la empresa impuso. Y recuerda que "el Juzgado de lo Social la respaldó y la Sala de suplicación la desautorizó".

De manera didáctica la sentencia del TS (Social) 879/2022, de 2 de noviembre 2022 para resolver si la empresa ostenta o no legitimación para interponer recurso de casación para unificación de doctrina, despliega tres planos argumentales:

1º. *La premisa legal*: Los artículos 114 y 115 LRJS disciplinan el proceso de impugnación de sanciones. Y conforme dispone el *art. 115.3 LRJS*, en los mismos términos que lo hacía el correlativo de la derogada Ley de Procedimiento Laboral (LPL) -sobre cuya constitucionalidad se pronunció la *STC 125/1995* - contra las sentencias dictadas en los procesos de impugnaciones de sanciones "no cabrá recurso alguno, salvo en los casos de sanciones por faltas muy graves, apreciadas judicialmente".

2º.- *La referencia jurisprudencial y a otros precedentes.* Al tal efecto, hace un recorrido sobre su doctrina sobre la (falta) de legitimación empresarial para recurrir en las sentencias recaídas en la modalidad procesal de sanciones.

Para ello traza las siguientes líneas argumentales:

a.-Parte del criterio o regla general de la irrecurribilidad plasmada en una serie de Autos – de inadmisión- de 22 de abril de 2014 (rcud nº 2789/2013) y de 27 de octubre de 2015 (rcud nº 3565/2014), que inciden en la supeditación de la (falta) de legitimación empresarial en toda sentencia perjudicial para la empresa en materia de sanciones disciplinarias, en toda su extensión orgánico-funcional, esto es ni para recurrir en suplicación cuando la sentencia de instancia revoca la sanción impuesta ni tampoco para recurrir en casación unificadora, aunque el recurso se formule frente a una sentencia resolutoria de recurso de suplicación perjudicial para la empresa, en tanto que revoca la sanción confirmada en la instancia. (...) Y ello porque las facultades para interponer un recurso de casación unificadora están supeditadas a su vez a las que habilitan para la interposición del recurso de suplicación. Tan es así, que el contenido de éste determina el del posterior recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que no es factible plantear cuestiones nuevas. Y más en el caso actual en el que no es que la empresa no tuviera legitimación para recurrir porque la sentencia de instancia le fuera favorable, sino que en modo alguno hubiera podido recurrirla por impedirlo la norma aludida. (Autos 6-5-2010 (rec. 4238/09), y ATS 9-9-2004 (R. queja 4/2014).

b.- Después se detiene en una serie de *matizaciones* a los criterios plasmados en esos Autos. Son excepciones tanto a la regla general de irrecurribilidad salvo si el empresario sanciona por falta muy grave y su decisión es judicialmente confirmada, como a la de la falta de legitimación empresarial para recurrir. Se trata de supuestos excepcionales en los que se involucran derechos fundamentales y otros aspectos procesales. La sentencia da buena cuenta de esos precedentes, de los que damos somera noticia:

-La STS 648/2018 de 19 junio (rcud. 596/2017) recuerda la doctrina de los Autos mencionados pero descarta su aplicación mecánica al caso "si se tiene en cuenta que la singularidad concurrente en este caso resuelve una demanda en la que el trabajador afectado denuncia que la medida disciplinaria vulnera sus derechos fundamentales" y (...) "opta por "reconocer la procedencia del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa contra una sentencia recaída en un proceso de impugnación de sanción por falta muy grave en el que el trabajador solicita se declare su nulidad por entender que se debió a una represalia por el ejercicio de su derecho a reclamar el abono de las comisiones impagadas".

-La STS 812/2020 de 30 septiembre (rcud. 1517/2018) aborda supuesto en que la sentencia del Juzgado estimó caducada la acción, decisión revocada en suplicación. Allí también formuló recurso de casación unificadora la empresa y, sin perjuicio de reproducir el criterio de los Autos indicados, aceptó su legitimación para recurrir, al entender que si cabía suplicación también era posible la casación unificadora.

-La STS 178/2021 de 10 febrero (rcud. 1329/2018), mencionada en la introducción de este comentario, y que fue objeto de atención en el núm. 3/2021 de la RJL, aborda un supuesto en que se recurre por la empresa la sentencia dictada en suplicación, confirmando la de instancia, que mantiene la calificación de falta muy grave de la infracción y, sin embargo, autoriza al empresario a imponer una sanción diferente a la por él decidida. Aquí se afirma la legitimación empresarial para recurrir.

3º.- *La resolución del caso está en el sistema legal*

El curioso régimen de recursos en materia de sanciones laborales puede resumirse señalando que la sentencia del juez de instancia, a quien corresponde la competencia objetiva, no es recurrible en suplicación; salvo en una situación excepcional: el

empresario sanciona por falta muy grave y su decisión es judicialmente confirmada; en la hipótesis opuesta, en cambio, no hay recurso^[6].

El acceso al recurso es una cuestión de configuración legal^[7], lo que en principio no plantearía problemas de constitucionalidad que la sentencia recaída en esta modalidad procesal viera limitada la posibilidad de recurso como ya se hacía desde la base 21ª de la LBLPL que utiliza la expresión “apreciada”, sin duda por la más exacta “confirmada” que vendría a acomodar el contenido del fallo con el supuesto de procedencia del recurso^[8]. La desigualdad en el acceso al recurso por parte del empresario frente al trabajador se ha llegado a ver como una discriminación que no deja de *sorprender* por más que la adecuación de esta norma a nuestra Constitución haya sido establecida en STC 125/1995, de 24 de julio^[9]. Sin embargo, el encaje constitucional de esta previsión en el régimen de recursos resulta pacífica en la doctrina^[10] al recordar: a) que la inclusión del Derecho procesal laboral en un parcela del ordenamiento caracterizada por intentar compensar desigualdades (por todas, STC 3/1983); b) que las cosas pudieran ser de otra manera no significa que la actual carezca de justificación objetiva y legitimidad constitucional; c) porque la primacía del empresario se traslada al proceso de revisión sobre la sanción impuesta: lo que él arriesga es la regularidad de un aislado acto de ejercicio de sus facultades, mientras que la repercusión es mucho mayor para el trabajador; “la posición en la que quedan las partes, tras ver desestimadas sus distintas pretensiones en el proceso de instancia no es, por consiguiente, igual y equiparable” y el trato diverso es acorde a la Constitución (STC 125/1995, de 24 de julio).

La sentencia que comentamos expone con claridad esos otros supuestos, que aún no explicitados en la norma procesal, forman parte de esa pétrea barrera de acceso al recurso para la empresa en procesos por sanciones, que solo admite excepciones cuando concurren circunstancias excepcionales. Y no es circunstancia excepcional haber logrado una ratificación inicial de la sanción por falta muy grave en la instancia que permitió el acceso a la suplicación a quien (la trabajadora) únicamente la ley le confiere legitimación para recurrir. En fin, la falta de legitimación de la empresa para recurrir las sentencias que recaigan en la modalidad procesal de impugnación de sanciones disciplinarias es absoluta, con independencia del signo del pronunciamiento y del órgano que la dicte.

X. Apunte final

En realidad, la sentencia analizada envuelve en sí misma un comentario. Atrapa aspectos nucleares y periféricos sobre la legitimación empresarial para recurrir en el proceso de sanciones. Por eso, este comentario apenas puede despegar la mirada al magisterio de la resolución objeto de disección. Ofrece predictibilidad y seguridad jurídica. Con todo, haremos las siguientes observaciones finales.

Primera: es evidente que cuida en no cerrar la puerta a que pueda haber excepciones a la regla general sobre la falta de legitimación empresarial para recurrir. Sin embargo, está claro que en este caso si que la precinta al tiempo que la deja fuertemente acorazada. No hay atisbo alguno de resucitar el tema de la desigualdad procesal en materia de legitimación. Hay razones de encaje constitucional para ello; pero también prácticas: el TS está llamado a hacer doctrina, y en estos tiempos de crisis institucional nada mejor que tener presente la opinión de Aurelio Desdentado de lograr “*establecer un difícil equilibrio entre estas dos opciones: ni la normalización del nivel de decisión a través de una casación general abierta, pero tampoco la aceptación del riesgo de disgregación doctrinal*”^[11].

Segunda y última. Además de la rica panorámica de supuestos excepcionales que describe y explica, hay otros que podrían dar juego a activar, o al menos cuestionar, el acceso al recurso. Por ejemplo, la cifra de la condena al pago de salarios si se deja sin efecto total o parcialmente la sanción. No parece que sea este el caso enjuiciado, puesto que, si bien la sentencia de instancia refiere el salario mensual, no desvela datos sobre la duración de la suspensión de empleo y sueldo. Lógicamente, si supera

los 3.000 euros cabría pensar en el acceso al recurso^[12]. Otro ejemplo: el juego de la petición de una indemnización de daños y perjuicios adicional que supere el umbral de acceso al recurso. La legitimación empresarial en esta materia seguro que nos deparará “nuevos movimientos”.

Referencias:

1. ^ *STC 125/1995, de 24 de julio que desestimó la cuestión de constitucionalidad.*
2. ^ *Desdentado Bonete, Aurelio, De nuevo sobre la contradicción de sentencias en el recurso de casación para a unificación de doctrina, en El proceso laboral, Estudios homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Lex Nova, 2001, pág. 169*
3. ^ *Martínez Moya, Juan. Legitimación de la empresa para recurrir en suplicación en el proceso por sanciones y límites al control judicial sobre el poder disciplinario empresarial. Revista de Jurisprudencia Laboral R-JL núm. 3/2021. Director, A.V. Sempere Navarro. Biblioteca Jurídica Digital. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.*
4. ^ *ECLI: ES:TS: 2021:517.*
5. ^ *ECLI: ES:TS: 2022:4058*
6. ^ *Ríos Salmerón, Bartolomé, Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, op. cit. 838*
7. ^ *STC 226/2002, 176/2016,166/206: la admisión o no de recursos es cuestión de legalidad ordinaria por lo que el Tribunal Constitucional no puede intervenir salvo interpretación arbitraria o por error patente.*
8. ^ *Marín Correa, José María, Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral, Tomo I, Montero Aroca, J, Iglesias Cabero, M, Sampedro Corral, Civitas, 1993. pág. 737*
9. ^ *Ríos Salmerón, Bartolomé, Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, op. cit. 838*
10. ^ *Sempere Navarro, A.V. Parte III: Los recursos en el proceso laboral. Curso de Procedimiento Laboral. Montoya Melgar, A., Galiana Moreno, J., Luján Alcaraz, J, Ríos Salmerón, B., Cavas Martínez. Duodécima edición. Tecnos. Madrid. 2019, págs. 356 y 357.*
11. ^ *Desdentado Bonete, Aurelio, De nuevo sobre la contradicción de sentencias en el recurso de casación para a unificación de doctrina, op. cit. pág. 171*
12. ^ *Ron Latas, Ricardo Pedro. Comentarios al art. 115 LRJS. Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Director: Guillermo Barrios Baudor. Thomson Reuter-Aranzadi. 2020 pág. 761*

§ 6 Despido disciplinario por actuaciones fuera del ámbito de las funciones de la persona trabajadora.

Francisco A. Vila Tierno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga.

Resumen: *Despido disciplinario procedente de vigilante de seguridad privada que pierde su habilitación profesional tras ser condenado por un delito doloso cometido cuando no estaba desempeñando sus funciones.*

Palabras clave: *Despido disciplinario. Incumplimiento. Poder de dirección.*

Abstract: *Disciplinary dismissal from private security guard who loses his professional qualification after being convicted of a felony committed while not performing his duties.*

Keywords: *Disciplinary dismissal. Default. Power of direction.*

I. Introducción

Como presupuesto para poder aplicar un despido disciplinario con base a las causas enumeradas en el art. 54 ET, es preciso, como es sabido, que concurra un incumplimiento grave, contractual y culpable.

En este sentido, interesa destacar, principalmente, en el contexto de la resolución comentada, el carácter contractual al que se ha aludido, entendido éste como aquél que se produce dentro del marco de la relación de trabajo. Y este es, precisamente, el objeto central de debate, en cuanto que lo complejo es determinar el alcance de dicho requisito cuando la conducta de la persona trabajadora que se pretende sancionar se desarrolla fuera del lugar y tiempo de trabajo.

La sentencia que resuelve la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (núm. 887/2022), parte de su doctrina anterior para determinar cuándo puede considerarse una infracción cometida fuera del contexto de la prestación laboral como incumplimiento sancionable. En su caso, por contravenir la normativa que regula aquella o por su afección directa a la misma. Al tiempo, precisa las circunstancias en las que esa conducta no encaja dentro del esquema de la ineptitud sobrevenida al amparo del art. 52.2 a) ET. De manera concreta, en el supuesto de hecho analizado, lo que se enjuicia es la pérdida de una habilitación profesional, que bien pudiera haber sido encuadrable dentro de la citada figura del despido objetivo. Lo que, finalmente, se configura como elemento central de la resolución, es la definición de los requisitos para que una conducta extralaboral, tenga incidencia directa como causa de extinción disciplinaria.

En cualquier caso, debemos hacer notar que la sentencia “parece” seguir la doctrina de la Sala sobre los incumplimientos fuera del lugar y tiempo de trabajo. Pero decimos parece, porque mientras que en las anteriores resoluciones existe una conexión directa entre el incumplimiento y la prestación mediante alguna de las causas

del art. 54.2 ET, en ésta, podría ser que se desborda este precepto, reconduciéndolo a través del art. 58 ET en lo que pudiera ser una extensión que ha de medirse respecto a los límites y naturaleza del Derecho sancionador. Es más ¿abre esta sentencia la posibilidad de ampliar las causas del despido disciplinario al convenio colectivo fuera del art. 54.2 ET? ¿cabe un despido disciplinario que se apoye, en exclusiva, en la descripción de una infracción en las normas convencionales y, por tanto, escape de las generales del ET? ¿se está limitando la sentencia a concretar a partir de las causas de despido?

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 887/2022, de 2 de noviembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 2513/2021.

ECLI:ES:TS:2022:4088.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema que se presenta como objeto de debate es la categorización del supuesto de hecho como subtipo extintivo, en tanto que el empleador opta por resolver el contrato mediante un despido disciplinario por una actuación que se produce al margen de su relación laboral, si bien, los hechos podían también identificarse con una extinción por causas objetivas por ineptitud. El posible error en la categorización podría haber concluido en una calificación judicial de improcedencia. La cuestión se centra en determinar si, el tipo infractor definido en el convenio colectivo puede, al amparo del art. 58 ET -y no el 54-, ser causa suficiente para justificar la extinción disciplinaria.

Los hechos esenciales se resumen en lo siguiente:

1.El actor, vigilante de seguridad privada, durante la vigencia de su contrato laboral con la empresa Vigilant, SA, comete un delito doloso que trae como consecuencia la pérdida de su habilitación profesional. La infracción penal se concreta en la conducción sin permiso, del que carecía por la pérdida total de puntos, por lo que se le condena a 8 meses de multa. Ello acarrea la existencia de antecedentes penales que son incompatibles con el mantenimiento de la habilitación profesional para su oficio.

2.Consecuencia de lo anterior recibe una carta de despido que, al amparo -exclusivamente- del régimen sancionador del convenio colectivo aplicable, se cataloga de este modo por el empleador. La carta de despido se refiere, expresamente, a este motivo como causa extintiva. No obstante, se alude a la falta de transparencia del trabajador cuando se le requiere para que informe sobre las circunstancias acaecidas y de su situación procesal, manteniéndose durante ese período en suspensión de funciones.

IV. Posición de las partes

Frente a la decisión extintiva empresarial, el trabajador se alza impugnado el despido, obteniendo, sin embargo, sentencia desestimatoria de su pretensión.

A partir de la misma, se formula recurso de suplicación, sustanciándose el proceso, a partir de dicho momento, en los términos en los que se resumen en el Fundamento

Jurídico Primero de la STS comentada: "La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia en fecha 23 de marzo de 2021, recurso 907/2020, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador y confirmó la sentencia de instancia, que había declarado procedente el despido disciplinario.

2.- La parte demandante interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina con un único motivo en el que denuncia la infracción de los arts. 58, 20 y 52.a) del Estatuto de los Trabajadores [...] y de los arts. 74.11, 75.3 y 64 del Convenio Colectivo estatal para empresas de seguridad, alegando que las infracciones convencionales deben circunscribirse al ámbito laboral. Por ello, solicita que se declare la improcedencia del despido disciplinario.

Las empresas Vigilant SA y Vasbe SL presentaron sendos escritos de impugnación del recurso en los que niegan el requisito de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste y argumentan que la doctrina correcta es la de la sentencia recurrida.

El Ministerio Fiscal informó en contra de la estimación del recurso de casación unificadora".

V. Normativa aplicable al caso

Se conjugan, en el presente supuesto, preceptos aplicables de distinta naturaleza, unos laborales y otros de diversa índole. En cualquier caso, para entender las circunstancias concurrentes y el sentido del fallo, es preciso enumerar tanto unos como otros. Cometido que ya realiza la sentencia analizada, de manera completa, en su Fundamento Jurídico Tercero:

"Art. 58.1 [ET]. Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable."

2.- Los arts. 10.1.b), 28.1.e) y 28.3 de la Ley de Seguridad Privada establecen:

" Art. 10.1. Con carácter general y además de otras prohibiciones contenidas en esta ley, se establecen las siguientes:

b) El ejercicio de funciones de seguridad privada por parte de personas físicas carentes de la correspondiente habilitación o acreditación profesional."

"Art. 28.1. 1. Para la obtención de las habilitaciones profesionales indicadas en el artículo anterior, los aspirantes habrán de reunir, los siguientes requisitos generales:

e) Carecer de antecedentes penales por delitos dolosos."

"Art. 28.3. La pérdida de alguno de los requisitos establecidos en este artículo producirá la extinción de la habilitación y la cancelación de oficio de la inscripción en el Registro Nacional".

3.- Los arts. 52.3, 53.d) y 64.1.b) del Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada, estatuyen:

"Art. 52.3. Para el desarrollo de sus respectivas funciones, el personal de seguridad privada habrá de obtener previamente la correspondiente habilitación o reconocimiento del Ministerio del Interior, con el carácter de autorización administrativa, en expediente que se instruirá a instancia de los propios interesados."

"Art. 53. Para la habilitación del personal y en todo momento para la prestación de servicios de seguridad privada, el personal habrá de reunir los siguientes requisitos generales:

d) Carecer de antecedentes penales."

"Art. 64.1. El personal de seguridad privada perderá tal condición por alguna de las siguientes causas:

b) Por pérdida de alguno de los requisitos generales o específicos exigidos en este reglamento para el otorgamiento de la habilitación o reconocimiento."

4.- El art. 64 del Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad para los años 2017 a 2020, regula las situaciones especiales. En sus apartados 3 y 4 acuerda:

"Art. 64.3. En el caso de retirada de licencia o habilitación producida durante el servicio, no pudiéndose imputar al trabajador cualquier tipo de dolo, imprudencia o negligencia, la empresa reubicará al trabajador en un nivel adecuado a su formación y su nueva situación hasta la recuperación de la licencia o habilitación, percibiendo la retribución de su nivel funcional, incluido el complemento de antigüedad.

4. En el supuesto de la retirada de la licencia o habilitación en cualquier otra circunstancia, y de ser imposible su reubicación, se procederá a la suspensión del contrato de trabajo hasta su recuperación o posible reubicación."

5.- El art. 74 de la citada norma colectiva tipifica las faltas muy graves. Su apartado 11 tiene el contenido siguiente:

"Art. 74. Son faltas muy graves:

11. La participación directa o indirecta en la comisión de un delito calificado como tal en las leyes penales, que conlleve la retirada de la habilitación para los Vigilantes de Seguridad".

VI. Doctrina básica

Una conducta, que quede extrarradios de la relación laboral, no debe ser sancionada con los instrumentos que la normativa de esta naturaleza dispone en el marco del poder disciplinario. Si, en su caso, tiene una repercusión para el desempeño profesional haciendo inhábil a la persona trabajadora, ésta podría ser objeto de un despido por causas objetivas.

No obstante, existe alguna posibilidad de que una conducta de la persona trabajadora fuera del lugar y tiempo de trabajo se incluya bajo el paraguas del despido disciplinario. Y ello ocurre cuando nos referimos a obligaciones contractuales que alcanzan a situaciones en las que aquella persona trabajadora no se encuentra realizando su prestación laboral. Habrá que estar, en tal caso, a las circunstancias concurrentes del supuesto para saber, si en tal sentido, la conducta del trabajador, puede seguir catalogándose como incumplimiento grave y culpable, lo que excluiría su consideración como extinción por causas objetivas.

Para que ello sea así, se entiende que deben concurrir los requisitos de tipicidad y antijuridicidad de la conducta. La primera, con base al régimen disciplinario regulado en la norma convencional -vía art. 58 ET- y la segunda, por una actuación culpable que se opone a una previsión de conducta al amparo de la misma norma convencional. Pero, además, que tenga vinculación o relevancia con la actividad laboral o que la afecte por la imposibilidad de su prestación.

VII. Parte dispositiva

La Sala entiende, de manera sucesiva y encadenada que:

- Existe una previsión legal, en la normativa sectorial, sobre la pérdida de la habilitación profesional;
- que ésta se produce cuando se da la concurrencia de antecedentes penales por la comisión de delitos dolosos;
- que hay una tipificación como infracción muy grave en el convenio colectivo de la pérdida de habilitación por estas causas;

- que el propio convenio colectivo dispone que, ante la comisión de una infracción muy grave, una de las sanciones prevista es el despido.

En consecuencia, entiende que “el actor incurrió en un incumplimiento contractual grave y culpable”, considerando que, las características peculiares de la prestación de un vigilante de seguridad, que exige una especial confianza, son incompatibles con la existencia de antecedentes penales. Conducta que, en la norma convencional, se identifica como infracción muy grave que puede ser objeto de despido disciplinario. Por todo ello, concluye que la extinción disciplinaria es procedente y se desestima el recurso interpuesto por la parte trabajadora.

VIII. Pasajes decisivos

Como pronunciamientos más relevantes de la parte dispositiva, pueden reconocerse, todas aquellas argumentaciones que giran en torno a la justificación, por parte de la Sala, de cuándo un comportamiento -como ya hemos advertido- de la parte trabajadora desarrollado fuera del lugar y tiempo de trabajo, se puede identificar como un incumplimiento grave, contractual y culpable:

“El TS ha declarado la procedencia de despidos disciplinarios que traían causa de conductas de los trabajadores realizadas fuera del lugar y tiempo de trabajo:

a) Apropiación de productos en otro supermercado de la misma empresa en que prestaba servicios la trabajadora.

La sentencia del TS de 21 de septiembre de 2017, recurso 2397/2015, confirmó la declaración de procedencia de un despido disciplinario [...] Este tribunal argumentó que el trabajador está sometido a las exigencias de la buena fe. Dicho deber debe cumplirse escrupulosamente en el lugar y horario de trabajo:

“Es igualmente indudable que esa obligación se mantiene, pero se relaja y flexibiliza enormemente, cuando no se encuentra en el lugar y horario de trabajo, sino que está en la esfera privada de su vida personal que tiene derecho a disfrutar de manera totalmente ajena a los intereses de su empresa. Pero esto no quiere decir que durante ese periodo disponga de bula absoluta para realizar actuaciones que vayan en perjuicio de la empresa, y que de haber sido efectuadas en horario de trabajo serían objeto de sanción. Baste reparar en la posibilidad de que dispone el empresario para sancionar determinadas actuaciones del trabajador fuera de su horario y lugar de trabajo, cuando se encuentra en situación de incapacidad temporal, o incurre en comportamientos de competencia desleal, o incluso de otras expresamente tipificadas en el art 54.2 ET [...] que, en buena lógica, se producirán habitualmente fuera del lugar y horario de trabajo. Cabría preguntarse cuál es la razón de que puedan ser sancionadas este tipo de actuaciones. Y la respuesta no es otra que la de considerar que todas ellas están de alguna forma vinculadas a la relación laboral, en cuanto redundan, directa o indirectamente, en perjuicio de la empresa [...] Queda con ello patente que el trabajador que se encuentra fuera del lugar y horario de trabajo puede cometer actos que serían sancionables si transgrede la buena fe contractual para causar un perjuicio a la empresa, si con ello incurre en comportamientos que tengan algún tipo de relevancia y vinculación con la actividad laboral.”

Esta sala concluyó que en el supuesto enjuiciado se había causado un perjuicio al empresario mediante la comisión de un acto ilícito: “el hecho de que un trabajador pueda incurrir en alguna actuación ilegal fuera de su jornada y lugar de trabajo debe quedar al margen de la potestad disciplinaria del empresario, cuando esa actuación no tenga la menor vinculación con la actividad laboral y no cause perjuicio de ningún tipo a la empresa [...] Pero no es lo mismo cuando el trabajador comete una ilegalidad fuera de su jornada de trabajo, y lo hace precisamente contra intereses de su propia empresa [...] No parece razonable que el empleador carezca de la posibilidad de aplicar algún tipo de sanción a la trabajadora que con esos antecedentes volvería a desempeñar esas funciones en su puesto de trabajo [...]

b) Ofensas verbales y físicas a otros trabajadores en la comida de Navidad de la empresa.

La sentencia del TS de 31 de mayo de 2022, 1819/2020, confirmó la declaración de procedencia de un despido disciplinario de un trabajador [...] argumentó que es "patente que el trabajador que se encuentra fuera del lugar y horario de trabajo puede cometer actos que serían sancionables si transgrede la buena fe contractual para causar un perjuicio a la empresa, si con ello incurre en comportamientos que tengan algún tipo de relevancia y vinculación con la actividad laboral."

c) Utilización del vehículo de la empresa fuera de la jornada laboral, desobedeciendo instrucciones expresas (sentencia del TS de 15 de septiembre de 2020, recurso 528/2018).

d) Competencia desleal a la empresa [...]

7.- Asimismo, esta sala ha declarado la procedencia de los despidos disciplinarios en otro supuesto de conducta realizada fuera del ámbito del contrato de trabajo pero que afectaba a la prestación laboral al imposibilitarla: la condena penal que conlleva el ingreso en prisión [...sentencia del TS de 24 de abril de 2018, recurso 1351/2016...]."

[...] Como regla general el poder de dirección del empleador se centra en la conducta del trabajador en el lugar y tiempo de trabajo: en principio, lo que hace el empleado fuera del trabajo no constituye materia disciplinaria.

[...] Se exceptúan de dicha regla general las obligaciones contractuales que despliegan efectos cuando el trabajador no está a disposición del empresario: deber de no concurrencia desleal, deber de no revelar secretos empresariales, deber de no ofender al empleador o a otros trabajadores... No es cierto que el despido disciplinario únicamente pueda sustentarse en incumplimientos contractuales producidos en tiempo y lugar de trabajo [...]."

De manera específica y respecto al supuesto de hecho:

"[...] debido a las funciones de vigilancia y seguridad que desarrollan los vigilantes de seguridad, la Ley de Seguridad Privada establece que la existencia de antecedentes penales por la comisión de delitos dolosos es causa de extinción de la habilitación profesional de los vigilantes de seguridad.

Debemos hacer hincapié en que el Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad considera falta muy grave la comisión de un delito que conlleve la retirada de la habilitación para los vigilantes de seguridad porque sin ella no pueden ejercitar su profesión.

En definitiva, una norma legal impide que un condenado por un delito doloso pueda prestar servicios como vigilante de seguridad, en atención a las especiales funciones atribuidas a dichos trabajadores, que exigen una confianza en el vigilante incompatible con dichos antecedentes penales; y una norma colectiva prevé expresamente que dicha conducta delictiva constituye una infracción muy grave que justifica el despido disciplinario. Por ello, debemos concluir que el actor incurrió en un incumplimiento contractual grave y culpable que justifica su despido disciplinario".

IX. Comentario

De manera ya clásica, se ha considerado que el listado de causas de despido disciplinario, es un listado cerrado, si bien, resulta más apropiado indicar que se establece un listado de causas tasadas. Y es que, aquellas se definen con tal amplitud y de manera tan genérica, que permiten que en su ámbito quepan muchas y variadas conductas, en gran parte definidas en la negociación colectiva.

A estos efectos, la sentencia de la Sala objeto de comentario pone, en primer término, especial énfasis en justificar que una infracción fuera del lugar y tiempo de trabajo, puede tener una repercusión directa en el mantenimiento de la relación

laboral, en tanto que puede considerarse como causa de aquel despido disciplinario. Y, en tal sentido, para que quepa una declaración de procedencia, es necesario que el reiterado incumplimiento se identifique en el contexto de la definición genérica de causas que establece el art. 54 ET.

Debe entenderse, al respecto, que la enumeración de tipos infractores en una norma convencional no puede ni disponer causas nuevas, ni ampliar, de manera ilimitada, el alcance de aquel precepto sobre conductas fuera de la estricta prestación laboral.

La doctrina científica ya se ha pronunciado con absoluta claridad sobre este particular, sin que nada más se tenga que añadir a lo ya expresado: "El art. 58 ET establece que los trabajadores podrán ser sancionados por su empleador cuando incumplan alguna de sus obligaciones laborales, de conformidad con la graduación de las faltas y sanciones establecidas en las disposiciones legales o en el convenio colectivo de aplicación, regula la facultad empresarial y deja en manos de las normas paccionadas la regulación habitual de las infracciones y sanciones laborales de los empleados [STS 19 de julio de 2010 (rec. 2643/2009)].

En el caso del despido disciplinario el ET, sin embargo, su art. 54 sí llega a ofrecer un elenco de causas, capaces de permitir al empleador accionar su potestad disciplinaria, sancionando al trabajador con la extinción de su contrato de trabajo, a partir del cumplimiento de una serie de formalidades destinadas a garantizar los derechos del afectado.

En este sentido, el sistema español de relaciones laborales configura el despido disciplinario como un acto causal, mediante el cual el empresario podrá poner fin a la relación laboral para sancionar los incumplimientos graves y culpables cometidos por el trabajador (art. 54.1 ET), siendo la única forma de extinción en la que entra en juego una contravención con las características indicadas [STS 15 de febrero de 2018 (rec. 136/2017)].

En consecuencia, el precepto estatutario no conforma un *numerus clausus*, pues el apartado 1 del art. 54 permite en su seno la incardinación de un incumplimiento, aun cuando se impute a título de grave negligencia o descuido [STS 23 de octubre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:5664)]. A este respecto, no resulta imprescindible que la conducta sea dolosa, pues bastará que concurra en ella una actitud imprudente del trabajador, siempre y cuando dicha negligencia sea grave e inexcusable, ponderando a tal fin las consecuencias que la misma haya podido ocasionar [SSTS 23 de enero (rec. 146/90) y 30 de abril de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:2335)].

La enumeración, por tanto, es abierta y puede ser ampliada con ciertos márgenes por los convenios colectivos, habida cuenta de que estos pueden servir para matizar las faltas que tipifica el Estatuto de los Trabajadores como generadoras del despido, sin que, en ningún caso, puedan desnaturalizarlas [STS 14 de octubre de 1988 (ECLI:ES:TS:1988:7102)]. Por tanto, las previsiones convencionales pueden desenvolver y puntualizar dichas causas, marcando pautas para su valoración [SSTS 6 de julio de 1984, 9 de abril de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:1715) y 7 de junio de 1988 (ECLI:ES:TS:1988:4325) (]), pero sin permitirles contradecir ni desconocer las recogidas en el precepto estatutario, pues son reglas básicas. La misión de los preceptos convencionales queda reducida, de este modo a su desarrollo específico en un contexto laboral determinado, debiendo actuar obligatoriamente dentro de los límites impuestos por las causas legales [STS 4 de diciembre de 1987], prevaleciendo en todo caso las normas generales del ET cuando las convencionales pretendieran desvirtuarlas [STS 2 de abril de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:2363)].

En definitiva, cuantos matices en la tipificación de las faltas introduzcan los convenios únicamente pueden ser valoradas a los efectos de precisar la concreción del tipo, sin que quepa otorgarles autonomía y considerarlos como una falta diferenciada, ni tampoco una agravación en el enjuiciamiento de la conducta imputada, hasta determinar el despido, solo viable si la conducta imputada figura incluida en el

número 2 del art. 54 del Estatuto de los Trabajadores y en ella concurren la gravedad y culpabilidad exigidas por el número 1 de ese precepto [STS 23 de septiembre de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:4852)].

De esta manera, la comisión de una conducta irregular por parte de los trabajadores ha de venir acompañada de las notas de gravedad y culpabilidad, sin que el apartado 1.º del precepto sea suficiente para incardinar la actuación de los empleados en él, al realizar una mención genérica a la extinción del contrato por voluntad empresarial, necesitando con carácter general que dichas conductas se encuentren incursas en alguna de las causas tipificadas en alguno de los apartados recogidos en el número 2 del precepto [STS 4 de diciembre de 1982]; por consiguiente, estas disposiciones generales que las tipifican y sancionan han de interpretarse enlazándolas con las correlativas del convenio colectivo correspondiente [SSTS 25 de octubre de 1984 y 2 de octubre de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:5135)^[1]].

En la resolución del TS analizada, la extinción se apoya en una carta de despido que no se refiere, de un modo directo, al art. 54.2 ET, lo que no se opone, en principio, a los requisitos formales del art. 55 del mismo texto legal. Pero sí, cumpliendo tales requisitos, describe hechos y fecha, del que se considera incumplimiento contractual, grave y culpable de acuerdo con la tipificación de falta muy grave por el convenio colectivo y la previsión, en el mismo, de la sanción de despido para ésta. Ello no supone que se reconozca una libertad absoluta para que la norma convencional regule causas de extinción, más aún cuando se trate de conductas ajenas a la misma prestación laboral. Lo que es preciso, en tal sentido, es que dicha conducta se inserte en la definición que hemos considerado, como más genérica, de las causas del art. 54.2 ET.

Resulta relevante, al respecto, que ninguna parte haya cuestionado el tipo infractor regulado en el convenio colectivo, ni que éste se haya impugnado directa o indirectamente. De este modo, las infracciones muy graves del convenio colectivo que, de conformidad con las sanciones dispuestas, genera un despido como sanción, darán lugar a la procedencia cuando nadie haya discutido ni se cuestione su vinculación con el listado causal del ET. No obstante, si alguna observación cabe respecto de la sentencia comentada es que no aclara la conexión entre infracción convencional y precepto estatutario, como sí se hace, por ejemplo, en la doctrina jurisprudencial citada en la misma resolución -y que hemos reproducido como pasajes decisivos (*vid. infra*)-.

X. Apunte final

Entendemos que la sentencia 887/2022, no pretende abrir una posibilidad infinita de destipificar las causas del despido disciplinario rompiendo el carácter tasado del listado del art. 54.2 (que no encaje de un modo exacto con la aplicación restrictiva del régimen sancionador).

No se trata de fijar, en favor de la libertad de las partes negociales al amparo del art. 58 ET, un régimen que puede resultar más perjudicial o estricto para la parte trabajadora que la propia regulación legal, ya que, sin embargo, debería ser a la inversa, esto es, que la norma convencional mejorara la legal o simplemente la concretara. Pero nunca que la ampliara.

En la sentencia, se limita a analizar que los hechos que se producen fuera de la relación laboral, pueden considerarse como un incumplimiento grave, contractual y culpable, de conformidad con lo definido por el convenio colectivo -lo que puede compartirse o no, en tanto que se trata de una interpretación-, pero sin entrar, valorar, cuestionar o razonar si ello se corresponde con lo previsto en el art. 54.2 ET (cuestión distinta es si sería mejor, o no, haberlo hecho y si ello era, o no, preciso). Pero no resuelve -ni pretende hacerlo- que cualquier incumplimiento de aquellas características definido en una norma convencional justifica un despido disciplinario.

Referencias:

1. ^ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. “Despido disciplinario”, en VV.AA. (Fernández Domínguez, J.J. dir), *Tratado del despido*, edición nº 1, LA LEY, 2018, págs. 67 y ss (versión on line, LA LEY 14143/2018).

§ 7 Sucesión en contratos: requisitos para la subrogación legal y convencional y límites regulativos intrínsecos del “pliego de cláusulas administrativas” particulares de la adjudicación.

José Luis Monereo Pérez

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

Resumen: *Controversia jurídica sobre sucesión de empresas contratistas o adjudicatarias. El pliego de cláusulas administrativa particulares de condiciones de la contrata contiene la referencia a la obligación de subrogación, pero no procede ésta porque no está prevista en el convenio colectivo, ni se produce asunción significativa de personal por la nueva contratista, ni tampoco concurren los requisitos de la sucesión legal prevista en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y normas concordantes.*

Palabras clave: *Sucesión de contratos. Requisitos necesarios para la subrogación legal y convencional. “Sucesión de plantilla”. Reversión de servicios. Límites del pliego de cláusulas administrativas. Obligaciones de información en las contrata públicas.*

Abstract: *Legal controversy on the succession of contractors or awardees. The particular administrative clauses of the contract contain a reference to the obligation of subrogation, but this is not applicable because it is not provided for in the collective bargaining agreement, nor is there a significant assumption of personnel by the new contractor, nor do the requirements of legal succession provided for in Article 44 of the Workers' Statute and concordant regulations.*

Keywords: *Succession of contracts; Necessary requirements for legal and conventional subrogation. “Staff succession”. Reversion of services. Limits of the administrative clauses. Information obligations in public contracts.*

“El legislador puede ser lo suficientemente inteligente y resignado para darse cuenta de los relativo y temporal de sus planificaciones”

FRANZ WIEACKER^[1]

I. Introducción

El debate suscitado en este recurso de casación unificadora consiste en determinar si la empresa Integra MGSi CEE SL (en adelante Integra), adjudicataria de una contrata de servicios para la mutua Asepeyo, debe subrogarse en la relación laboral del actor, que prestaba servicios para la anterior contratista (la empresa Auxiliar TDMS SL).

La mutua Asepeyo externalizó el servicio de auxiliares de servicios generales de un centro asistencial. Inicialmente la contratista fue la sociedad Auxiliar TDMS SL. La

nueva contratista fue Integra. En la contrata suscrita entre la empresa principal (mutua Asepeyo) y la nueva contratista (Integra) se incluyó una cláusula en la que constaba: "Relación del personal para la subrogación: El personal de Auxiliar de Servicio sujeto a subrogación es el siguiente: [...] Lote 2: Trabajador: ASM". La controversia radica en dilucidar si Integra debe subrogarse en dichas relaciones laborales.

El dato sustancialmente relevante para comprender el alcance de la controversia jurídica radica en que el Pliego de cláusulas administrativas particulares condiciones de la adjudicación hace referencia a la subrogación de la nueva contratista o adjudicataria en las relaciones laborales en curso de la anterior contratista. Ello exige determinar la naturaleza jurídica del referido pliego de condiciones administrativas y sus relaciones necesarias con las auténticas fuentes del Derecho objetivo.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 902/2022, 11 de de noviembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 2979/2021

ECLI:ES:TS:2022:4316

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La mutua Asepeyo externalizó (a través de la técnica de la subcontratación) el servicio de auxiliares de servicios generales de un centro asistencial. Inicialmente la contratista fue la sociedad Auxiliar TDMS SL. La nueva contratista fue Integra. En la contrata suscrita entre la empresa principal (mutua Asepeyo) y la nueva contratista (Integra) se incluyó una cláusula en la que constaba: "Relación del personal para la subrogación: El personal de Auxiliar de Servicio sujeto a subrogación es el siguiente: [...] Lote 2: Trabajador: ASM". La controversia radica en dilucidar si Integra debe subrogarse en dichas relaciones laborales.

La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife en fecha 16 de junio de 2021, recurso 167/2021, confirmó la sentencia de instancia. El tribunal declaró que la subrogación de la empresa Integra venía impuesta por el pliego de condiciones administrativas de la contrata.

La citada empresa interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina con un único motivo en el que denuncia la infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) en relación con el artículo 130 de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y con las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, así como de la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia del TS de 12 de diciembre de 2021, alegando que debe existir una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de eficacia general que imponga la subrogación (artículo 130.1 LCSP). La parte recurrente sostiene que, al no existir norma legal y ningún convenio colectivo ni acuerdo de eficacia general que establezca la obligación de subrogación, ésta no se produjo.

La mutua Asepeyo presentó escrito de impugnación del recurso en el que manifiesta que se aplica a la empresa recurrente el Convenio Colectivo de Centros y Servicios de Atención Socio sanitaria, cuyo artículo 27 establece la obligación de subrogación de los trabajadores de su ámbito funcional. Pero dicha alegación constituye una cuestión nueva suscitada por primera vez en este recurso, lo que

impide estimarla. En la demanda rectora de la presente litis se afirma que la norma colectiva aplicable es el Convenio Colectivo Estatal del sector de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la seguridad Social, sin que se postule la subrogación con base en ningún convenio colectivo. Ni en la instancia, ni en suplicación se examina la aplicación del citado Convenio Colectivo de Centros y Servicios de Atención Socio sanitaria.

La naturaleza extraordinaria del recurso de casación impide plantear cuestiones nuevas que no se suscitaron en la instancia [por todas, sentencias del TS de 17 de mayo de 2017, recurso 221/2016 (Pleno); 19 de julio de 2018, recurso 158/2017 y 15 de junio de 2020, recurso 167/2018], lo que impide estimar esta alegación.

El Ministerio Fiscal informó a favor de la estimación del recurso de casación unificadora.

IV. Posición de las partes

1. La parte social: reclama frente al despido improcedente realizado por la empresa contratista saliente [la entidad, Auxiliar Tdms, que le ha dado de baja en la Seguridad Social y le comunica formalmente que pasa a prestar servicios por subrogación en la nueva empresa contratista]; ante la situación jurídica declarada judicialmente de que no procede la subrogación laboral en la nueva contratista o adjudicataria del servicio (entidad, Integra Mgsi Cee, S.L.).

2. Las partes empresariales:

A). La empresa contratista saliente (la entidad, Auxiliar Tdms) reclama frente a la decisión que declara que no hay sucesión de empresas contratistas.

B). Por su parte, la nueva empresa concesionaria entrante (entidad, Integra Mgsi Cee, S.L.) entiende que no existe obligación legal o convencional de subrogación laboral.

V. Normativa aplicable al caso

-Artículos 14, 23.2 y 103 de la Constitución Española de 1978. «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Texto consolidado: Última modificación: 27 de septiembre de 2011 (en adelante, CE)

-Artículo 44 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, ET).

-Artículos 129 y 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP).

- Artículos 221 (“Sucesión de empresa”) y 222 (“Subrogación del adquirente”) de la Ley Concursal, Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (en adelante, LC).

- Artículos 168.2 y 142.1 de la Ley General de la Seguridad Social, Texto refundido aprobado por RD-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

-Artículos 1 y 3 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (en adelante, Directiva 2001/23/CE).

VI. Doctrina básica

Al no concurrir los requisitos para que pueda operarse la sucesión legal, no estar prevista en convenio colectivo o acuerdo de negociación colectiva de eficacia general aplicable (artículo 130.1 LCSP), y atendiendo a la naturaleza principalmente

informativa de los Pliegos de Cláusulas administrativa, de conformidad con el Ministerio Fiscal, se debe estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate en suplicación en el sentido de estimar el recurso de tal clase interpuesto por la parte demandada y revocar en parte la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Santa Cruz de Tenerife en fecha 13 de octubre de 2020, en el sentido de absolver a Integra MGSI CEE SL y condenar a Auxiliar TDMS SL, manteniendo los restantes pronunciamientos. Sin condena al pago de las costas (artículo 235 de la LRJS). Se acuerda la devolución de los depósitos y consignaciones constituidos para recurrir.

VII. Parte dispositiva

La Sala Social del Tribunal ha decidido: 1. Estimar el recurso de casación interpuesto por Integra MGSI CEE SL contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife en fecha 16 de junio de 2021, recurso 167/2021. 2. Casar y anular la sentencia recurrida. Resolver el debate suscitado en suplicación en el sentido de estimar el recurso de dicha clase interpuesto por Integra MGSI CEE SL. 3. Revocar en parte la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Santa Cruz de Tenerife en fecha 13 de octubre de 2020, procedimiento 588/2019, en el sentido de absolver a Integra MGSI CEE SL y condenar a Auxiliar TDMS SL, manteniendo los restantes pronunciamientos de la sentencia de instancia. 4. Sin condena al pago de las costas. Se acuerda la devolución de los depósitos y consignaciones constituidos para recurrir.

VIII. Pasajes decisivos

-Se hace reclamo necesariamente a la regulación establecida en el artículo 130 de la Ley 9/2017, de 8 de Noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) conforme al cual "Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo [...]".

-La sentencia del TS de 12 de diciembre de 2017, recurso 668/2016, enjuició un supuesto en el que "en los pliegos de prescripciones técnicas que regían la prestación del servicio por la mercantil Elsamex, S.A., se recogía la obligación de la empresa adjudicataria de subrogarse en los contratos de los trabajadores que viniesen prestando los servicios integrales del mismo." La derogada LCSP de 2007, vigente a la sazón, establecía en su artículo 120.g) que los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado debían incluir "las condiciones en que se puede producir la subcontratación." Esta sala del Tribunal Supremo explicó que la inclusión de las previsiones del artículo 120 de la LCSP de 2007 en el pliego de condiciones de un concurso, *tuvo un alcance meramente informativo*, argumentando que "esa función meramente informativa del artículo 120 TRLCSP -aplicable en autos- se evidencia aún más claramente en la no vigente todavía Ley 9/2017, de 8 de Noviembre, de Contratos del Sector Público [...] en cuyo artículo 130.1 se dispone -bajo el epígrafe "Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo"- que "Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación...". Redacción que pone de manifiesto que la constancia de los datos de los trabajadores de la empresa saliente no se hace a efectos de imponer a la nueva adjudicataria la obligación de subrogarse en sus contratos, sino tan sólo para el supuesto -que la Administración ni tiene porque conocer ni con la sola información

pretende imponer- de que normativa o convencionalmente esté dispuesto el fenómeno subrogatorio."

-Respecto del alcance de la doctrina de los actos propios cabe señalar que "la prohibición de obrar en contra de los propios actos, que evoca el aforismo romano "venire contra factum proprium non valet" (a nadie se permite ir contra sus propios actos), se justifica por la legítima protección que merece la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la procedencia de ejercitar los propios derechos conforme a las exigencias de la buena fe (artículo 7.1 del Código Civil). Se entiende que alguien actúa en contra de la buena fe cuando contradice sin razón objetiva su comportamiento anterior, sobre el cual un tercero fundó una legítima confianza que le llevó a determinadas disposiciones, inhibiciones o asunción de compromisos patrimoniales, que quedarían frustradas con aquel comportamiento contradictorio" (sentencia de la Sala Civil del TS de 1 de junio de 2016, recurso 171/2013). Es inadmisibles la contradicción con la propia conducta pues ello vulneraría la buena fe.

La aplicación de la citada doctrina al supuesto enjuiciado, por unos elementales principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, obliga a concluir que el citado pliego no impuso la obligación de subrogación a la empresa adjudicataria, siendo irrelevante que la sentencia dictada por el juzgado de lo social declarase la existencia de una cesión ilegal porque no fue recurrida por la mutua Asepeyo, adquiriendo firmeza respecto de dicho pronunciamiento, que fue ajeno al recurso de suplicación.

IX. Comentario jurídico-crítico

En la realidad empresarial contemporánea proliferan distintos modelos de empresa (entre centralización y descentralización; con un único objeto o con un objeto múltiple, como es el caso de las empresas multiservicios; empresas de diverso tamaño; empresas en estructura de grupo o grupos de empresas; *empresas materializadas o desmaterializadas*, etcétera). En este contexto complejo es bien conocida la utilización sistemática y generalizada de la externalización o descentralización *productiva o funcional* a través de la técnica de la subcontratación empresas de ámbitos de actividad necesarias (o indispensables) para el funcionamiento normal de una empresa descentralizada. Este fenómeno de descentralización *productiva o funcional* plantea números y arduos problemas y controversias jurídicas para el Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social.

Por lo demás, estas formas de subcontratación *productiva o funcional* –y los consiguientes cambios de titularidad en la gestión indirecta de actividades o servicios que se producen en su dinámica de desarrollo en el tiempo- es frecuente que se lleven a cabo en el sector público, formalizándose en los contratos administrativos de colaboración entre las entidades del sector público y las empresas del sector privado^[2].

En este contexto, la subrogación laboral del nuevo empleador en un supuesto de cambio de titularidad de una organización productiva o "centro de actividad" se puede producir por distintos cauces^[3]:

1). Por aplicación de la normativa sucesoria o subrogatoria laboral, cuyo eje normativo está constituido por la Directiva comunitaria 2001/23/CE y sus instrumentos normativos de transposición adecuada en la legislación nacional [(artículos 44 del ET, y artículos 221 ("Sucesión de empresa") y 222 ("Subrogación del adquirente") de la LC].

Dejar constancia del dato normativo de que estamos ante una materia intensamente *comunitarizada sometida al Derecho Social de la Unión Europea*; con una Directiva social comunitaria *armonizadora* de las legislaciones nacionales, la cual está dotada de una amplia y rica doctrina interpretativa (y creativa) elaborada por el TJUE. Su finalidad principal es garantizar la estabilidad en el empleo ante la modificación

subjetiva en la figura del empleador, pero que sirve también —conviene realizarlo— potencialmente a los fines de racionalización interna de las estructuras productivas como organizaciones de personas y recursos de diversa índole^[4].

Esta normativa sucesoria se puede aplicar tanto al paradigma típico del cambio de titularidad de una empresa, centro de trabajo o unidad productiva en el marco de empresas “materializadas” (esto es, dotadas de infraestructura económico-patrimonial, según el tipo morfológico de empresas)^[5]; o bien en modelos típicos singulares en el que el cambio de titularidad se produce en empresas o “centros de actividad” (son los términos utilizados, por cierto, en la ordenación normativa de la Directiva europea) “desmaterializados”, donde lo relevante no es aquella infraestructura material, sino ante todo el conjunto organizado de trabajadores que conforman la plantilla de la organización empresarial (y atendiendo al tipo de empresa, que, de ordinario, se enmarca dentro del amplísimo sector terciario de la economía de mercado de nuestro tiempo)^[6].

Ahora bien, según la doctrina jurisprudencial (tanto del TJUE como de nuestro Tribunal Supremo), estos supuestos de cambio de titularidad de “empresas desmaterializadas” conllevarán la correspondiente subrogación del nuevo empleador cuando (y es condicional) la nueva empresa contratista o adjudicataria de la actividad organizada objeto del cambio de titularidad asuma una parte significativa o relevante la plantilla de personal de la empresa anterior. Entonces estaremos ante una “sucesión de plantilla” en el sentido del artículo 44 del ET y de los artículos 1.1, 3.1 y la Directiva europea.

Como se indicará de inmediato, esta *asunción de personal (relevante para apreciar la subrogación laboral del empleador)* en supuestos de cambio de titularidad entre empresas desmaterializadas se puede producir por un doble cauce: por mandato de un convenio colectivo de eficacia normativa (la llamada “subrogación convencional” de carácter necesario), o puede operarse por el hecho de que la nueva empresa titular asuma *voluntariamente* (esto es, sin derivar de la aplicación de una norma legal, ni de un convenio colectivo sectorial o de un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general) una parte significativa o relevante de los trabajadores que prestaban servicios en la empresa precedente. En tal caso se estará también ante una “sucesión de plantilla” y, por tanto, ante un cambio de titularidad de la empresa en el sentido del artículo 44 del ET y de los artículos 1 y 3 de la Directiva europea 2001/23/CE. En consecuencia, la asunción voluntaria de la plantilla por el nuevo titular determina la subrogación laboral *obligatoria* (por sucesión de plantilla) en los derechos y obligaciones del empresario saliente.

2). Por aplicación de las cláusulas subrogatorias reguladoras de un convenio colectivo de eficacia normativa. Supuesto frecuente en los convenios colectivos sectoriales (de eficacia normativa personal generalizada en todo su ámbito de aplicación) que inciden en el sector terciario (aunque no exclusivamente en ellos, obviamente). Entonces estamos ante un supuesto típico de “sucesión de plantilla” por subrogación convencional, subsumible en el supuesto de hecho de la normativa sucesoria o subrogatoria laboral ex artículos 44 de ET y normas de Derecho interno concordantes y en los artículos 1 y 3 de la Directiva europea 2001/23/CE, tal y como es objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En la subrogación convencional (subrogación ex convenio colectivo de eficacia general) no es necesario que el cambio de titularidad en el ejercicio de la actividad empresarial vaya acompañado de la traslación de elementos de infraestructura material (de venir acompañado de esa traspaso de elementos de infraestructura empresarial se estaría simplemente ante una “sucesión de plantilla” a resultas de la aplicación de las cláusulas subrogatorias establecidas imperativamente en el convenio colectivo de eficacia normativa aplicable).

Con todo, y atendiendo a lo antes indicado, es lo cierto que se puede producir una sucesión cronológica de contratos *sin obligación de subrogación del nuevo titular de la contrata o concesión* al no concurrir los requisitos de la sucesión legal del artículo 44

del ET (que incluye también la llamada “sucesión de plantillas” por asunción por el nuevo contratista de una parte significativa de la plantilla del contratista anterior; en interpretación de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de nuestro Tribunal Supremo, que aplica dicho criterio jurisprudencial en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea), ni de la sucesión o subrogación convencional. Y si estas fuentes normativas (estatales o de origen normativo convencional, como es el convenio colectivo sectorial de eficacia normativa) la subrogación obligada no puede venir impuesta exclusivamente –como competencia propia- en el pliego de condiciones (pliego de cláusulas administrativas).

En el efecto, el pliego de cláusulas administrativas no es –ni puede constituirse- en una fuente del Derecho objetivo, sino que es un instrumento de naturaleza estrictamente contractual administrativa encaminado a establecer esencialmente las condiciones generales de la contratación^[7]. Estas condiciones generales de la contratación carecen de los caracteres tipológicos internos y externos de las normas de Derecho objetivo. Se trata técnicamente de una fuente de las obligaciones y, por tanto, sin posibilidad de insertarlas en el sistema de fuentes del Derecho objetivo. Son precisamente las verdaderas fuentes del Derecho objetivo las que establecen límites al contenido de las condiciones generales evitando extralimitaciones, desviaciones o incluso prácticas abusivas (facilitadas por sus efectos de obligada adhesión en la contraparte contractual). Las condiciones generales de la contratación –de naturaleza eminentemente contractual, se insiste- no pueden desplazar o contradecir el Derecho objetivo, o crear un orden normativo concreto. Este producto no puede ser un título jurídico válido –ni adecuado- para regular *por sí mismo y al margen de instrumentos normativos legales o de naturaleza convencional colectiva que la impongan* la subrogación obligada en los supuestos de cambio de titularidad en las contrataciones (o concesiones) administrativas. Son estas fuentes del Derecho objetivo –ateniéndose al principio de legalidad- a las que corresponde imponer y establecer las condiciones esenciales de aquella sucesión *ope legis* del nuevo empleador (en nuestro caso, contratista adjudicatarios) en que se resuelve –en el plano técnico jurídico- la obligación imperativa de subrogación laboral^[8].

En este sentido cabe entender que cuando el Pliego de cláusulas administrativas particulares contempla expresamente las referencias a las obligación de subrogación de nuevo contratista o adjudicatario, lo hace en aplicación necesaria de la normativa estatal o convencional que la establece e impone, pero no como una decisión normativa propia. Si el pliego de cláusulas administrativas particulares impone la subrogación al margen del sistema normativo regulador, estaría extralimitándose de sus funciones, y, por tanto, la cláusula que la estableciera sería nula de pleno Derecho, y como tal declarada inexistente. Y es que el Pliego de cláusulas administrativas cumple una función de carácter esencialmente informativo instrumental^[9].

Así, significativamente, es la propia Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014) la que establece ex artículo 130 (“*Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo*”; título, éste, que ya hace explícito su carácter “informativo” respecto a dichas condiciones de subrogación o sucesión obligatoria) varias reglas de obligada observancia:

Regla 1ª. Funciones de pliego de cláusulas administrativas, principio de transparencia informativa laboral y observancia del principio de legalidad: “Cuando [conditio iuris relativa a las fuentes de establecimiento de la subrogación obligatoria] una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que

implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo”.

A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta *información* en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración *comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista*. Estas obligaciones informaciones del artículo 130.1 LCSP tienen un *carácter abierto*, pues no se excluye que se pueda reclamar, bien en el pliego de cláusulas o bien a instancia de los licitadores, otra documentación que se considere necesaria para hacer posible una exacta evaluación de los costes laborales que comporta la subrogación laboral del empleador. Se trata de facilitar la información necesaria para llevar a cabo la evaluación correctamente de los costes sociolaborales de la subrogación empresarial. El artículo 130.1 LCSP establece una *regla de mínimos*, que razonablemente puede ser ampliada a los fines de la normativa de garantías exigiendo todos aquellos elementos informativos que sean necesarios para la evaluación de la situación.

Lo que el artículo 130 LCSP exige al órgano administrativo contratante es una obligación instrumental para requerir al contratista anterior que proporcione una información necesaria para facilitarla a los licitadores (para conocimiento propio), sin que a aquél se le imponga un deber de comprobación de la veracidad material de la información recibida a los fines de que los licitadores dispongan de dicha información sobre las condiciones sociolaborales de los trabajadores a los que afecte la subrogación y pueda realizar una evaluación *informada* de los costes sociolaborales en cuestión.

Regla 2ª. Extensión subjetiva de las garantías sucesorias o subrogatorias:

A) “Lo dispuesto en este artículo respecto de la subrogación de trabajadores resultará igualmente de aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas cuando estos estuvieran adscritos al servicio o actividad objeto de la subrogación.

B) Cuando la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar fuese un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato.

Regla 3. Recuperación o reversión del servicio objeto de concesión: “En caso de que una Administración Pública decida *prestar directamente un servicio* que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general”. En tales casos estamos ante una subrogación *ope legis* de la Administración que ha de subingresar en la entera posición jurídico laboral como empleador público en las relaciones laborales. Los trabajadores tienen el *estatuto jurídico laboral propio del personal laboral subrogado* en virtud de la aplicación de la normativa laboral y en los términos establecidos en la misma, con las adaptaciones propias de la prestación de servicios en la Administración Pública^[10]. Se aplica la normativa laboral general prevista en el Derecho del Trabajo, es decir, el artículo 44 ET y la Directiva 2001/23/CE^[11]. En los supuestos específicos de reversión o recuperación servicios (antes externalizados para su gestión indirecta) por la Administración Pública o Ente Instrumental quedarán los trabajadores transferidos *adscritos* exclusivamente a las actividades que han sido objeto de transmisión o cambio de titularidad en su ejercicio. Por tanto, no resulta aplicable en tal supuesto la figura contractual del personal laboral

indefinido no fijo, la cual está reservada para supuestos patológicos de anomalía jurídica, que incluyen los llamados ilícitos atípicos (fraude ley; abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo); y no para supuestos de normalización jurídica (es decir, fisiológicos y no de anomalía jurídica como sería en aquellos casos de incumplimiento agravado de las normas de contratación del personal laboral).

Regla 4. Imposición de penalidades para casos de incumplimiento: “El pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará necesariamente la imposición de penalidades al contratista dentro de los límites establecidos en el artículo 192 para el supuesto de incumplimiento por el mismo de la obligación prevista en este artículo”.

Regla 5. Superación de los costes laborales fijados en la información facilitada: En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista. Se reconoce al contratista adjudicatario una acción directa frente al antiguo contratista para poder resarcirse de los costes laborales que excedan de los derivados de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación.

Regla 6. Imposición legal de que los pliegos de cláusulas contemplen la garantía de satisfacción de los salarios y cotizaciones devengadas: Asimismo, y sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos. Adviértase que es la misma LCSP la que impone esa garantía a través de los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Al efecto, el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada (SSTS, 873/2018, de 27 de septiembre; 931/2018, de 28 de octubre; 4/2019, de 8 de enero), a la luz de la doctrina del TJUE (STUE de 11 de julio de 2018, asunto Somoza Hermo) modificando su doctrina anterior ha establecido la siguiente doctrina:

1º). Hay transmisión de empresa encuadrable en el artículo 44 ET si la sucesión de contratos va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante.

2º). En las actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata, en términos cuantitativos o cualitativos (o ambos al mismo tiempo), activa la aplicación necesaria del artículo 44 ET.

3º) Cuando lo relevante es la mano de obra –no la infraestructura económico patrimonial- la subrogación sólo puede proceder si se da esa asunción de una parte relevante –cuantitativa o cualitativamente (o ambos al mismo tiempo)- del personal. Estaríamos ante *cambios de titularidad de “empresas desmaterializadas”*.

4º). El hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado por el convenio colectivo sectorial no impide la aplicación de la anterior, más bien la refuerza (Véase STS 873/2018, 27 de septiembre de 2018, y reiterada posteriormente en otros pronunciamientos).

La evolución de la jurisprudencia social en la interpretación del artículo 44 del ET y normas concordantes ha supuesto una significativa extensión en el ámbito de aplicación de la sucesión empresarial, precisamente a los efectos de atribuir responsabilidad solidaria a las empresas que se subrogan en los contratos de trabajo

del contratista anterior (SSTS 873/2018, de 27 de septiembre; 931/2018, de 24 de octubre 4/2019, de 8 de enero; STJUE de 11 de julio de 2018, Asunto Somoza Hermo).

Nótese, asimismo, que parecería (aparentemente, reténgase) que se libera del pago de esas obligaciones devengas insatisfechas en materia salarial y de cotización (deudas) al nuevo contratista ("aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último", los términos utilizados por el precepto). Sin embargo, es más que dudoso que realmente este apartado 6º del artículo 130 LCSP, suponga la introducción de un régimen especial respecto a la responsabilidad legal solidaria impuesta en el artículo 44 del ET; o a la responsabilidad solidaria de Seguridad Social prevista en los artículos 168.2 (pago de las prestaciones) y 142.1 (pago de las cotizaciones) de la Ley General de Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (LGSS). De ahí que se haya de entender que el régimen jurídico aplicable respecto de la responsabilidad empresarial será el impuesto, con carácter general, en el artículo 44 del ET y en los artículos 168.2 y 142.1 de la LGSS. El artículo 130.6 LCSP *encontrará su aplicación de no existir sucesión de empresas, al no ser de aplicación el artículo 44 ET y normas concordantes*; pues de actualizarse el supuesto de hecho del referido artículo 44 ET deberá aplicarse el régimen jurídico propio por el mismo establecido.

De *aplicarse* la sucesión de empresas conforme al artículo 44 ET existirá una responsabilidad solidaria entre las dos empresas contratistas (saliente y entrante/cedente y cesionario) en cuanto a las obligaciones pendientes de pago^[12]. Esta responsabilidad, por imperativo legal, únicamente ha de incumbir a los contratistas, no a la entidad pública contratante. En consecuencia, no cabe adaptar medida alguna por parte del órgano de contratación que directa o indirectamente desplace la responsabilidad a la entidad del sector público.

La ordenación normativa establecida en el artículo 130 LCSP refleja una especial preocupación por aumentar el nivel de seguridad jurídica (garantía del principio de seguridad jurídica) para los trabajadores y para los operadores jurídicos que actúen como licitadores de contratos de servicios intensivos en mano de obra en que exista una subrogación obligatoria de trabajadores (señaladamente, a efectos de facilitar el cálculo de los costes sociolaborales que podrá implicar la subrogación transmitiendo la información pertinente para facilitar el conocimiento de todos los posibles conceptos a los que podría tener que hacer frente el nuevo contratista adjudicatario).

Como *regla común* hay que retener que en ambos casos (aplicación o no del artículo 44 ET) se produce el efecto de que no puede negarse al licitador el derecho a que le sean facilitados todos los datos (informes, documentos...) sobre posibles deudas pendientes en concepto de pago de salarios y de cuotas de Seguridad Social, así como de los litigios pendientes en esta materia, porque es obvio que dicha información influye sin la menor duda en la determinación de los costes sociolaborales de la subrogación (que no hace referencia a al coste de la prestación que es en sí objeto del contrato)^[13].

La sentencia aquí estudiada toma nota de la doctrina jurisprudencial establecida por la sentencia del TS de 12 de diciembre de 2017, recurso 668/2016, que enjuició un supuesto en el que "en los pliegos de prescripciones técnicas que regían la prestación del servicio por la mercantil Elsamex, se recogía la obligación de la empresa adjudicataria de subrogarse en los contratos de los trabajadores que viniesen prestando los servicios integrales del mismo." La derogada LCSP de 2007, vigente a la sazón, establecía en su artículo 120.g) que los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado debían incluir "las condiciones en que se puede producir la subcontratación."

El Tribunal Supremo explicó que la inclusión de las previsiones del artículo 120 de la LCSP de 2007 en el pliego de condiciones de un concurso, tuvo un *alcance funcional meramente informativo*, argumentando que esa función meramente

informativa del artículo 120 TRLCSP -aplicable en autos- se evidencia aún más nítidamente en la por entonces no vigente todavía Ley 9/2017 8 de Noviembre, de Contratos del Sector Público, en cuyo artículo 130.1 se dispone (bajo el epígrafe "Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo") que "Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación. Lo cual pone de relieve que la constancia de los datos de los trabajadores de la empresa saliente no se hace a efectos de imponer a la nueva adjudicataria la obligación de subrogarse en sus contratos, sino tan sólo para el supuesto (que la Administración ni tiene porqué conocer ni con la sola información pretende imponer) de que normativa o convencionalmente esté dispuesto el fenómeno subrogatorio o de sucesión necesaria del nuevo contratista o adjudicatario.

En otro orden de ideas, en el caso de autos, la subrogación venía impuesta por el pliego de cláusulas administraciones de condiciones, que "no fue impugnado", aduciendo, por la parte recurrente, que siendo asumido, por inactuación, por la nueva adjudicataria, la cual no puede ir contra sus propios actos. Respecto del alcance de la doctrina de los actos propios, indica el Tribunal Supremo que "la prohibición de obrar en contra de los propios actos, que evoca el aforismo romano "*venire contra factum proprium non valet*" (a nadie se permite ir contra sus propios actos)^[14], se justifica por la legítima protección que merece la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la procedencia de ejercitar los propios derechos conforme a las exigencias de la buena fe (artículo 7.1 del Código Civil). La regla veda una pretensión incompatible o contradictoria con la conducta anterior. Se entiende que alguien actúa en contra de la buena fe cuando contradice sin razón objetiva su comportamiento anterior, sobre el cual un tercero fundó una legítima confianza que le llevó a determinadas disposiciones, inhibiciones o asunción de compromisos patrimoniales, que quedarían frustradas con aquel comportamiento contradictorio" (sentencia de la Sala Civil del TS de 1 de junio de 2016, recurso 171/2013). Es inadmisibles la contradicción con la propia conducta, pues ello vulneraría la buena fe (STS de 12 de diciembre de 2017, recurso 668/2016). Sin embargo, la doctrina de los propios actos no es aplicable al presente litigio. No ha habido una conducta de la empresa nueva adjudicataria que obligue a proteger la buena fe, confianza, apariencia y estabilidad de las relaciones jurídicas. La empresa demandada se limitó a participar en la licitación de un contrato público y a suscribir el correspondiente contrato con Asepeyo. La interpretación y los efectos de dicho contrato quedan fuera del ámbito de la doctrina jurisprudencial de los actos propios.

X. Apunte final

Nuestra ordenación jurídico-laboral de la transmisión de empresa se adapta a la lógica propia del garantismo jurídico, de manera que se pretende buscar un equilibrio entre el principio de estabilidad en el empleo y el principio de continuidad de la empresa. Es, ésta, una materia intensamente "comunitarizada" (donde, por tanto, es determinante la regulación establecida en el Derecho Social de la Unión Europea, dado el principio de primacía -jerárquica y de interpretación "conforme"- del Derecho comunitario sobre los ordenamientos jurídicos nacionales) en virtud de la Directiva 2001/23/CE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (muy abundante y de gran impacto en las legislaciones nacionales de los países miembros de la Unión Europea). El bloque normativo regulador plantea un supuesto de hecho normativo de "*textura abierta*". Hasta tal punto es así que en las últimas décadas se viene asistiendo a una moderada expansión del mismo a través de la inclusión -sometida a condiciones estrictas, ciertamente- de los cambios de titularidad de empresas "desmaterializadas" o de sus "centros de actividad". Lo cual ha evitado el desajuste entre la ordenación normativa y la realidad de la modificación de las estructuras empresariales, por un lado, y por otro, y en relación a ello, ha impedido el efecto de "*vaciamiento*" del ámbito de aplicación de la normativa sucesoria o

subrogatoria laboral en los supuestos de cambio de titularidad de empresas, centros de actividad o unidades productivas en los distintos sectores y subsectores de actividad económica en el sentido amplio que a este término ha otorgado la jurisprudencia de referencia, tanto del TJUE como de nuestro Tribunal Supremo.

En los cambios de titularidad de empresas “desmaterializadas” (muy importantes y frecuente en ese sector tan heterogéneo del sector terciario, en un constante crecimiento dando lugar lo que se ha llamado “terciarización” de la economía de mercado) el avance ha sido significativo, pues se ha aceptado el sometimiento de las Administraciones Públicas y entes instrumentales a los convenios colectivos sectoriales aplicables que contienen cláusulas de subrogación en el sector de actividad correspondiente, por un lado, y por otro, se han normalizado los procesos subrogatorios entre empresas contratistas o concesionarias (con el presupuesto lógica de que la nueva contratista o concesionaria está incluida en el campo de aplicación del convenio sectorial aplicable). De manera que las Administraciones Públicas y entes públicos están necesariamente sometidos a la regulación de la subrogación en los supuestos de cambio de titularidad en las organizaciones establecida en el artículo 44 del ET, convenios convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general (cfr.130 LCSP); y, lógicamente, han de facilitar, por imperativo legal (de nuevo en el artículo 130 LCSP a través de los pliegos de cláusulas administrativas particulares), que el principio subrogatorio o sucesorio laboral del empleador se pueda cumplir con la máxima transparencia informativa, seguridad jurídica y normalidad en los supuestos típicos de sucesión de contrataciones o concesiones públicas. La condición legal para la subrogación (que es razonable desde el punto de vista lógico jurídico) es que la nueva empresa contratista esté sometida, según los casos, al artículo 44 del ET (que incluye, entre otros supuestos, el de “sucesión de plantilla”), al convenio colectivo sectorial o a un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general que imponga la subrogación (cfr.130 LCSP).

Es de realzar que el artículo 130 de la LCSP se ha preocupado de clarificar el sometimiento de las Administraciones Públicas a la normativa legal y convencional (convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general) que imponga la subrogación (artículo 131.1 LCSP); de que los pliegos de condiciones garanticen efectivamente los *principios de transparencia y de seguridad jurídica* través de la facilitación de informaciones (artículo 130.1 y 6 LCSP)¹⁵; y asimismo de establecer un sistema de garantías legales (que, por mandato legal ex artículo 130 LCS, han de figurar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, recordando que éstos no son fuente del Derecho objetivo, sino condiciones generales de la contratación administrativa, y que como tales se incorporan en el mismo contrato) en materia de pagos de salarios y cotización por parte del contratista originario (artículo 130.6 LCSP). También, en principio, se deja clara la obligación de subrogación de la Administración Pública en los supuestos de reversión o recuperación del servicio antes externalizado para su gestión indirecta, si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo sectorial o un acuerdo de eficacia general (artículo 130.3 LCS).

Referencias:

1. ^ WIEACKER, F.: *El principio general de la buena fe*, trad. J.L. Carro, Prólogo de L. Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1977, p. 82.
2. ^ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergencia”, en *Revista de Derecho Social*, núm 67, págs. 13-44; CASTILLO BLANCO, F.A. Y MONEREO PÉREZ, J.L. (DIRS Y COORDS): *Reestructuración de las Administraciones Públicas*:

Aspectos administrativos y laborales, Granada, Comares, 2015; MONEREO PÉREZ, J.L. Y PERÁN QUESADA, S. (DIRS Y COORDS): *La externalización a través de la subcontratación empresarial*, Granada, Comares, 2018; MONEREO PÉREZ, J.L.: "Tratamiento jurídico-Laboral de la transmisión de empresas. Funciones y disfunciones ante los "casos difíciles" en la jurisprudencia reciente", en *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Nº. Extra 5, 2017.

3. ^ *La construcción originaria de la fisonomía y régimen jurídico de estos supuestos subrogatorios o sucesorios en el cambio de titularidad de empresas, partes de empresas, "centros de actividad" o partes de "centros de actividad"*, se recoge en MONEREO PÉREZ, J.L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, IBIDEM Ediciones, 1999 (Capítulo II, pp. 17-122, sobre el paradigma funcional laboral de empresa transmisible en Derecho interno y comunitario; la identificación de la empresa en el sector terciario a efectos del artículo 44 del ET), destacando que tiene su soporte en una concepción funcional de empresa, centro de trabajo o unidad productiva; una concepción ya sustentada anteriormente en *Ibid.*, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, espec., pp. 186 y ss., y pp. 198 y ss.; *Ibid.*, "Régimen jurídico-laboral de la transmisión de empresa y crisis empresariales", en MONEREO PÉREZ, J.L., y SÁNCHEZ MONTOYA, J.E. (Directores): (Dirs.): *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Granada, Comares, 2010, pp. 121-191.
4. ^ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, espec., capítulo I.I. ("Fundamentos socio-económicos del tratamiento jurídico de la sucesión del empleador"; "Los principios de continuidad de empresa y estabilidad en el empleo"...), pp. 35 y ss., y Capítulo I.V.4. ("La finalidad de la normativa sucesoria a la luz de los principios de continuidad de empresa y de estabilidad en el empleo"), pp. 126 y ss. La "ratio legis" de la normativa sucesoria consiste en garantizar la estabilidad en el empleo y la conservación de la empresa procurando un equilibrio entre los intereses en juego. El fundamento político jurídico de la normativa sucesoria no es otro que el de resolver el conflicto de intereses que subyace al cambio de titularidad de la empresa con todas sus implicaciones y a través de técnica perfectamente definidas en el ámbito del ordenamiento. Pero, repárese, en que la validez de la solución cristalizada en la norma está históricamente determinada por las transformaciones de la realidad económica y social (*Ibid.*, p. 133).
5. ^ *Para la transmisión de la empresa en el concurso, véase artículos 221-222 Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo. Puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: "Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en el marco de procedimientos de insolvencia concursal. Interpretación del alcance de la excepción establecida en el artículo 5 de la Directiva 2001/23/CE: transmisión de empresa o de una parte autónoma de ésta después de una declaración de quiebra precedida de una fase preparatoria de la venta en el marco de la liquidación judicial ("pre-pack")"*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5 (2022), pp. 1-21. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2022-0000001864; MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., & RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "Aproximación al

- contenido laboral de la ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la ley concursal: apostando por la lógica “preventiva”, “reestructuradora” y “conservativa” de la empresa y del empleo”, en *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, (5), (2023), pp.11–35. Recuperado a partir de <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/articulo/view/658>; MONEREO PÉREZ, J. L.: *La conservación de la empresa en la Ley Concursal. Aspectos laborales*, Valladolid, Lex Nova/Aranzadi, 2006.
6. ^ Cfr. SSTJCE 173/96 y 247/96, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados Sánchez Hidalgo y otros; 127/96, 229/96 y 74/97, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados Hernández Vidal y otros; 172/99, de 25 de enero de 2001, asunto Oy Liikenne Ab; 51/00, de 24 de enero de 2002, asunto Temco, 340/01, de 20 de noviembre de 2003, asunto Carlito Ablar y otros y 232 y 233/04, de 15 de diciembre de 2005, asunto Güney-Gorres y Demir. Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: “Los procesos de externalización y reversión de servicios públicos”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GONZÁLEZ DE PATTO, R., VIDA FERNÁNDEZ, R. y SPINELLI, C. (Dirs.) et altri: *El empleo público. Puntos críticos en los ordenamientos italiano y español*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2918, pp. 323-348. MONEREO PÉREZ, J. L.: “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresa: funciones y disfunciones ante los “casos difíciles” en la jurisprudencia reciente”, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. extra 5, 2017; *Ibid.*, “Reversión de servicios públicos y sucesión legal en las relaciones laborales (STJUE de 26 de noviembre de 2015, Aira Pascual, asunto C-509/14)”, en VV.AA.: *Las repuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por los órganos jurisdiccionales españoles*, GÁRATE CASTRO, J. y MANEIRA VÁZQUEZ, Y. (DIRS.), Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2020; MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N.: “La subrogación ‘contractual’ a través de la negociación colectiva”, en VV.AA.: *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Estudios en homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, Cruz Villalón, J., González-Posada, E. y Molero Marañón, M.L. (Dirs.), Albacete, Bomarzo, 2021; MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y LÓPEZ INSUA, B. M.: “Reorganización y modernización de las Administraciones Públicas: sucesión laboral y despidos colectivos”, en *Gestión y análisis de políticas públicas*, núm. 22, 2019, pp. 40-58. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Implicaciones jurídico laborales de la reasunción de servicios públicos: la aplicación del principio de subrogación empresarial y sus excepciones”, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 29, 2017, pp. 19-39; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Garantías de subrogación empresarial en la nueva ley de contratos del sector público: convergencias y desencuentros con la normativa laboral”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 51, 2018, pp.1-45; ARETA MARTÍNEZ, M. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Sucesión de empresa: contratas, subcontratas y otros supuestos*, Madrid, Francis Lefebvre, 2017, pp. 227 y ss.; MONEREO PÉREZ, J. L., y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Sucesión de plantilla en la empresa por subrogación convencional –“ex convenio colectivo sectorial”-. La reciente doctrinal del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su recepción por el Tribunal Supremo”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 65, 2018; MONEREO PÉREZ, J. L., y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Reflexiones sobre la doctrina jurisprudencial a los efectos subrogatorios o sucesorios jurídico-laborales en supuestos de reversión y reasunción de los servicios: personal

- indefinido fijo vs personal laboral fijo”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 107 (2022); MONEREO PÉREZ, J.L. Y ORTEGA LOZANO, P.G.: *Fundamentos del Derecho Social de la Unión Europea. Configuración técnica y estudio sistemático del marco normativo regulador*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2022, Capítulo 11, espec., pp. 589-617.
7. ^ En una perspectiva de teoría general del Derecho se ha afirmado, con rigor en el análisis, que las condiciones generales de la contratación no son fuentes de Derecho objetivo, DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes* (1960), Madrid, Civitas, 2ª ed., 1985 (reimpresión, 1987), pp.10-11, 21, ss., y 53 y ss.
 8. ^ Téngase en cuenta la regulación de los pliegos de cláusulas administrativas en la Ley de Contratos del Estado, las cuales dejan bien nítidamente claro que estos pliegos deberán ajustarse en su contenido a los preceptos legales y que tienen naturaleza contractual (forman parte del contenido de los contratos administrativos). En efecto: conforme al artículo 121 (“Pliegos de cláusulas administrativas generales”): 1. El Consejo de Ministros, a iniciativa de los Ministerios interesados, a propuesta del Ministro de Hacienda y Función Pública, y previo dictamen del Consejo de Estado, podrá aprobar pliegos de cláusulas administrativas generales, que deberán ajustarse en su contenido a los preceptos de esta Ley y de sus disposiciones de desarrollo, para su utilización en los contratos que se celebren por los órganos de contratación de la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás entidades que gocen de la condición de Administraciones Públicas integrantes del sector público estatal. 2. Las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local podrán aprobar pliegos de cláusulas administrativas generales, de acuerdo con sus normas específicas, previo dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, si lo hubiera”.
 9. ^ STS 18 de junio de 2019, Rec. núm. 702/2016.
 10. ^ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Tratamiento jurídico-Laboral de la transmisión de empresas. Funciones y disfunciones ante los “casos difíciles” en la jurisprudencia reciente”, en *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Nº. Extra 5, 2017.
 11. ^ En la doctrina, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Las reestructuraciones en el sector público y su incidencia en el empleo público laboral”, en CASTILLO BLANCO, F.A. Y MONEREO PÉREZ, J.L. (DIRS Y COORDS): *Reestructuración de las Administraciones Públicas: Aspectos administrativos y laborales*, Granada, Comares, 2015; MONEREO PÉREZ, J.L. Y PERÁN QUESADA, S. (DIRS Y COORDS): *La externalización a través de la subcontratación empresarial*, Granada, Comares, 2018, pp. 211-283; MONEREO PÉREZ, J. L.: “Los procesos de externalización y reversión de servicios públicos”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GONZÁLEZ DE PATTO, R., VIDA FERNÁNDEZ, R. y SPINELLI, C. (Dir.) et altri: *El empleo público. Puntos críticos en los ordenamientos italiano y español*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2018, pp. 323-348; MONEREO PÉREZ, J. L.: “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresa: funciones y disfunciones ante los “casos difíciles” en la jurisprudencia reciente”, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. extra 5, 2017; MONEREO PÉREZ, J. L.: “Reversión de servicios públicos y sucesión legal en las relaciones laborales (STJUE de 26 de noviembre de 2015, Aira Pascual, asunto C-509/14)”, en *VV.AA.: Las*

repuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por los órganos jurisdiccionales españoles, GÁRATE CASTRO, J. y MANEIRA VÁZQUEZ, Y. (Dir.), Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2020; MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N.: “La subrogación ‘contractual’ a través de la negociación colectiva”, en AA.VV.: *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Estudios en homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, Cruz Villalón, J., González-Posada, E. y Molero Marañón, M.L. (Dir.), Albacete, Bomarzo, 2021; MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y LÓPEZ INSUA, B. M.: “Reorganización y modernización de las Administraciones Públicas: sucesión laboral y despidos colectivos”, en *Gestión y análisis de políticas públicas*, núm. 22, 2019, pp. 40-58. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Implicaciones jurídico laborales de la reasunción de servicios públicos: la aplicación del principio de subrogación empresarial y sus excepciones”, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 29, 2017, pp. 19-39; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Garantías de subrogación empresarial en la nueva ley de contratos del sector público: convergencias y desencuentros con la normativa laboral”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 51, 2018, pp.1-45; MONEREO PÉREZ, J. L., y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Sucesión de plantilla en la empresa por subrogación convencional –“ex convenio colectivo sectorial”-. La reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su recepción por el Tribunal Supremo”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 65, 2018; CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, Murcia, Laborum, 2018, pp. 103-134; MONEREO PÉREZ, J. L., y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Reflexiones sobre la doctrina jurisprudencial a los efectos subrogatorios o sucesorios jurídico-laborales en supuestos de reversión y reasunción de los servicios: personal indefinido fijo vs personal laboral fijo”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 107 (2022); MONEREO PÉREZ, J.L.Y ORTEGA LOZANO, P.G.: *Fundamentos del Derecho Social de la Unión Europea. Configuración técnica y estudio sistemático del marco normativo regulador*, Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters/Aranzadi, 2022, Capítulo 11, pp. 589-617. La jurisprudencia finalmente ha venido a pronunciarse por dicha aplicación a supuestos de normalización jurídica, entre las ya abundantes y más recientes, STS 85/2022, de 28 de enero, rcud. núm. 3781/2020. Ponente: A.V. Sempere Navarro. ECLI:TS: 2020:270; que es coherente con al STJUE de 13 de junio de 2019, asunto Correa Moreira.

12. ^ “Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente [responsabilidad legal solidaria pura] durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas” (artículo 44.3, párrafo 1º del ET). Para la responsabilidad de Seguridad Social, véase los artículos 168.2 y 142.1 de la Ley General de la Seguridad Social, Texto refundido aprobado por RD-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.
13. ^ Todo ello sin perjuicio, evidentemente, de los derechos de información y consulta-negociación colectiva gestional de los representantes de los trabajadores garantizados en el artículo 44. 6º, 7º y 8º (Derechos de información) y artículo 44. 9º (Derecho de consulta-negociación colectiva gestional) del ET; y en la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos

de empresas, centros de actividad o de partes empresas o de centros de actividad, Capítulo III. "Información y consulta", artículo 7.

14. ^ DÍEZ-PICAZO, L.: "Prólogo" a la obra de WIEACKER, F.: *El principio general de la buena fe*, trad. J.L. Carro, Prólogo de L. Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1977, p.21.
15. ^ Ya resulta harto significativo que el artículo 130 LCSP tenga por rúbrica: "Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo". Dejando clara su finalidad esencialmente "informativa", aunque es visible que hay apartados que van más allá de esa dimensión informativa (por ejemplo, artículo 130, apartado 1, primer párrafo; o la previsión subrogatoria del apartado 3, o la exigibilidad de la responsabilidad ab initio del contratista o concesionario prevista en el apartado 6, con las reservas y precisiones que se han hecho en este comentario, etcétera).

§ 8 Proceso por despido e inmunidad de jurisdicción.

Ángel Arias Domínguez

Subdirector de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura

Resumen: *Se desestima la excepción de inmunidad de jurisdicción interpuesta por la embajada de un país extranjero en España en un proceso por despido de un trabajador de nacionalidad española que desempeñaba funciones administrativas que no menoscababan sus intereses de seguridad.*

Palabras clave: *Proceso por despido. Estado extranjero. Inmunidad de Jurisdicción.*

Abstract: *The objection of immunity from jurisdiction filed by the embassy of a foreign country in Spain in a process for the dismissal of a worker of Spanish nationality who performed administrative functions that did not undermine his security interests is dismissed.*

Keywords: *Dismissal process. Foreign state. Jurisdiction Immunity.*

I. Introducción

La embajada de la República árabe de Egipto en España intima la excepción de inmunidad de jurisdicción en el proceso por despido instado por un trabajador español que fue contratado por la referida embajada para la realización de labores de traducción de documentos oficiales.

El trabajador despedido, de nacionalidad española, ejercía sus labores en la embajada como “*Traductor oficial de la agregaduría de defensa*” desde 1991. En 2020 se le comunicó a través del personal de seguridad de la embajada que se prescindía de sus servicios profesionales. Posteriormente, el propio agregado de defensa en Madrid envió un mensaje de texto al teléfono móvil del trabajador en el que le confirmaba la decisión extintiva.

Por las mismas fechas el trabajador tuvo conocimiento de que el propio agregado de defensa estaba remitiendo a distintas personas, empresas, entidades y organismos oficiales, una comunicación escrita comunicando la baja laboral de determinados trabajadores, entre los que se encontraba el demandante.

El trabajador recurrió por despido y el Juzgado de lo Social competente [el núm. 23 de Madrid mediante sentencia 120/2021, de 23 de marzo de 2021 (proc. 933/2020)] desestimó la excepción de inmunidad de jurisdicción, entendiendo que el despido debía considerarse improcedente. Subraya que la ausencia de forma escrita para el despido convierte en irrelevante sus motivos, y que los estados no gozan de inmunidad de jurisdicción para los actos de gestión ordinaria, únicamente para los actos de soberanía propiamente dichos. Entiende, en definitiva, que las labores que

desarrollaba el trabajador no pueden equipararse a las clásicas de soberanía que protege la excepción procesal.

La embajada recurrió en suplicación alegando que el actor se dedicaba a traducir toda la documentación oficial de carácter confidencial de interés para la defensa y la seguridad nacional del país, subrayando el conocimiento que había adquirido de cuestiones sensibles para el estado contratante. También pretendió en esta instancia del procedimiento introducir los motivos del despido, arguyendo que el trabajador había incumplido de manera grave sus obligaciones laborales.

De manera muy puntillosa se pretendía en el recurso que se modificase el relato de hecho probados para que se incorporase una mención expresa a que la autoridad competente del país había comunicado mediante “*nota verba*” presentada ante el Registro General del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación que lo discutido en el procedimiento judicial afectaba a sus intereses de seguridad y defensa.

El TSJ competente [por sentencia 762/2021, de 15 de septiembre de 2021 (rec. 502/2021)] desestima el recurso, imponiendo a la parte recurrente las costas del recurso y realizando dos consideraciones de fondo. En primer lugar, que la comunicación extintiva al trabajador no ha sido comunicada mediante carta de despido, por lo que pierde trascendencia las consideraciones efectuadas en el recurso con relación a las causas extintivas en las que haya incurrido. Y, en segundo lugar, que las consideraciones efectuadas en la “*nota verbal*” carecen de relevancia para tener por cumplidas las exigencias que se reclaman de la carta escrita de despido.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala IV.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 949/2022, de 30 de noviembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUUD núm. 3800/2021.

ECLI:ES:TS:2022:4463.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Vicente Sempere Navarro.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema principal consiste en determinar si es operativa la excepción procesal de inmunidad de jurisdicción que impetra una embajada en un procedimiento de despido de uno de sus trabajadores (de nacionalidad española) que no ejercen funciones características de poder público con el propósito de impedir que su proceder extintivo sea sometido a enjuiciamiento jurisdiccional.

IV. Posición de las partes

La embajada entiende, básicamente, que dadas las características de la actividad laboral que desarrollaba el trabajador (traductor de documentos oficiales relativos a la defensa y seguridad del Estado) conocía información confidencial de primera mano altamente sensible, pues eran documentos con información militar. No eran, entiende la embajada, actuaciones laborales meramente administrativas, sino relacionadas con el desarrollo de facultades de poder público, lo que impide a los Tribunales nacionales ejercer sus características funciones jurisdiccionales. De manera incidental también precisa que ambas partes, trabajador y empresario, firmaron en un momento un

acuerdo de sometimiento de la relación laboral a las leyes laborales del país contratante.

Ya en el recurso de casación denuncia la infracción de lo previsto en la Ley Orgánica 16/2015 de 27 de octubre relativa a la inmunidad de jurisdicción, y subraya la trascendencia de la "nota verbal" aportada en el procedimiento e invocada en el recurso de duplicación, en la medida en que con ella se tienen que dar por cumplidas las exigencias de comunicación que activan la inmunidad de jurisdicción.

El trabajador recurre la decisión extintiva sin singulares especificaciones en relación con la inmunidad de jurisdicción. En la impugnación del recurso de casación para la unificación de doctrina pone de relieve dos circunstancias. En primer lugar, que la 'nota verbal' aparece firmada por persona sin identificar, debiéndose haberse firmado, para tener plena eficacia, por el Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno o Ministro de Asuntos Exteriores del país en cuestión, según se deduce de la normativa aplicable. Y, en segundo lugar, que la traducción de documentos para una embajada no puede ser considerada una actividad relacionada con facultades o funciones públicas, sino que son actividades de gestión ordinaria, que quedan, por tanto, fuera de la excepción de jurisdicción alegada por la defensa letrada de la embajada. También precisa que la aplicación del Reglamento 1215/2012 no permite la aplicación de otra solución que no sea la desestimación de la inmunidad de jurisdicción planteada por el empleador.

El Ministerio Fiscal en su informe se muestra favorable a la desestimación del recurso, pues esta cuestión ya ha sido objeto de unificación doctrinal en el sentido coincidente con el criterio de la sentencia recurrida.

V. Normativa aplicable al caso

- Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Art. 21: "1. Los empresarios domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados:

a) ante los órganos jurisdiccionales del Estado en el que estén domiciliados, o

b) en otro Estado miembro: i) ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que o desde el cual el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo o ante el órgano jurisdiccional del último lugar en que lo haya desempeñado, o ii) si el trabajador no desempeña o no ha desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador.

2. Los empresarios que no estén domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de conformidad con lo establecido en el apartado 1, letra b)".

- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Art. 21: "1. Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas.

2. No obstante, no conocerán de las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho Internacional Público."

- Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España.

Art. 10. "Procesos relativos a contratos de trabajo.

1. Salvo acuerdo en otro sentido entre España y un Estado extranjero, este no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante los órganos jurisdiccionales españoles en un proceso relativo a un contrato de trabajo entre ese Estado y una persona física, cuando el trabajo haya sido ejecutado o haya de ejecutarse total o parcialmente en España.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Estado extranjero podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en los procesos a los que dicho apartado se refiere, en los siguientes supuestos:

a) Cuando el trabajador hubiera sido contratado para desempeñar funciones que supongan el ejercicio del poder público;

b) Cuando el empleado sea: i) Un agente diplomático, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961; ii) Un funcionario consular, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963; o iii) Un miembro del personal diplomático de una misión permanente ante una organización internacional o de una misión especial o que haya sido designado para representar al Estado extranjero en una conferencia internacional.

c) Cuando el proceso tenga por objeto la contratación, la renovación del contrato o la readmisión del trabajador;

d) Cuando el proceso tenga por objeto el despido del trabajador o la rescisión del contrato y una autoridad competente del Estado extranjero comunique que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad;

e) Cuando el trabajador fuera nacional del Estado extranjero en el momento de interposición de la demanda, salvo que dicha persona tuviese su residencia habitual en España; o

f) Cuando el Estado extranjero y el trabajador hayan convenido otra cosa por escrito, salvo que la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles fuese irrenunciable para el trabajador".

VI. Doctrina básica

La excepción procesal de inmunidad de jurisdicción no es oponible frente al control jurisdiccional de las decisiones extintivas de los contratos de trabajo que mantengan los Estados extranjeros con trabajadores de nacionalidad española que prestan sus servicios en España (en las embajadas de estos países).

Para que dicha excepción de jurisdicción puede ser operativa debe cumplir tres requisitos: 1º) que efectivamente se trata de una decisión extintiva de un contrato de trabajo en vigor; 2º) que el procedimiento jurisdiccional pueda menoscabar los intereses de seguridad del estado extranjero, en el sentido de poder mostrar en el juicio jurisdiccional información sensible relativa a cuestiones de seguridad y defensa; y, por último, 3º) que dicha excepción haya sido comunicada a la autoridad nacional por una autoridad competente del Estado extranjero, no sirviendo para el cumplimiento de dicho requisito cualquier tipo de comunicación, sino únicamente aquellas fehacientes protocolizadas.

VII. Parte dispositiva

Se desestima el recurso de casación impetrado frente a la sentencia del TSJ de Madrid, que se confirman todos sus extremos.

VIII. Pasajes decisivos

"Claramente se desprende de este precepto [art. 10 LO 16/2015] que la inmunidad de jurisdicción no se extiende a las controversias particulares que un empleado del Estado extranjero o de una organización internacional pueda mantener con la misma,

cuando su prestación de servicio no entraña el ejercicio de los poderes públicos que a dicha entidad le corresponden, ni se trata tampoco de un funcionario o agente diplomático en los términos antedichos”.

“El alcance de la inmunidad de jurisdicción debe ser proporcional y razonable, basarse en normas claras y atender a todas las circunstancias concurrentes en cada caso. La activación de la inmunidad de jurisdicción debe motivarse a fin de que sólo opere cuando está en juego una actividad que el Estado desarrolla *jure imperii*. En caso contrario, existe infracción del “derecho a un proceso justo” en su vertiente de “derecho a acceder a los tribunales (STEDH 8 noviembre 2016, Naku vs. Lituania y Suecia)”.

“Discrepando de la valoración realizada por la recurrente, no consideramos que traducir unos mensajes intercambiados con las Fuerzas Armadas españolas para organizar una visita a su Unidad Militar de Emergencias esté comprometiendo esos intereses de seguridad, que es uno de los ejemplos puestos por la propia Embajada. Lo mismo cabe decir de los documentos sobre agradecimiento al Vicerrector de la Escuela Naval Egipcia, por la buena acogida dispensada a unos cadetes...”

“La confidencialidad de las comunicaciones y el deber de guardar secreto de las cuestiones conocidas como consecuencia del trabajo desempeñado son obligaciones inherentes al contrato de trabajo de quien realiza tareas de traducción [arts. 5.a) y f) ET]”.

“Pero para activar la inmunidad de jurisdicción no bastan con esas obligaciones, ni con el destino en determinado departamento de la empleadora, ni que el despido cobre un salario importante sino que se requiere la indicación de que la resolución del litigio está directamente conectada *acta iure imperii*...”.

“La acreditación de que concurren los elementos que acreditan la inmunidad ha de hacerse ante el órgano judicial y este es quien ha de valorarla”.

“...la inmunidad de jurisdicción a que se refiere la norma cuestionada no alcanza las controversias que pueda mantener un Estado con sus empleados de nacionalidad española, contratados para prestar servicios en puestos de trabajo que no suponen el ejercicio del poder público que como *ius imperii* le corresponde para el desarrollo de sus objetivos”.

“El tenor de la Nota Verbal reiteradamente invocada aparece como una mera alegación insuficiente para entender aplicable la inmunidad de jurisdicción conforme a la doctrina expuesta, sin perjuicio de que en modo alguno se indica de qué manera va a afectar el proceso a la seguridad de la República Árabe de Egipto, ni se señalan los elementos objetivos en que se apoya la pretensión”.

“No concurre en el caso la excepción prevista en el artículo 10.2 apartado d) [LO 16/2015], al tratarse de un proceso que tiene por objeto el despido del trabajador aunque una autoridad competente del Estado extranjero haya comunicado que este proceso menoscaba sus intereses de seguridad. La inmunidad de jurisdicción a que se refiere la norma cuestionada, no alcanza las controversias que pueda mantener con sus empleados de nacionalidad española, contratados para prestar servicios en puestos de trabajo, que no suponen el ejercicio del poder público que como *ius imperii* le corresponde para el desarrollo de sus objetivos, en la medida en que se trate de meros litigios particulares que no tienen la menor incidencia en el normal desempeño de las funciones y tareas de carácter internacional que constituyen el objetivo de su actuación. Ello sin perjuicio de los deberes de buena fe (sigilo profesional incluido) que son propios de la función de quien aparece como Traductor.

Por cuanto antecede, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso formulado por la Embajada de la República Árabe de Egipto en España. La demandada se ha limitado tanto en suplicación como en la impugnación del presente recurso de casación para la unificación de doctrina, sin

abordar cuestiones referidas al despido impugnado y a sus circunstancias, por lo que únicamente debemos confirmar y declarar la firmeza de la sentencia recurrida”.

IX. Comentario

El arco de bóveda sobre el que se edifica toda la inteligencia de la resolución comentada se deposita en la interpretación que se le otorgue a la excepción prevista en art. 10.2.d) de la Ley Orgánica 16/2015 cuando sí permite emplear la excepción de inmunidad de jurisdicción en los procesos por despido cuando *“una autoridad competente del Estado extranjero comuniquen que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad”*.

La cuestión problemática consiste en determinar, por tanto, qué amplitud le debemos a los dos requisitos que menciona el precepto. El propio análisis que efectúa la resolución aportada para el análisis de la contradicción (aunque, en puridad, como reconoce, la existencia de la contradicción no es necesaria en este asunto, pues estamos en presencia de un requisito -la afirmación de la jurisdicción propia- que puede ser apreciado de oficio, al tratarse de una cuestión de orden público) expone los términos del debate.

La resolución elegida de contraste (STSJ-SOC Madrid de 21 de julio (rec. 565/2016) entiende que la mera emisión de la “nota verbal” determina que deba ser estimada la excepción de inmunidad de jurisdicción, sin que se exija ninguna otra prueba acreditativa de que el proceso afecta a los intereses de seguridad del Estado, mientras que la sentencia recurrida aprecia que la mera alegación por parte de la embajada de que las funciones desempeñadas por el trabajador afectan a los intereses de seguridad no es suficiente para dar por válida la excepción procesal interpuesta, pues debe analizarse realmente si dichas funciones son de mera administración o de ejercicio de un auténtico poder público.

Quizá la cuestión medular no sea, en realidad, si existe o no la ‘nota verbal’, es decir, la comunicación entre Estados (que en cualquier caso puede existir sin contenido real), sino el alcance informativo de dicha nota y la explicación que dicha nota desarrolla sobre las funciones que realiza el trabajador, en el bien entendido sentido de que no se está reclamando una profunda y radical enunciación pormenorizada de estas cuestiones, sino únicamente una explicación de por qué el enjuiciamiento jurisdiccional de ese despido en concreto puede menoscabar los intereses de seguridad del Estado. Es decir, se trataría de reclamar una individualización en la concreción de la excepción procesal.

Dos interpretaciones surgen en el entendimiento de esta cuestión de manera muy intuitiva. En primer lugar, la que entiende que con la mera comunicación a la autoridad nacional de que el proceso jurisdiccional puede menoscabar los intereses de seguridad del Estado extranjero se entiende operativa la excepción de inmunidad de jurisdicción. Y, en segundo lugar, la que considera que la mera invocación de la excepción no es suficiente para su apreciación, sino que es necesario, además, que el Estado extranjero exponga de manera mínimamente coherente las razones por las que el juicio jurisdiccional puede lesionar sus legítimos intereses de seguridad.

En la primera interpretación el centro del debate gira en torno a la “nota verbal” y su correcta protocolización. Una vez acreditado que, efectivamente, la comunicación entre estados se ha producido, la excepción de inmunidad de jurisdicción debe apreciarse. El único resquicio de cuestionamiento jurisdiccional se situaría en el ámbito de la correcta adopción del instrumento formal que comunica la decisión el Estado extranjero, es decir, en la correcta adopción de la ‘nota verbal’: que esté evacuada por el órgano del país extranjero competente para ello, que sea recibida en tiempo y forma por el Estado español, que sea recepcionada por la autoridad encargada de estos menesteres, etc.

En la segunda interpretación la cuestión es, en principio, más compleja. Porque va más allá del control jurisdiccional que se proyecta sobre la regular adopción de la ‘nota verbal’ o de cualquier otra forma de comunicación entre Estados, alcanzado al

contenido de la propia comunicación, pudiendo escrutar si las actividades laborales del trabajador se consideran actos de gestión administrativa ordinaria o, por el contrario, actos de imperio, es decir, actos que proyecten la voluntad política o gubernamental del propio Estado.

Apréciase, aunque es una obviedad, que el control jurisdiccional que supone el enjuiciamiento por despido se proyecta no sobre la decisión del Estado de contratar a una u otra persona, sino, más concretamente, sobre las actividades que realiza ese trabajador y sobre si, verdaderamente, su revelación en un juicio puede poner en peligro la seguridad nacional por afectar a cuestiones relativas a la defensa del país.

De las dos concepciones posibles la resolución que se está comentando, siguiendo los antecedentes de la propia Sala, del TC y del TJUE, adopta abiertamente de las vías interpretativas propuestas.

La STJUE (Gran Sala) de 19 de julio de 2012 (C-154/11) *Ahmed Mahamdia y República Argelina Democrática y Popular* precisa, en un asunto relativo al despido de un trabajador de doble nacionalidad argelina y alemana contratado por Argelia para desempeñar funciones en el consultado de este país en Alemania, en su § 55 que *“Sin embargo, como el Abogado General señala en los puntos 17 a 23 de sus conclusiones, en la situación actual de la práctica internacional, dicha inmunidad no tiene un valor absoluto, sino que se reconoce generalmente cuando el litigio se refiere a actos de soberanía realizados iure imperii. En cambio, puede excluirse si la acción judicial tiene por objeto actos realizados iure gestionis, que no pertenecen al ámbito del poder público”*, precisando seguidamente en § 56, que *“En consecuencia, teniendo en cuenta el contenido de dicho principio de Derecho internacional consuetudinario sobre la inmunidad jurisdiccional de los Estados, ha de considerarse que éste no se opone a la aplicación del Reglamento núm. 44/2001 en un litigio como el principal, en el que un trabajador solicita el pago de indemnizaciones e impugna la resolución del contrato de trabajo que celebró con un Estado, cuando el tribunal que conoce del asunto compruebe que las funciones ejercidas por ese trabajador no forman parte del ejercicio del poder público o cuando la acción judicial no pueda interferir en los intereses del Estado en materia de seguridad”*^[1].

La STC 107/1992, de 1 de julio adopta una visión muy favorable a la inmunidad de jurisdicción sin necesidad de acreditar el tipo de actividades que desarrolle el trabajador^[2]. En un asunto relativo al embargo de las cuentas corrientes de la embajada de un país extranjero para hacer frente a la indemnización por despido el TC entiende que *“Esta inembargabilidad de las cuentas corrientes de titularidad del Estado extranjero en bancos situados en el territorio nacional afectados al desenvolvimiento de la actividad ordinaria de las misiones diplomáticas y consulares, constituye la práctica internacional generalizada, de la que se deriva que la inmunidad de los Estados y de los bienes de las misiones diplomáticas y consulares en materia de ejecución impide que la ejecución forzosa pueda dirigirse, dentro de los bienes que las misiones diplomáticas y consulares puedan tener en el Estado del foro, contra aquellas cuentas corrientes. Y ello incluso si las cantidades depositadas en entidades bancarias puedan servir también para la realización de actos en los que no está empeñada la soberanía del Estado extranjero, esto es, a la realización de actividades iure gestionis a las que puede no alcanzar la ratio de la inmunidad de los bienes de las misiones diplomáticas y consulares. Esa eventualidad de que una cuenta corriente destinada a asegurar el funcionamiento de la misión diplomática y consular del Estado extranjero pueda ser utilizada también para fines comerciales no justifica la exclusión de esa inmunidad de ejecución, y consecuente inembargabilidad, tanto por el carácter único e indivisible del saldo de la cuenta corriente, como por la imposibilidad de una investigación de las operaciones y de los fondos y destinos de los mismos en una cuenta corriente adscrita a una misión diplomática, lo que supondría una interferencia en la actividad de la misión diplomática, contraria a las reglas del Derecho internacional público”*.

Es cierto, sin embargo, que otorga (parcialmente) el amparo impetrado, pero únicamente porque declara contrario al derecho a la tutela judicial efectiva proceder, sin más, al archivo de las actuaciones, como hizo la sentencia impugnada, sin permitir la ejecución sobre otros posibles bienes del Estado extranjero situados en nuestro territorio^[3].

Más adelante, en la STC 140/1995, de 28 de septiembre^[4], reitera su perspectiva sobre la inmunidad de jurisdicción al no conceder el recurso de amparo que había impetrado la propietaria de un piso que había alquilado a un Consejero Diplomática de una embajada de un país extranjero en España ante los impagos de la renta convenida. Precisa el TC que *“no es ocioso precisar, además, que la exclusión de la jurisdicción civil de los Agentes diplomáticos.../...se halla justificada objetivamente por las obligaciones que el Derecho Internacional impone a los Estados al establecer la extensión y límites de la jurisdicción de sus Juzgados y Tribunales”*, añadiendo un razonamiento que destila todo el formalismo del que a veces el Derecho se inviste para hacerse incomprensible: *“...ha de tenerse presente.../...que el referido Convenio permite lograr esta protección por parte del Estado receptor del Agente diplomático, a quien corresponde velar por una correcta aplicación del Convenio de Viena de 1961 en España y evitar así cualquier posible abuso en los privilegios e inmunidades que en él se establecen, cuando el particular actúa diligentemente.../...el arrendador tiene la posibilidad de poner en conocimiento del Ministerio de Asuntos Exteriores el incumplimiento del pago de la renta pactada, para que dicho órgano solicite del Estado acreditante bien que compela al Agente diplomático a cumplir dicha obligación o bien que renuncie a la inmunidad de jurisdicción civil.../...Pues si el Estado acreditante no accede a ello, podrá comunicarle que el Agente diplomático es considerado persona non grata en España, lo que entrañará la retirada o el término de las funciones diplomáticas de éste, acordada por el Estado acreditante; y, caso de no acordarla, el Estado receptor podrá negarse a reconocerlo como miembro de la misión.../...De suerte que si existe una conducta diligente del particular y ésta va seguida de la acción del Estado receptor frente al Estado acreditante, ello puede permitir que quede expedito para el arrendador el acceso a la jurisdicción civil en nuestro país”*.

Se aprecia, en definitiva, una cierta contradicción en las perspectivas que adoptan el TJUE y el TC, menos formalista el europeo y más proclive a extender el manto de la inmunidad de jurisdicción el nacional. El TS, por su parte, alberga menos dudas al efecto, y el panorama interpretativo que ha ido construyendo en varios momentos ha jalonado una línea interpretativa muy clara, abogando por una interpretación claramente restrictiva de la referida inmunidad de jurisdicción en el ámbito social.

Como la propia sentencia comentada recuerda, las últimas resoluciones en la materia han sido las siguientes: SSTS-SOC 146/2020, de 14 de febrero; 456/2021, de 29 de abril; 493/2022, de 31 de mayo; 611/2022, de 5 de julio, y 898/2022, de 10 de noviembre^[5], pudiendo extraerse de ellas las siguientes derivadas doctrinales:

- La finalidad de la LO 16/2015 es establecer los límites de la inmunidad de jurisdicción con la instauración de reglas normativas claras y concluyentes.

- La inmunidad de jurisdicción no se extiende, en principio, a las controversias particulares que un empleado del Estado extranjero mantenga con dicho Estado.

- El óbice de procedibilidad que supone la inmunidad de jurisdicción debe operar de manera restrictiva, y sólo para cuando el trabajador ejercite poderes públicos.

- La inmunidad de jurisdicción no puede predicarse, en general, del ejercicio por parte del trabajador de funciones de gestión ordinaria.

- Pero los intereses del Estado sí pueden verse afectados con el desarrollo de un juicio jurisdiccional en el que se muestren, aunque fuere indirectamente, las labores que desarrolla el trabajador.

- Desde el punto de vista formal la embajada del país extranjero sí es autoridad competente para comunicar la excepción de procedibilidad.

- La excepción procesal de inmunidad de jurisdicción no puede ser genérica para cualquier asunto, ni articularse con carácter preventivo.

- Debe ser específica, individualizando cómo el proceso judicial puede lesionar los intereses de seguridad del Estado extranjero.

- Desde el punto de vista material no es operativa la excepción procesal cuando únicamente se alega que el trabajador tuvo acceso a determinada información.

- Para que en este supuesto sea operativa es necesario que se precise, aportando elementos objetivo de discernimiento, cómo y de qué manera el acceso a dicha documentación puede lesionar los intereses del Estado extranjero.

- En principio la excepción sólo es operativa para la protección de los intereses de seguridad del Estado extranjero.

- Quien alegue a su favor la excepción de procedibilidad debe explicar, de manera razonada, de qué modo el procedimiento jurisdiccional puede comportar riesgos para los intereses de seguridad del Estado.

- Para ello el Estado extranjero corre con la carga procesal de probar que el trabajador ha tenido acceso a la información que pudiera calificarse como sensible

- Y también corre por su cuenta la acreditación de que el juicio jurisdiccional puede poner en entredicho sus intereses de seguridad, no siendo suficiente una alegación genérica en este sentido.

- No es exigible, sin embargo, la aportación de una prueba que en sí misma puede comprometer la confidencialidad de los datos sensibles que afecten a la seguridad del Estado.

- En definitiva, que deben aportarse unos mínimos elementos de juicio de los que pueda desprenderse, de manera objetiva, que la actividad laboral del trabajador ha estado relacionada con el conocimiento de datos sensibles para la seguridad que pudieran quedar en entredicho en el seguimiento del juicio jurisdiccional.

X. Apunte final

Sin tener que acudir a una relectura interesada de “*La lucha contra las inmunidades del poder*” (García de Enterría, Cívitas, 3ª ed., 1983) es evidente que el ejercicio práctico de la excepción procesal de inmunidad de jurisdicción pretende impedir el control judicial de determinadas decisiones de índole política o discrecional que adopte un Estado soberano.

Una concepción excesivamente amplia de dicha cobertura llevaría a extender un cierto manto de ‘ajuridicidad’ hacia determinados ámbitos de decisión. Y la tendencia natural que proclaman los Estados que se dicen de Derecho camina justamente en la dirección contraria, abogando por restringir lo más posible dichos espacios, permitiendo un control jurisdiccional *ex post* de cada vez más asuntos públicos.

Por eso es fundamental diferenciar entre los meros actos de gestión de los Estados y de los Gobiernos (*acta iure gestionii*) de aquellas otras decisiones que están investidas de la púrpura del poder (*acta iure imperii*) porque proyectan decisiones soberanas de los Estados. Estos últimos, por definición, no deben quedar sometidos al enjuiciamiento jurisdiccional por otro Estado, pues manifiestan la voluntad soberana (*augusta, principesca*) de otro Estado. Pero los primeros, los de mera gestión de los asuntos ordinarios, deben, naturalmente, poder ser sometidos al control jurisdiccional cuando afecten a intereses de terceros. Básicamente, y en línea de principios, porque no son, en realidad, actos del Estado, sino actos de los Gobiernos de ese Estado, diferencia no pequeña.

Desde un punto de vista garantista, que tenga también en consideración el respeto a los derechos de las personas trabajadoras, lo razonable es adoptar la postura

interpretativa que impida que se emplee la excepción de jurisdicción como mecanismo para eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales^{6]}. Es lo que mejor se acomoda, además, al derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza la protección frente al incumplimiento de las normas laborales.

Referencias:

1. ^ *Un comentario particular a dicha resolución es el de JUÁREZ PÉREZ, P.: “De inmunidades, sumisiones y centros de trabajo: la STJUE de 19 de julio de 2012, Mahamdia c. República de Argelia”, Cuadernos de Derecho Transnacional, 2013, n. 1, p. 254 y ss.*
2. ^ *Un comentario específico RUIZ COLOME, M^a. Á.: “La inmunidad de ejecución de los estados extranjeros ante los tribunales españoles en la reciente jurisprudencia constitucional”, Derecho Privado y Constitución, núm. 2, Ene.-Abr. 1994, pp. 369 y ss.*
3. ^ *Argumentación bastante insatisfactoria, en el apreciar de RAMOS QUINTANA, M. I.: “la imposible ejecución de una sentencia de condena por despido ante la inmunidad del Estado extranjero”, en VV.AA. (ALONSO OLEA, M. [Dir.]): Jurisprudencia constitucional sobre el Trabajo y Seguridad Social, Tomo 10, Civitas, Madrid, 1993, p 427.*
4. ^ *Un comentario muy crítico de la resolución es el de SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.: “Inmunidad de jurisdicción civil de los agentes diplomáticos en España versus tutela judicial efectiva”. Derecho Privado y Constitución, núm. 9, May.-Ago. 1996, p. 365 y ss.*
5. ^ *Un comentario muy detallado a esta resolución es el realizado por FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: “La aplicación de la inmunidad de jurisdicción exige que haya de explicarse razonablemente de qué modo el proceso de impugnación de un despido de un trabajador administrativo puede poner en riesgo la seguridad del Estado”, en su blog sito en: <https://fernandezrozas.com/2023/01/22/la-aplicacion-de-la-inmunidad-de-jurisdiccion-exige-que-haya-de-explicarse-razonablementede-que-modo-el-proceso-de-impugnacion-de-un-despido-de-un-trabajador-administrativo-puede-poner-en-riesgo-la-se/>*
6. ^ *En esta línea véase MENÉNDEZ SEBASTIAN, P.: “Trabajadores españoles de Estados extranjeros y organizaciones supranacionales con sede/oficina en territorio nacional. ¿La inmunidad de jurisdicción como pretexto para esquivar las reclamaciones laborales?”, Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Volumen 10, número 2, abril-junio de 2022, pp. 101 y ss.*

§ 9 ¿Participar en competiciones deportivas estando de baja médica por lesión musculoesquelética es sancionable con despido disciplinario?

María Areta Martínez

Secretaria de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

Resumen: La sentencia del TSJ de Aragón-SOC núm. 851/2022 confirma la del JS de Huesca, que declara procedente el despido disciplinario de un trabajador por participar durante tres días consecutivos en una competición de pádel estando de baja médica tras una cirugía de rodilla por rotura del ligamento cruzado anterior, y en la que resultó campeón. La sentencia invita a reflexionar sobre la necesidad de valorar, a la vista de las circunstancias del caso concreto, si la participación en competiciones deportivas estando de baja médica por un trastorno musculoesquelético es una conducta censurable por la empresa y, de serlo, si lo proporcional es fijar la sanción disciplinaria máxima, que es el despido, u otra en menor grado (teoría gradualista).

Palabras clave: Despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza. Despido procedente. Participación en competición deportiva de pádel durante el periodo de incapacidad temporal (IT) tras intervención quirúrgica de rodilla por rotura de ligamento cruzado anterior (LCA).

Abstract: Licenciement disciplinaire pour violation de l'obligation de bonne foi contractuelle et de l'obligation de loyauté qui subsistent pendant la durée d'un arrêt de travail provoqué par la maladie. Dans ce cas-ci, le licenciement disciplinaire est justifié par une cause réelle et sérieuse: pendant la période d'incapacité temporaire de travail, le salarié a participé à une compétition de padel qui s'est déroulée sur 3 jours consécutifs. La prescription de l'arrêt de travail maladie a été effectuée après une opération LCA (ligament croisé antérieur).

I. Introducción

Las páginas que siguen a continuación tienen por objeto comentar los Antecedentes de Hecho, los Fundamentos de Derecho y el Fallo de la STSJ de Aragón-SOC núm. 851/2022, de 21 de noviembre, que resuelve el recurso de suplicación núm. 813/2022 interpuesto frente a la sentencia del JS de Huesca, de 13 de mayo de 2022 (autos núm. 755/2021), en materia de despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 851/2022, de 21 de noviembre.

Tipo y número de recurso: Recurso de suplicación núm. 813/2022.

ECLI:ES:TSJAR:2022:1585

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilma. Sra. Dña. María José Hernández Vitoria.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión de fondo consiste en determinar si la participación del trabajador en un torneo de pádel, estando de baja médica tras intervención quirúrgica de rodilla izquierda por rotura del ligamento cruzado anterior (LCA), es una conducta que justifica el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual, ex artículo 54.2.d) del ET. El caso presenta algunas particularidades que conviene tener en cuenta; a saber:

- La lesión que padece el trabajador es musculoesquelética (cirugía tras rotura del LCA).
- El trabajador no se limita a practicar pádel, sino que participa en un torneo (competición).
- El torneo de pádel tuvo una duración de tres días consecutivos.
- El trabajador fue uno de los vencedores del torneo.
- Una vez finalizado el torneo, el trabajador continuó más tiempo de baja médica (sin reincorporarse al trabajo).
- El informe médico emitido por el facultativo tras consulta celebrada pocos días antes del inicio del torneo, refleja que el trabajador va lento en su mejoría, notando crujidos en la extensión y comenzando a caminar un poco, pues hasta entonces no podía hacerlo más de un cuarto de hora.
- En definitiva, se trata de dilucidar si, a la vista de las circunstancias del caso concreto, practicar deporte durante la situación de incapacidad temporal (IT) por un trastorno musculoesquelético, y además hacerlo a nivel de competición, es una conducta dotada de suficiente gravedad e intencionalidad que justifica el despido disciplinario porque, o bien perturba y compromete la curación del trabajador, o bien pone de manifiesto una voluntad clara de demorar la recuperación efectiva de la dolencia, o bien evidencia su aptitud para trabajar con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa.

IV. Posiciones de las partes

1. La parte recurrente (trabajador despedido)

La parte recurrente articula un único motivo en su escrito de interposición del recurso de suplicación, basado en la infracción de normas sustantivas, ex artículo 193.c) de la LRJS. Concretamente, el trabajador despedido señala que el JS ha realizado una interpretación errónea de los arts. 54.2.d) y 58 del ET, en relación con los arts. 49 y 60.4 del Convenio Colectivo de empresa. El trabajador considera que la conducta enjuiciada (participación durante 3 días seguidos en un campeonato de pádel, estando de baja médica tras una intervención quirúrgica por rotura de LCA) es impropia y censurable, pero no merece el despido disciplinario porque la empresa no ha acreditado que tal hecho empeore o retrase su curación. El trabajador recurrente también alega que con su participación en el torneo de pádel buscaba potenciar la musculatura de la zona lesionada.

2. La parte recurrida (empresa)

La empresa se opone al recurso de suplicación, manifestando que la participación del trabajador en una competición de pádel estando de baja médica tras una intervención quirúrgica de rodilla por rotura de LCA perjudica su proceso de recuperación y puede producir una nueva rotura. La empresa concluye que dicha conducta justifica el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, ex artículo 54.2.d) del ET.

V. Normativa aplicable al caso

La Sala de lo Social del TSJ de Aragón fundamenta su resolución en el **Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)**:

- El artículo 54.2.d) del ET dispone que, a efectos del despido disciplinario, se considera incumplimiento contractual *La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo*.
- El artículo 58 del ET, intitulado “Faltas y sanciones de los trabajadores”, dispone:

1. *Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable.*

2. *La valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la dirección de la empresa serán siempre revisables ante la jurisdicción social. La sanción de las faltas graves y muy graves requerirá comunicación escrita al trabajador, haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan.*

3. *No se podrán imponer sanciones que consistan en la reducción de la duración de las vacaciones u otra minoración de los derechos al descanso del trabajador o multa de haber.*

La Sala de lo Social del TSJ de Aragón aclara que la sentencia de instancia no ha infringido las disposiciones del Convenio Colectivo de empresa invocadas en su recurso por el trabajador. Concretamente:

- No se aprecia la infracción del artículo 49 del Convenio Colectivo de empresa, referido a la mejora del subsidio de IT por accidente no laboral o enfermedad común, que nada tiene ver con la cuestión debatida en el proceso.
- No se aprecia infracción del artículo 60.4 del Convenio Colectivo de empresa, que tipifica las conductas consideradas faltas muy graves, incluyendo en su apartado 11 *Todas las consignadas en el art. 54.2 del Estatuto de los Trabajadores, consideradas como causas justas de despido.*

VI. Doctrina básica

La doctrina de la STSJ de Aragón-SOC núm. 851/2022, de 21 de noviembre, se condensa en las ideas siguientes:

- **Primera idea. Sobre la dificultad de unificar doctrina en materia de despido disciplinario.** El enjuiciamiento de un despido disciplinario debe hacerse de forma gradualista, es decir, buscando la necesaria proporción entre la infracción cometida por el trabajador y la sanción disciplinaria, y para ello es preciso aplicar un criterio individualizador que valore las circunstancias de cada caso concreto. La aplicación de la teoría gradualista para enjuiciar las conductas constitutivas de despido disciplinario hace que este no sea una materia propia de unificación de doctrina ante la dificultad o imposibilidad de cumplir el requisito de

contradicción entre la sentencia recurrida y la aportada de contraste; es decir, ante la dificultad o imposibilidad de apreciar que los hechos, fundamentos y pretensiones de la sentencia recurrida y de la sentencia de contraste son sustancialmente iguales, ex artículo 219.1 de la LRJS.

- **Segunda idea. Sobre la procedencia del despido disciplinario de un trabajador que práctica pádel estando de baja médica tras una intervención quirúrgica por rotura de LCA.** Varias consideraciones al respecto:
 - Primera consideración. Una de las conductas que justifica el despido disciplinario por transgresión de la buena contractual es la realización de determinadas actividades durante la situación de baja médica (IT) que perjudican el proceso de recuperación.
 - Segunda consideración. La intervención quirúrgica por rotura de LCA precisa posteriormente un tiempo estimado de 6 meses para que la rodilla recupere su funcionalidad; es decir, esta cirugía requiere un periodo prolongado de baja médica (IT).
 - Tercera consideración. Tras una cirugía de LCA, la práctica de deportes de impacto en la articulación de rodilla, como es el pádel, está contraindicada durante el tiempo estándar de recuperación de 6 meses porque no solo retrasa la curación, sino que incluso puede provocar una nueva rotura de ese ligamento.
 - Cuarta consideración. Hay que diferenciar entre los ejercicios de rehabilitación que el trabajador debe realizar para su recuperación tras una cirugía por rotura del LCA y la práctica de determinados deportes que, como el pádel, perturban la curación y afectan al proceso de baja médica.
 - Quinta consideración. La participación del trabajador en un torneo de pádel estando de baja médica (IT) tras una intervención quirúrgica de LCA perturba su recuperación, merece ser sancionada, y justifica el despido disciplinario por transgresión de la buena contractual. La conducta infractora se agrava más si cabe por la duración del torneo (tres días consecutivos) y por resultar el trabajador campeón.

VII. Parte dispositiva

La Sala de lo Social de lo Social del TSJ de Aragón ha decidido:

- Desestimar el recurso de suplicación núm. 813/2022, interpuesto por el trabajador contra la sentencia del JS de Huesca, de 13 de mayo de 2022 (autos núm. 755/2021), dictada en juicio promovido por el recurrente contra la empresa.
- Confirmar la sentencia del JS de Huesca, de 13 de mayo de 2022 (autos núm. 755/2021), que desestima la demanda de despido disciplinario dirigida por el trabajador frente a la empresa y declara su procedencia.
- Sin condena al pago de las costas, ex artículo 235.1 de la LRJS.

VIII. Pasajes decisivos

La Sala de lo Social del TSJ de Aragón fundamenta su Fallo en los argumentos siguientes:

- *La introducción en el ámbito de la jurisdicción social del recurso de casación para unificación de doctrina supuso la práctica desaparición de sentencias del Tribunal Supremo que enjuiciasen despidos disciplinarios, ya que, caracterizados éstos por la singularidad de las circunstancias del caso, resulta muy difícil establecer supuestos iguales que permitan unificación de doctrina. Por esa razón las pautas*

jurisprudenciales con las que hemos de contar en esta materia son las fijadas antes del año 1990.

- *No toda actividad desarrollada durante la situación de incapacidad laboral transitoria puede calificarse como una conducta desleal sancionable con el despido, sino sólo aquella que, dotada de suficiente gravedad e intencionalidad y a la vista de las circunstancias concurrentes - en especial, la índole de la enfermedad y las características de la ocupación -, sea susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencie la aptitud laboral de éste con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa.*
- *Es notorio que las exigencias de extremidades inferiores para la práctica de ese deporte (pádel) son importantes, como evidente resulta que esas exigencias no son en absoluto acordes con el proceso de recuperación que estaba prescrito.*
- *La alegación de recurso referida a que con la participación en ese torneo se perseguía potenciar la musculatura no resulta verosímil, ya que una cosa es la práctica de unos ejercicios de rehabilitación acordes con la lesión que se quiere regenerar y otra el esfuerzo exigente que requiere dicho deporte, en el que no hay duda que el Sr. Jesús puso todo su empeño, puesto que fue uno de los vencedores del torneo. Además, ha de destacarse que al finalizar dicho torneo el Sr. Jesús no se reincorporó a su puesto de trabajo, manteniéndose de baja médica*

IX. Comentario

1. Introducción

La STSJ de Aragón-SOC núm. 851/2022 invita a reflexionar sobre los criterios que vienen aplicando los órganos judiciales para valorar si la realización de actividades deportivas en el curso de un proceso de incapacidad temporal (IT) es una conducta sancionable por la empresa y, de serlo, si el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual, ex art. 54.2.d) del ET, resulta una sanción proporcional. Antes de nada, conviene recordar cuatro aspectos; a saber:

Primer aspecto: para que el desarrollo de una actividad deportiva por quien se encuentra en situación de IT pueda sancionarse con despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual, ex artículo 54.2.d) del ET, es preciso que la actividad deportiva en cuestión perturbe la curación, alargue la duración de la enfermedad (lesión) causante de la IT o ponga de manifiesto que el trabajador ha recuperado la aptitud para el desempeño de su puesto de trabajo, con la consiguiente simulación. La realización de actividades deportivas incompatibles con la baja médica comporta un perjuicio tanto para los intereses públicos de la Seguridad Social como para los intereses privados de la empresa e incluso de los compañeros de trabajo, y es que:

- La Seguridad Social está proporcionando prestaciones sanitarias y una prestación económica (subsido IT) a quien no está impedido para trabajar, asumiendo su coste. Cuando la IT deriva de contingencias profesionales, lo habitual es que sea una Mutua quien asuma los costes.
- La empresa sigue abonando las cotizaciones por un trabajador que temporalmente no presta servicios. El gasto empresarial puede incrementarse si el convenio colectivo prevé el pago de la mejora de la prestación de IT, y también cuando se contrata a una persona para la sustitución del trabajador en IT, ex artículo 15.3.párrafo 1º ET.

• Los compañeros de trabajo puede que asuman todas o parte de las funciones del trabajador que está de baja por IT si la empresa no suscribe un contrato de trabajo para sustituirlo.

Segundo aspecto: las empresas suelen adoptar el despido disciplinario por transgresión de la buena contractual y abuso de confianza, ex artículo 54.2.d) del ET, tras el alta médica del trabajador y su reincorporación al puesto de trabajo. Nótese que el despido disciplinario adoptado con fecha posterior al 14 de julio de 2022 podría declararse nulo de pleno derecho si la empresa lo adoptase estando el trabajador de baja médica, alegándose discriminación por razón de enfermedad, ex artículos 2, 3.1.a) y 9.1 de la Ley 15/2022, en relación con el artículo 55.5 del ET.

Tercer aspecto: para enjuiciar la conducta del trabajador y determinar si es sancionable con despido disciplinario, el órgano judicial solo puede tomar en cuenta los hechos imputados por la empresa en la carta de despido. Así, los hechos consignados en la carta de despido condicionan los términos del proceso y delimitan el contenido de la sentencia en lo relativo a la calificación (procedente, improcedente, nulo). El órgano judicial no puede admitir la invocación en el acto de juicio de hechos distintos de los que constan en la referida comunicación (artículo 105.2 LRJS), ni fundamentar la calificación del despido disciplinario en circunstancias fácticas no recogidas en ella (artículo 108.1 LRJS).

Cuarto aspecto: el tratamiento jurídico de la cuestión de fondo ahora examinada (compatibilidad o incompatibilidad entre la participación en una competición deportiva y la situación de IT por trastorno musculoesquelético) exige estar a las circunstancias del caso concreto, siendo harto difícil encontrar dos casos idénticos o similares. Por ello, la unificación de doctrina en materia de despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual es casi imposible dada la dificultad de cumplir con el requisito de contradicción, ex artículo 219.1 de la LRJS, que viene dado por la identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones entre la sentencia recurrida en unificación de doctrina y la aportada de contraste.

2. Criterios utilizados para ponderar la adecuación de la sanción disciplinaria al incumplimiento del trabajador

En caso de lesiones musculoesqueléticas, la doctrina judicial señala que la práctica de una actividad deportiva durante la baja médica no es censurable si resulta acreditado que el facultativo la recomendó al trabajador, por ejemplo, para reforzar la musculación. En este sentido, hay casos en que, ante determinadas lesiones de rodilla, el facultativo recomienda o no ve contraindicación en que el trabajador realice ejercicios de fortalecimiento de cuádriceps mediante bicicleta. En tal caso, la práctica de ciclismo estando de baja médica por una lesión de rodilla no sería sancionable por la empresa, porque no obstaculiza la curación ni resulta incompatible con la concreta dolencia; la práctica de ciclismo se autoriza porque puede facilitar una más rápida recuperación^[1]. En definitiva, practicar deporte estando de baja por un trastorno musculoesquelético no sería censurable por la empresa cuando el trabajador cuente con prescripción y supervisión médica. *A sensu contrario*, practicar deporte estando de baja por un trastorno musculoesquelético y en contra de las recomendaciones del facultativo, sería sancionable por la empresa. En este sentido, circular con una bicicleta de montaña, estando de baja por una lumbociatalgia irritativa L5-S1, resultaría censurable cuando la recomendación médica ha sido tener la columna vertebral en posición recta y precaución con las cargas de pesos, siempre muy limitadas; y es que, "para circular con una bicicleta, aunque sea de las denominadas de montaña, es preciso que la posición de conducción comporte que la columna no esté rígida y además que esté inclinada, y por mucha suspensión que porte la bicicleta, se produce un normal traqueteo que se ve agravado si se transita por caminos no asfaltados"^[2].

Junto al tratamiento médico prescrito y las pautas y recomendaciones emitidas por el facultativo, parece oportuno prestar atención al tipo de actividad física que el trabajador desarrolla mientras está de baja médica por un trastorno

musculoesquelético; y es que no es lo mismo realizar los ejercicios de rehabilitación indicados por el facultativo, que dar un paso más y practicar deporte sin supervisión médica, de forma más o moderada y con más o menos regularidad, o incluso ir más allá y participar en competiciones deportivas que requieren mayor exigencia física (y mental). Precisamente, la STSJ de Aragón-SOC núm. 851/2022 plantea la necesidad de valorar si la participación en competiciones deportivas estando de baja médica por un trastorno musculoesquelético es una conducta censurable por la empresa y, de serlo, si lo proporcional es adoptar la máxima sanción (despido disciplinario) o una sanción menor. La doctrina judicial mayoritaria declara que es sancionable participar en competiciones deportivas durante el periodo de IT por un trastorno musculoesquelético. De hecho, en el caso ahora enjuiciado, el propio trabajador despedido reconoce que su participación en una competición de pádel estando de baja médica tras una operación de rodilla por rotura del LCA es una conducta censurable. Llegados a este punto, la cuestión pasa por determinar cuál es la sanción disciplinaria proporcional a tal conducta infractora. En el caso ahora examinado, el trabajador alega que el despido disciplinario es una sanción excesiva.

A la vista de las circunstancias del caso concreto, la doctrina judicial utiliza una serie de criterios para aplicar la teoría gradualista y determinar la proporcionalidad entre la conducta infractora y la sanción disciplinaria aplicable.

Primer criterio: la compatibilidad o incompatibilidad entre la práctica deportiva y la concreta dolencia padecida. La práctica de actividad deportiva durante una baja médica no es censurable por la empresa si resulta compatible con la dolencia que padece el trabajador. En este sentido, la doctrina judicial mayoritaria señala que practicar deporte, e incluso participar en competiciones deportivas, estando de baja por una dolencia de tipo psicológico (ansiedad, depresión, etc.) no es sancionable, máxime si queda acreditado que mejora el estado de salud del trabajador^[3]. No obstante, en ocasiones se ha confirmado la procedencia del despido disciplinario del trabajador que, estando de baja por ansiedad o depresión, realiza actividades deportivas incompatibles con dicha dolencia^[4]. Por otra parte, hay casos en los que el ejercicio físico forma parte del tratamiento médico prescrito para la recuperación del trabajador. En este sentido, cada vez más estudios científicos avalan el deporte físico de fuerza como tratamiento complementario en determinados pacientes oncológicos y siempre bajo supervisión médica. En definitiva, el primer criterio que hay que tener en cuenta para valorar si practicar deporte estando de baja médica resulta sancionable es el tipo de lesión que determina la IT del trabajador y su compatibilidad o incompatibilidad con el ejercicio físico, en general, y la actividad deportiva, en particular. Para identificar la compatibilidad entre la práctica deportiva y el trastorno musculoesquelético que padece un trabajador en IT, resulta de capital importancia prestar atención al tratamiento médico prescrito y a las pautas y recomendaciones del facultativo, pudiendo diferenciar, al menos, cuatro situaciones:

- **Primera situación.** La práctica deportiva forma parte del tratamiento médico prescrito para la recuperación del trabajador (paciente). Junto al tratamiento quirúrgico y/o el tratamiento farmacológico, el ejercicio físico y el deporte, más o menos moderados, puede que formen parte del tratamiento prescrito para la recuperación del paciente. En estos casos, todo apunta a que la práctica deportiva durante la baja médica, en los términos fijados por el facultativo, no será sancionable por la empresa.
- **Segunda situación.** La práctica deportiva, aunque no forma parte del tratamiento prescrito, es recomendada por el facultativo o este la autoriza a petición del propio trabajador lesionado. En estos casos, todo apunta a que la práctica deportiva durante la baja médica, en los términos recomendados o autorizados, no será sancionable por la empresa.
- **Tercera situación.** La práctica deportiva, aunque no forma parte del tratamiento prescrito ni ha sido expresamente recomendada ni autorizada por el facultativo, es compatible con la lesión porque no la agrava ni retrasa la recuperación. En estos casos, todo apunta a que la práctica deportiva

durante la baja médica será sancionable solo si la empresa acredita que agrava la lesión o retrasa la recuperación.

- **Cuarta situación.** La práctica deportiva ha sido desaconsejada por el facultativo, o incluso denegada expresamente. En estos casos, todo apunta a que la práctica deportiva durante la baja médica es sancionable por la empresa^[5].

Segundo criterio: las exigencias físicas de la actividad laboral y de la deportiva. Cabe entender que la práctica deportiva estando de baja médica no es sancionable si el esfuerzo físico que requiere es inferior al que precisa la actividad laboral del trabajador^[6]. A *sensu contrario*, la práctica deportiva es sancionable si resulta acreditado que alcanza cotas o exigencias mayores que las llevadas a cabo en la actividad laboral habitual^[7], es decir, si los requerimientos físicos y ergonómicos del puesto de trabajo son (mucho) más livianos que los de las pruebas deportivas en las que ha participado el trabajador estando de baja. Para valorar la intensidad y exigencia física de la actividad profesional suele utilizarse, a modo orientativo, el profesiograma y la Guía de Valoración Profesional del INSS.

Tercer criterio: el carácter competitivo de la actividad deportiva. La actividad deportiva enmarcada dentro de un campeonato o torneo exige normalmente un esfuerzo y una tensión mayores que aquella que carece de carácter competitivo. Así, la probabilidad de que la actividad deportiva repercuta negativamente en la recuperación del trabajador en IT suele ser mayor cuando se desarrolla en el marco de una competición.

Cuarto criterio: la duración de la competición deportiva. No es lo mismo que la competición dure un solo día que varios días; y si dura varios días, conviene diferenciar según sean o no consecutivos, es decir, según haya o no jornada/s de descanso para recuperar. Además, aun cuando la competición se celebre un solo día, conviene tener en cuenta que requiere una preparación y entrenamientos previos más o menos intensos y continuos. En definitiva, la frecuencia y regularidad en el ejercicio de la actividad deportiva es un criterio a tener en cuenta.

Quinto criterio: el número de actos deportivos (cantidad). No es lo mismo participar en una sola competición que hacerlo en varias durante un mismo proceso de IT. Además, aun cuando el trabajador participe en una sola competición, no es lo mismo hacerlo en una sola prueba que en varias pruebas. El número de hechos deportivos imputados es relevante; y es que, a mayor número de actos deportivos, lo habitual es que haya mayor riesgo de agravación de la lesión.

Sexto criterio: la notoriedad pública que tiene la participación en una competición deportiva y la repercusión que ello pueda ocasionar en la reputación del trabajador y de la empresa. La participación del trabajador en una competición deportiva durante el periodo de IT puede dañar la reputación del trabajador, especialmente si tiene un nivel profesional alto y responsabilidades importantes, al tiempo que suponer un escándalo para la empresa, que ha de asumir que un empleado de especial significación utilice el periodo de IT para dedicarse a la práctica del deporte competitivo.

Séptimo criterio: la culminación de la competición y el puesto en la clasificación. No es lo mismo culminar la competición deportiva que retirarse antes de finalizarla por molestias asociadas a la lesión. Asimismo, no es lo mismo ganar la prueba deportiva que ocupar en la clasificación un puesto alejado del primero. Culminar la competición y además ganarla o quedar en buena posición comportan una exigencia física significativa, lo cual muestra que, o bien el trabajador es apto para reincorporarse al trabajo y actúa fraudulentamente para continuar de baja, o bien que la participación en la competición deportiva puede retrasar la curación o agravar la dolencia.

Más allá de los siete criterios apuntados, cuando la participación en una competición deportiva estando de baja médica por trastorno musculoesquelético comporta una infracción, la doctrina judicial suele tomar en cuenta una serie de circunstancias para graduar la sanción disciplinaria, pudiendo atenuarse en algunos casos y, por tanto, desechando el despido disciplinario por excesiva. Cabe señalar, entre otras, las siguientes circunstancias:

Primera circunstancia: el tiempo transcurrido desde el inicio del proceso de IT hasta la participación en la competición deportiva y la mejora experimentada durante ese tiempo. El tiempo de recuperación en algunas lesiones musculoesqueléticas es de meses. Cabe entender que, a mayor tiempo transcurrido desde el inicio de la baja, mayor habrá sido la mejora del estado de salud, de tal modo que se reduce el riesgo de agravación o empeoramiento por participar en la competición deportiva, quedando así atenuada la sanción disciplinaria. *A sensu contrario*, la participación en una competición deportiva a los pocos días de iniciar el proceso de IT conlleva un mayor riesgo de agravación de la dolencia, lo cual puede justificar una sanción disciplinaria en mayor grado.

Segunda circunstancia: la correspondencia entre la duración del periodo de IT con el inicialmente previsto. Si la duración del periodo de IT supera con creces la inicialmente prevista, puede ser un hecho indicativo de que la práctica deportiva está retrasando la recuperación y, por tanto, justificativo de la sanción máxima. Sin embargo, el hecho de que la duración del periodo de IT no supere el previsto, puede tomarse en cuenta como atenuante de la sanción máxima.

Tercera circunstancia: el tiempo transcurrido entre la participación en la competición deportiva y la posterior alta médica por curación. La sanción disciplinaria puede quedar atenuada, e incluso el trabajador inmune, si el periodo de tiempo transcurrido entre la fecha de celebración de la competición deportiva y la del alta médica por curación es muy breve (pocos días); y es que ello muestra no solo que el trabajador participó en la competición deportiva tras mejorar notablemente de su dolencia, sino además que el hecho de participar en la competición no retrasó su alta médica.

Cuarta circunstancia: la puesta en conocimiento de la empresa y del personal sanitario de la participación en la competición deportiva. No es lo mismo que la empresa tenga noticia de la participación en una competición deportiva a través de los medios de comunicación, de las redes sociales o por la información que facilita un detective privado contratado al efecto, que sea el propio trabajador quien lo comunica, incluso antes de celebrarse. Cabe entender que la sanción disciplinaria queda atenuada cuando el trabajador no actúa de manera clandestina, sino que comunica a la empresa y al facultativo médico su participación en la competición deportiva, y más todavía si lo hace con carácter previo.

Quinta circunstancia: la razón que lleva a participar en la competición deportiva. La sanción disciplinaria puede atenuarse si la decisión de participar en la competición no viene presidida por ánimo de ganarla, por ánimo de lucro o similar o por el afán de prolongar la baja. Así, uno hecho que puede contribuir a aminorar la sanción es que la competición deportiva no tenga carácter profesional ni premio alguno. La sanción podría quedar atenuada cuando, por ejemplo, la participación en una carrera popular viene motivada por la sola pulsión de quien acostumbra a correr y de la propia satisfacción de retomar la normalidad previa a la lesión. En tal caso, la dificultad reside en acreditar el motivo que conduce al trabajador a competir.

Sexta circunstancia: la distancia que separa el lugar de residencia y trabajo del lugar de celebración de la competición. La sanción disciplinaria máxima (despido) puede resultar proporcional cuando el trabajador participa en una competición que se celebra a una gran distancia geográfica respecto a su lugar de residencia o trabajo, obligando incluso a trasladarse a otro país; y es que el solo hecho de tener que realizar un desplazamiento tan largo puede dificultar la recuperación. Sin

embargo, si la participación en una competición requiere un mínimo desplazamiento, este hecho puede atenuar la sanción disciplinaria.

Séptima circunstancia: la recaída o no en la situación de IT por participar en una competición deportiva. La sanción disciplinaria puede situarse en su grado máximo cuando la baja médica comporta una recaída de un proceso previo de IT, habiendo contribuido a ello la participación en la competición deportiva.

Octava circunstancia: la antigüedad del trabajador en la empresa y la existencia de sanciones previas. La sanción disciplinaria puede atenuarse cuando la conducta infractora del trabajador se enmarca en una relación laboral que cuenta con una elevada antigüedad sin infracción hasta ese momento. Si no ha habido infracciones previas, la conducta sancionable no comporta reiteración, lo cual puede atenuar la sanción disciplinaria. Nótese que muchos convenios colectivos contemplan la sanción máxima de despido por infracción muy grave para el caso de que el trabajador acumule previamente varias infracciones graves.

Novena circunstancia: la entrega en plazo del parte de baja y de los sucesivos partes de confirmación de la baja. La sanción disciplinaria puede agravarse si el trabajador, además de participar en competiciones deportivas incompatibles con la lesión que causa la baja, no entrega a la empresa en plazo el parte de baja y/o los posteriores partes de confirmación de la baja. Nótese que, a partir del 1 de abril de 2023 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto 1060/2022), aunque el facultativo seguirá entregando al trabajador una copia del parte de baja, confirmación o alta, el trabajador ya no tendrá la obligación de entregar los partes a su empresa; el servicio público de salud o, en su caso, la mutua o la empresa colaboradora remitirá los datos contenidos en los partes médicos de baja, confirmación y alta al INSS por vía telemática, de manera inmediata, y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente al de su expedición.

2. Despido disciplinario procedente por participar en competición deportiva estando de baja médica por trastorno musculoesquelético

En los casos apuntados a continuación, la doctrina judicial ha declarado la procedencia del despido disciplinario por participar en competiciones deportivas estando de baja médica a causa de un trastorno musculoesquelético:

- **STSJ de Galicia, Sala Social, de 19 de junio de 2001 (Recurso de suplicación núm. 2526/2001. ECLI:ES:TSJGAL:2001:5075):** se declara procedente el despido disciplinario de un trabajador que, estando de baja médica por un esguince de tobillo, participa como titular en un partido de fútbol de competición oficial de la Liga de 2ª Regional; además, el trabajador no remite en plazo el parte de baja y los posteriores partes de confirmación de la baja, con el consiguiente perjuicio para la organización empresarial.
- **STSJ de Galicia, Sala Social, de 28 de enero de 2002 (Recurso de suplicación núm. 6231/2001. ECLI:ES:TSJGAL:2002:687):** se estima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa frente a la sentencia que declaró la improcedencia del despido disciplinario de un trabajador que, estando de baja por diversas lesiones a nivel cervical (cervicoartrosis, radiculopatía, polidiscopatía y hernia discal), participa en el Campeonato Gallego de Compact Sporting, organizado por la Federación Gallega de Caza, en el que obtiene un segundo puesto. La Sala declara procedente el despido disciplinario porque el trabajador decide participar en una competición oficial de tiro sin haberse acreditado la solicitud de autorización previa a su médico, ni la comunicación previa de su realización a la empresa; y solamente después de ser despedido requiere las autorizaciones de sus médicos habituales, las cuales se refieren a la práctica del tiro, sin referirse a su práctica a nivel de competición oficial, y, en todo caso, son posteriores a la realización de la actividad, de donde no acreditan de modo absolutamente decisivo que, en el momento de su realización, dicha actividad fuese indiferente a los efectos de la enfermedad, ya que, en atención a

la evolución del proceso patológico, no es irrazonable considerar que, en unos momentos de mayor agudización, resultan irrealizables determinadas actividades que, en otros momentos acaso no muy lejanos en el tiempo, son realizables e incluso pueden estar recomendadas.

• **STSJ de Cataluña-SOC núm. 9112/2004, de 20 de diciembre (Recurso de suplicación núm. 7025/2004. ECLI:ES:TSJCAT:2004:14671):** se declara procedente el despido disciplinario de un trabajador de profesión de tejedor que, estando de baja por lumbalgia, participa en varias competiciones deportivas de carrera de fondo y realiza entrenamientos previos. El trabajador es atleta semiprofesional y en su tiempo libre es monitor de atletismo. La Sala recuerda que, según ha quedado acreditado en la instancia, durante los episodios de lumbalgia es necesario evitar actividades que sobrecarguen la columna vertebral, entre las que se incluyen correr, saltar, etc. La Sala declara que la máxima sanción disciplinaria (despido) no queda atenuada por el hecho de que el trabajador no haya sido sancionado en los 23 años de antigüedad que acumula en la empresa.

• **STSJ del País Vasco, Sala Social, de 1 de abril de 2008 (Recurso de suplicación núm. 279/2008. ECLI:ES:TSJPV:2008:648):** se declara procedente el despido disciplinario de un trabajador que, estando de baja médica por una crisis de lumbociatalgia, participa en dos pruebas de marcha: la primera, una marcha de 14 horas, y la segunda, una marcha cronometrada de 25 km por un itinerario de montaña, que termina ganando. Los argumentos para declarar la procedencia del despido disciplinario son los siguientes: 1) una cosa es caminar con mayor o menor intensidad para mejorar el problema de lumbociatalgia, y otra distinta competir en pruebas deportivas en las que hay que cubrir largas distancias, e incluso subir montes; 2) el hecho de ganar una de las pruebas deportivas evidencia que la situación física del trabajador no le impide trabajar, y es que el esfuerzo físico que requiere su puesto de trabajo de encargado es muy inferior al desarrollado en cualquiera de las pruebas deportivas en las que ha participado; y 3) la participación en pruebas deportivas de gran exigencia física no solo no mejora la curación de la lumbociatalgia, sino que la empeora.

• **STSJ de Galicia-SOC núm. 5184/2010, de 29 de octubre (Recurso de suplicación núm. 2940/2010. ECLI:ES:TSJGAL:2010:10094):** se declara procedente el despido disciplinario de un trabajador que, estando de baja por esguince en ambas muñecas, milita en un equipo de fútbol sala que compite en el campeonato de 2ª división local de la Delegación Ferrolana de la Federación Gallega de Fútbol Sala. La Sala considera que, aunque el fútbol sala es un deporte en el que se manejan principalmente las extremidades inferiores y el trabajador tiene afectadas ambas muñecas, no puede desconocerse que, por los lances del juego -encontronazos, caídas-, el compromiso físico del fútbol abarca todo el cuerpo humano, de modo que, ejercitar ese deporte en régimen de competición, aunque sea amateur, supone una perturbación en la curación de cualesquiera dolencias de carácter osteoarticular, incluidos los esguinces de las muñecas.

• **STSJ de Galicia-SOC núm. 5413/2011, de 30 de noviembre (Recurso de suplicación núm. 3355/2011. ECLI:ES:TSJGAL:2011:9724):** se declara procedente el despido disciplinario de un trabajador que, estando de baja médica por lumbociatalgia, participa en dos torneos de petanca.

• **STSJ de Andalucía/Sevilla-SOC núm. 2693/2013, de 10 de octubre (Recurso de suplicación núm. 2762/2012. ECLI:ES:TSJAND:2013:9555):** se declara procedente el despido disciplinario de un trabajador que, estando de baja médica por ciática, entrena un equipo de fútbol infantil, realizando todo tipo de ejercicios físicos tales como correr, saltar, agacharse, coger objetos de peso, etc., algo, señala la Sala, totalmente incompatible con la patología que padece. Nótese que la doctrina judicial ha abordado casos de trabajadores que, estando de baja médica por trastorno musculoesquelético, participan en competiciones

deportivas no solo como deportistas, sino también como entrenadores, tal como suceden en este caso.

• **STSJ de Andalucía/Granada-SOC núm. 2202/2013, de 28 de noviembre (Recurso de suplicación núm. 1816/2013. ECLI:ES:TSJAND:2013:12738):** se estima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa frente a la sentencia de instancia, que declaró la improcedencia del despido. El TSJ de Andalucía declara procedente el despido disciplinario de un trabajador, que estando de baja por fractura de escafoides carpiano (muñeca), participó en cinco partidos oficiales de fútbol de la 1ª División andaluza senior (competición de fútbol federado). La Sala considera que, aun cuando la práctica de fútbol no retrasó la curación del trabajador, no puede negarse que dicho deporte está contraindicado al poder producir un empeoramiento de sus dolencias, pues se está ante la práctica del fútbol de forma reiterada y, por otra parte, se juega no sólo con los pies, sino con todo el cuerpo, con contactos, encuentros, golpes y riesgos de caídas, que son más frecuentes que se produzcan en competición federada, lo que evidentemente es inconveniente respecto al tratamiento de la lesión y puso en peligro o pudo retrasar su curación.

• **STSJ de Castilla y León/Valladolid, Sala Social, de 5 de noviembre de 2015 (Recurso de suplicación núm. 1790/2015. ECLI:ES:TSJCL:2015:5198):** se declara procedente el despido disciplinario de un trabajador que, estando de baja médica por lumbalgia crónica, participa en tres carreras populares de atletismo. La Sala recuerda que una cosa es la práctica deportiva con fines terapéuticos respecto de quien se encuentra de baja laboral por una lumbalgia, siendo que un ejercicio moderado, prescrito por facultativo o especialista y siempre controlado, puede ayudar a potenciar la musculatura lumbar y minimizar la clínica álgida, ayudando a una más rápida recuperación, y otra la práctica de atletismo de competición, claramente contraindicada, por su nivel de exigencia y esfuerzo tanto en su preparación como desarrollo, con inevitable repercusión en columna vertebral (carrera, saltos, esfuerzos de cintura de manera prolongada, etc.). La Sala destaca que el trabajador no comunicó en momento alguno su participación en las pruebas de atletismo a la empresa ni al facultativo que cursó la baja médica y seguía su evolución, y que la participación en tales pruebas únicamente podría provocar un empeoramiento de su padecimiento lumbar. La Sala añade que el desempeño de su actividad laboral, como encargado responsable de tienda, no exige mayor esfuerzo o requerimientos físicos que la práctica de atletismo, llamando poderosamente la atención que comenzara a entrenar al día siguiente de su baja médica y prosiguiera sin mayores incidencias.

• **STSJ del País Vasco-SOC núm. 802/2016, de 26 de abril (Recurso de suplicación núm. 740/2016. ECLI:ES:TSJPV:2016:1173):** se declara procedente el despido disciplinario de un trabajador con una discapacidad que afecta al sistema osteoarticular y al aparato circulatorio y que, estando de baja médica por una espondilitis anquilosante, participó en una prueba ciclista de 110 km, con ascenso a tres puertos de montaña, empleando para ello 4 horas y 44 minutos. La Sala declara que la participación del trabajador en la competición evidencia no solo un excelente estado físico, sino también una intensa preparación o entrenamiento en los días precedente. La Sala concluye que, si el trabajador demostró ser capaz de realizar dicha prueba ciclista, con mayor razón demuestra también que es capaz de trabajar, sobre todo teniendo presente que su puesto de trabajo está exento de todo esfuerzo físico.

• **STSJ de la Comunidad Valenciana-SOC núm. 1569/2017, de 13 de junio (Recurso de suplicación núm. 790/2017. ECLI:ES:TSJCV:2017:4894):** se declara procedente el despido disciplinario de un trabajador que, estando en situación de IT tras ser diagnosticado un cuadro clínico que afectaba a las articulaciones del tobillo y rodilla de la pierna derecha y que le impedían trabajos en bipedestación y la realización de esfuerzos físicos prolongados, participa en

tres eventos deportivos realizados en bicicleta de montaña, en los que se fuerzan considerablemente dichas articulaciones. La Sala declara que las carreras en bicicleta de montaña en régimen de competición suponen una alta exigencia física al desenvolverse principalmente en caminos de tierra situados en terrenos en ocasiones extremadamente quebrados, que no contribuyen precisamente a mejorar lesiones que padece el trabajador y para las que solo se aconseja actividades deportivas beneficiosas, como la natación o incluso la bicicleta estática, siempre con moderación.

• **STSJ del País Vasco-SOC núm. 2361/2017, de 28 de noviembre (Recurso de suplicación núm. 2296/2017. ECLI:ES:TSJPV:2017:3922)**: se declara procedente el despido disciplinario de un trabajador de profesión almacenero que, estando de baja tras una intervención consistente en osteotomía tibial de apertura mediante osteosíntesis con placa atornillada, participa en una marcha cicloturista de 182 km, con puertos de montaña de importante dificultad, quedando en la posición 62 e invirtiendo en el recorrido un tiempo de 7:17:57 horas. El trabajador inicio la baja 21 de enero de 2016 y la competición tuvo lugar el 1 de octubre de 2016. La Sala declara que el trabajador pudo haber traído al juicio a un médico que avalara la idea de que su estado no recomendaba trabajar pero que el entrenamiento y las competiciones de bicicleta por carretera fue lo que sí le recomendó para su mejor y más pronta recuperación. La Sala añade que esto no sería alterar la carga de la prueba, sino intentar desvirtuar hechos contundentes que jurídicamente solo merecen la confirmación de la procedencia del despido.

• **STSJ de Andalucía/Málaga-SOC núm. 1912/2018, de 21 de noviembre (Recurso de suplicación núm. 1407/2018. ECLI:ES:TSJAND:2018:13362)**: se declara procedente el despido disciplinario de una trabajadora, cuya profesión habitual es la de monitoria de gimnasia, y que, a los cuatro días de iniciar baja médica por lumbociática izquierda, decide participar en tres pruebas de una competición de natación. La Sala argumenta que, si la trabajadora estaba incapacitada para desplegar las funciones propias de monitora de gimnasia, y además por una patología física de tal calado y entidad, poco lógico resulta el que solamente cuatro días más tarde participe en una competición deportiva de marcado carácter físico, y no bastante con ello, en la práctica de un deporte, como es la natación, en el que se ven directamente implicadas las articulaciones y musculatura que tenía afectadas.

• **STSJ de Andalucía/Sevilla-SOC núm. 3335/2018, de 22 de noviembre (Recurso de suplicación núm. 4276/2017. ECLI:ES:TSJAND:2018:12185)**: se declara procedente el despido disciplinario de una trabajadora que, estando de baja médica tras intervención quirúrgica por síndrome del túnel carpiano en ambas manos, participa en una competición deportiva calificada de extrema dureza física. Concretamente, se trata de una prueba deportiva de 8 km, que combina la carrera por un circuito variado con el cruce de un río, consistente en la superación de diferentes obstáculos y el paso por una zona de fango. La trabajadora quedó en el puesto 29 de la clasificación.

• **STSJ de Baleares-SOC núm. 269/2020, de 2 de septiembre (Recurso de suplicación núm. 126/2020. ECLI:ES:TSJBAL:2020:690)**: se declara procedente el despido disciplinario de un trabajador que, estando de baja médica por dolor cervical irradiado a brazo derecho, participa como piloto de rally en una competición. La Sala argumenta que la actividad deportiva en cuestión “requiere movilidad y esfuerzo de los miembros superiores y está contraindicada para quien sufre una dolencia cervical dados los baches y curvas propios de estas competiciones con independencia de que se trate de grandes premios internacionales o de carreras locales”.

• **STSJ de Aragón-SOC núm. 851/2022, de 21 de noviembre (Recurso de suplicación núm. 813/2022. ECLI:ES:TSJAR:2022:1585)**: se declara procedente el despido disciplinario de un trabajador que, estando de baja médica

a causa de una cirugía de rodilla por rotura del LCA, participa durante tres días consecutivos en un torneo de pádel, en el que resulta ganador.

3. *Despido disciplinario improcedente de trabajador que participa en competición deportiva estando de baja por un trastorno musculoesquelético*

En los casos apuntados a continuación, la doctrina judicial ha declarado la improcedencia del despido disciplinario del trabajador que participa en competiciones deportivas estando de baja médica por un trastorno musculoesquelético:

• **STSJ de Castilla-La Mancha/Albacete-SOC núm. 628/2007, de 12 de abril (Recurso de suplicación núm. 100/2007. ECLI:ES:TSJCLM:2007:903):** se declara improcedente el despido disciplinario de un trabajador que, estando de baja médica por arterioesclerosis obliterantes grado II-B, participa en varios partidos del Campeonato de España de Veteranos de Tenis de Mesa. La Sala considera que la sanción disciplinaria de despido es desproporcional porque el tenis de mesa forma parte de la vida diaria del trabajador, que además lleva más de 38 años en la empresa sin tacha alguna.

• **STSJ de Castilla y León/Burgos-SOC núm. 573/2012, de 19 de julio (Recurso de suplicación núm. 508/2012. ECLI:ES:TSJCL:2012:3592):** se declara improcedente el despido disciplinario de un trabajador que, estando de baja médica por contusión de rodilla de la que es intervenido quirúrgicamente, participa en competiciones de motociclismo. El médico traumatólogo recomendó al trabajador, dentro del tratamiento y para favorecer la musculatura de la pierna derecha, bicicleta estática, natación y ejercicios específicos con pesas, y dado que el trabajador (paciente) es un piloto de motociclismo, le aconsejó realizar pruebas físicas con la motocicleta, bajo supervisión médica, para comprobar tanto resistencia de dicha pierna como la resistencia psicológica, y así no perder la concentración y poder mejorar en los ejercicios mentales que realiza como piloto.

• **STSJ de La Rioja-SOC núm. 227/2016, de 18 de noviembre (Recurso de suplicación núm. 216/2016. ECLI:ES:TSJLR:2016:504):** se declara improcedente el despido disciplinario de un trabajador que, estando de baja médica por lumbociatalgia, participó en un torneo de críquet. La Sala destaca que el trabajador participó en el torneo en un estado muy avanzado del proceso de IT, cuando con el tratamiento rehabilitador instaurado había logrado una apreciable mejoría del cuadro clínico que lo motivó, realizó una actividad física durante breve tiempo y de forma no continuada (un corto lapso temporal por la mañana y otro también de escasa duración por la tarde), que era perfectamente compatible con la clara evolución favorable de su afección lumbar propiciada por las sesiones de fisioterapia a que había sido sometido, sin que tampoco la práctica deportiva que llevó a cabo en las condiciones descritas haya entorpecido su restablecimiento, como fácilmente se advierte a la vista de que escasos días más tarde fue dado de alta.

• **STSJ del País Vasco-SOC núm. 1416/2017, de 20 de junio (Recurso de suplicación núm. 1214/2017. ECLI:ES:TSJPV:2017:2230):** se declara improcedente el despido disciplinario de un trabajador que, estando de baja médica por un esguince de tobillo, participa en una carrera popular. La Sala declara que dicha conducta no merece ser sancionada con despido disciplinario porque: 1) la recomendación médica fue llevar una vida normal, dentro de las circunstancias; 2) el trabajador participa en la carrera pasados 20 días desde el esguince y habiendo referido en ese periodo mejoría en consulta médica; 3) el trabajador participa en una sola carrera, que no finaliza por notar molestias en su tobillo; y 4) el trabajador calentó durante 20 minutos antes de tomar la salida.

• **STSJ de Navarra-SOC núm. 270/2018, de 20 de septiembre (Recurso de suplicación núm. 250/2018. ECLI:ES:TSJNA:2018:339):** se declara improcedente el despido disciplinario de un trabajador que, estando de baja

médica tras cirugía de rodilla por rotura de LCA, practica ciclismo y participa en distintas pruebas de bicicleta de montaña. La Sala declara que la conducta del trabajador no merece ser sancionada con despido disciplinario porque: 1) la actividad de bicicleta fue recomendada por los facultativos como actividad de tonificación y mejora funcional, 2) el trabajador ha informado en todo momento al servicio médico de la progresiva intensidad de la actividad, actuando siempre con transparencia, y 3) la actividad deportiva ha sido relevante en la mejora del trabajador.

• **STSJ de Galicia-SOC núm. 2900/2019, de 25 de junio (Recurso de suplicación núm. 937/2019. ECLI:ES:TSJGAL:2019:4052)**: se declara improcedente el despido disciplinario de un trabajador que, estando de baja médica a causa de una cirugía de hombro por fractura de clavícula y tres arcos costales, practica ciclismo y participa en competiciones. La Sala entiende que, aunque el trabajador desoyó los consejos médicos iniciales y ocultó al servicio sanitario su actividad extralaboral, lo cierto es que “la ponderación de las circunstancias concurrentes, traducidas esencialmente en la no demora de su recuperación, así como su antigüedad en la empresa y la inexistencia de sanción previa, atenúan las notas de gravedad y culpabilidad inherentes al incumplimiento laboral para entender ajustado a Derecho el despido, descartando su encaje en una falta muy grave de deslealtad, ya como transgresión de la buena fe contractual, ya como manipulación con el fin de prolongar la baja médica, y nos llevan a calificar como desproporcionada la decisión empresarial que extinguió su contrato de trabajo que, por tanto, ha de calificarse como despido improcedente”.

• **STSJ del País Vasco-SOC núm. 1392/2019, de 9 de julio (Recurso de suplicación núm. 1174/2019. ECLI:ES:TSJPV:2019:2416)**: declara improcedente el despido disciplinario de un trabajador que participa en la carrera de San Silvestre estando de baja por un problema lumbar. La Sala declara que dicha conducta merece ser sancionada, pero no con el despido disciplinario, sino con una sanción menos severa, como puede ser la suspensión de empleo y sueldo. La Sala toma en cuenta dos circunstancias para ponderar la sanción aplicable: 1) el trabajador, que es comercial en una tienda de deportes, no ocultó a la empresa su participación en la carrera; y 2) el trabajador recibió el alta médica a los 4 días de su participación en la prueba deportiva, lo cual pone de manifiesto que este hecho no retrasó su curación y, si lo hizo, fue por un corto periodo de tiempo.

• **STSJ de Castilla-La Mancha/Albacete-SOC núm. 467/2020, de 8 de mayo (Recurso de suplicación núm. 296/2020. ECLI:ES:TSJCLM:2020:727)**: declara improcedente el despido disciplinario de un trabajador que, estando de baja médica tras cirugía por síndrome subacromial en hombro derecho y rotura manguito rotador de hombro dominante, participa hasta en diez carreras populares de atletismo de su provincia, ganando algunas de ellas. El facultativo autorizó expresamente al trabajador para realizar ejercicio de “carrera moderada” dos semanas después de la operación y mientras procedía a su rehabilitación. En este caso, una de las alegaciones de la empresa fue que la participación en varias competiciones (carreras) excedía de la autorización expresa recibida para realizar “carrera moderada”^[8].

• **STSJ de Galicia-SOC núm. 1088/2021, de 16 de marzo (Recurso de suplicación núm. 4359/2020. ECLI:ES:TSJGAL:2021:1562)**: se declara improcedente el despido disciplinario de una trabajadora de profesión dependienta que, estando de baja por una tendinitis calcificante de hombro, participa hasta en cinco carreras populares de atletismo. La trabajadora estuvo de baja por la referida lesión desde el 9 de julio de 2019 hasta el 7 de enero de 2020, que recibió el alta. La primera carrera en la que compitió fue al mes y medio de iniciar la baja (31 de agosto de 2019). La Sala declara improcedente el despido al resultar acreditado que la trabajadora se sometió a todo el tratamiento

indicado para la curación de su patología, sin que resulta probado haber eludido o intentado eludir el tratamiento o las revisiones médicas prescritas para ser evaluada de manera correcta por los facultativos. La Sala añade que no existe prueba de que la recuperación de la trabajadora fuese más lenta de lo habitual para esa patología concreta, de manera que en un principio debe entenderse que la curación siguió su curso habitual sin que se hubiese advertido por los profesionales médicos la concurrencia de circunstancias extraordinarias que impidiesen la recuperación.

X. Apunte final desde el Derecho comparado francés

Llegados a este punto y a modo de apunte final, merece la pena llamar la atención sobre un hecho, y es que el despido disciplinario por la participación del trabajador en competiciones deportivas durante una baja por trastorno musculoesquelético es un tema de actualidad y no residual ni exclusivo del Derecho del trabajo español; está presente en otros países, de ahí el interés en abordarlo desde el Derecho comparado. Y para muestra el siguiente ejemplo del Derecho francés:

La Sala de lo Social de la Corte de Casación francesa, en su reciente sentencia núm. 21-20.526, de 1 de febrero de 2023, declara no ajustado a Derecho el despido disciplinario de un trabajador que participó en catorce competiciones de bádminton en el transcurso de cinco bajas médicas por dolor de muñecas, brazos y cuello, entre octubre de 2016 y noviembre de 2017. La Sala francesa declara que no ha resultado acreditado que la participación del trabajador en competiciones deportivas durante los periodos de IT haya agravado su dolencia ni prolongado las bajas médicas, ni tampoco ocasionado un perjuicio económico, financiero ni organizativo a la empresa.

Referencias:

1. [^] *Por todas, vid., sentencia núm. 79/2020, de 11 de marzo, del JS núm. 2 de Badajoz (ECLI:ES:JSO:2020:1490); y STSJ de Murcia-SOC núm. 1107/2022, de 22 de noviembre (Recurso de suplicación núm. 374/2022. ECLI:ES:TSJMU:2022:2215).*
2. [^] *STSJ de Cataluña-SOC núm. 1159/2021, de 23 de febrero (Recurso de suplicación núm. 3701/2020. ECLI:ES:TSJCAT:2021:2215).*
3. [^] *La STSJ de Cataluña-SOC núm. 4410/2008, de 20 de mayo (Recurso de suplicación núm. 1665/2008. ECLI:ES:TSJCAT:2008:5309), confirma la sentencia de instancia, que declaró procedente el despido disciplinario de un trabajador que, estando de baja médica por cuadro depresivo causado por motivos laborales, participó en un torneo de hockey sobre hielo, jugando como portero en dos partidos. La Sala declara que el cuadro depresivo que presenta el trabajador no es incompatible con la práctica de tal deporte ni con la participación en torneos de veteranos, ni tampoco retrasa o complica su curación. La STSJ de Extremadura-SOC núm. 480/2019, de 30 de julio (Recurso de suplicación núm. 418/2019. ECLI:ES:TSJEXT:2019:891), confirma la sentencia de instancia, que declaró la improcedencia del despido disciplinario de un trabajador, que estando de baja médica por ansiedad y depresión, acudió al Campeonato Nacional de Fisiculturismo y Fitnes, quedando clasificado en segundo puesto dentro de la modalidad de culturismo. La STSJ de Andalucía-SOC núm. 745/2020, de 3 de junio (Recurso de suplicación núm. 2268/2019. ECLI:ES:TSJAND:2020:8797), confirma la sentencia de instancia, que declaró la improcedencia del despido de una trabajadora que, estando de*

baja médica por una patología psíquica, acudía al gimnasio y levantaba pesas. Se afirma que dicha actividad deportiva no es incompatible con la situación de IT de la trabajadora. La STSJ de Galicia-SOC núm. 3606/2020, de 17 de septiembre (Recurso de suplicación núm. 1978/2019. ECLI:ES:TSJGAL:2020:5230), confirma la sentencia de instancia, que declaró la improcedencia del despido disciplinario de un trabajador que presta servicios como monitor de educación física y, estando de baja médica por estado de ansiedad no especificado, participa en una competición de piragüismo. El caso tiene la particularidad de que el trabajador es deportista de alto rendimiento de la Federación Española de Piragüismo. El informe médico aportado como medio de prueba señala que el paciente presenta clínica ansiosa, con angustia, ansiedad somatizada y alteración de patrón de ingesta y de sueño, en relación a problemática laboral que afecta a su rendimiento personal (deportista en programa de alto rendimiento). El facultativo recomienda en la medida de lo posible mantener actividad física y se remite para abordaje psicológico. La STSJ de Madrid-SOC núm. 558/2022, de 13 de junio (Recurso de suplicación núm. 346/2022. ECLI:ES:TSJM:2022:8035), declara improcedente el despido disciplinario de un trabajador que, estando de baja médica por ansiedad, acude en cinco ocasiones a jugar al golf, habiendo participado en un torneo profesional de golf el día anterior al inicio de la baja médica.

4. ^ La STSJ de Cataluña-SOC núm. 5121/2002, de 11 de julio (Recurso de suplicación núm. 3741/2002. ECLI:ES:TSJCAT:2002:8720), declara procedente el despido disciplinario de un trabajador que, estando de baja con diagnóstico de ansiedad, participa durante ocho días consecutivos y seis horas diarias en un torneo internacional de ajedrez, sometido a unas exigencias y presión sin agravar su estado psíquico y anímico y es que para la práctica del ajedrez de competición se requiere una gran capacidad de cálculo, concentración, reflejos, resistencia física y serenidad, a fin de poder estudiar los movimientos del contrario para contrarrestarlos con eficientes jugadas, lo cual resulta difícil e incompatible con la recomendación médica de ansiolíticos y tranquilizantes, cuya función es la relajación del sistema muscular y nervioso y la disminución del tiempo de reacción. La STSJ de la Comunidad Valenciana-SOC núm. 3354/2018, de 13 de noviembre (Recurso de suplicación núm. 2856/2018. ECLI:ES:TSJCV:2018:5336), declara procedente el despido disciplinario de una trabajadora de profesión vendedora de productos frescos que, estando de baja por ansiedad, participa en varias pruebas de atletismo en la modalidad de salto de vallas. La STSJ del País Vasco-SOC núm. 484/2019, de 26 de febrero (Recurso de suplicación núm. 274/2019. ECLI:ES:TSJPV:2019:710), declara la procedencia del despido disciplinario de un trabajador, que estando de baja por un trastorno adaptativo de ansiedad relacionado con problemas laborales, practica un deporte (pádel) directamente relacionado con su actividad laboral (entrenador de pádel). La STSJ de Asturias-SOC núm. 1692/2020, de 13 de octubre (Recurso de suplicación núm. 1166/2020. ECLI:ES:TSJAS:2020:2237), declara procedente el despido disciplinario de una trabajadora que, estando de baja médica por ansiedad y depresión, se desplaza a más de 10.000 km de distancia (hasta Japón) para participar en una competición de lucha. La trabajadora tuvo conocimiento de su participación en el combate el día anterior al inicio de la IT, por lo que da pie a entender que la verdadera razón que motiva la baja no es un trastorno de ansiedad, sino la necesidad de disponer de los días necesarios para realizar un desplazamiento tan largo en distancia. Por otra

- parte, la dolencia diagnosticada tenía una previsión de duración de 20 días, pero la trabajadora se reincorpora mucho antes, justo tras la vuelta del viaje a Japón donde había competido.
5. ^ La STSJ de Andalucía-SOC núm. 1819/2020, de 24 de junio (Recurso de suplicación núm. 167/2019. ECLI:ES:TSJAND:2020:5793), confirma la sentencia del JS, que declara procedente el despido disciplinario de un trabajador que, estando de baja por una lumbociatalgia izquierda realiza varias actividades en contra de las recomendaciones médicas como, por ejemplo, dirigir activamente los entrenamientos de un equipo de fútbol infantil.
 6. ^ La STSJ de Extremadura-SOC núm. 473/2020, de 27 de noviembre (Recurso de suplicación núm. 388/2020. ECLI:ES:TSJEXT:2020:984), confirma la sentencia de instancia, que declara improcedente el despido disciplinario de un trabajador que, estando de baja por meniscopatía en rodilla derecha y condromalacia, practica ciclismo con frecuencia. La Sala considera, entre otros aspectos, que la intensidad y exigencia física de los entrenos de bicicleta no son mayores que las que despliega en su trabajo de oficial de primera de chapa y pintura.
 7. ^ La STSJ de Murcia-SOC núm. 1003/2022, de 25 de octubre (Recurso de suplicación núm. 297/2022. ECLI:ES:TSJMU:2022:2056), confirma la sentencia de instancia, que declara procedente el despido disciplinario de un trabajador con profesión de oficial de mantenimiento que, estando de baja médica por una lumbalgia, practicó con regularidad pádel, una actividad física que requiere de esfuerzos de la columna lumbar y movimientos bruscos y rápidos que afectan a la referida zona anatómica, pues una cosa es que se recomiende la realización de ejercicios físicos y otra diferente es que esos ejercicios sean bruscos, rápidos y reiterados, que alcanzan cotas o exigencias mayores que las que se llevan a cabo en la propia actividad laboral habitual.
 8. ^ La Sala declara que “la participación del trabajador en las carreras no puede considerarse como una manipulación efectuada para prolongar la baja pues aunque pueda resultar cuestionable que su participación en carreras de fondo a ese nivel -con un promedio al Km inferior a 3:50-, con el consiguiente entreno que las mismas exigían, no entorpeciera la curación de su patología de hombro, lo cierto es que contaba con el beneplácito del especialista en traumatología que lo llevaba (hecho probado tercero), por lo que en modo alguno podría apreciarse culpabilidad en su modo de proceder -entendida como una actitud directamente imputable al trabajador que de forma consciente y voluntaria hubiera actuado para empeorar su estado- y, por ende, no podría ser sancionado por ello”.

- § 10 **Panorama tras la entrada en vigor Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, en la calificación del despido cuando acaece durante baja por incapacidad temporal. Nueva consideración del concepto enfermedad.**

Óscar López Bermejo

Magistrado de la jurisdicción social (TSJ de Andalucía).

Resumen: *Trabajadora interpone demanda contra el despido disciplinario decidido por su empleadora y solicita la nulidad de la decisión extintiva, alegando la concurrencia de discriminación por considerar que la empresa acuerda el despido tras causar baja la demandante. Subsidiariamente, se reclama la improcedencia del despido. La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón, interpretando la Ley 15/2022, de 12 de julio, declara la nulidad del despido y razona que no es necesaria la anterior equiparación entre enfermedad y discapacidad, sino que la discriminación por enfermedad constituye un motivo de nulidad autónomo.*

Palabras clave: *Nulidad del despido. Discriminación por razón de enfermedad.*

Abstract: *A worker files a lawsuit against the disciplinary dismissal decided by her employer and requests the nullity of the decision to dismiss on the grounds of discrimination, considering that the company agrees to fire her after her medical discharge. In the alternative, the dismissal is claimed to be inadmissible. The judgment handed down by the Social Court No 1 of Gijón, interpreting Law 15/2022 of 12 July, declares the dismissal null and void and states that the previous equality between illness and disability is not necessary, but discrimination on grounds of illness is a self-standing ground of nullity.*

Keywords: *Nullity of the dismissal. Discrimination on grounds of illness.*

I. Introducción

La sentencia 419/2022 del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón, de 15 de noviembre de 2022¹, objeto de comentario, analiza la nueva concepción normativa en torno a la discriminación por razón de enfermedad, tras la regulación introducida al respecto por la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación², a los efectos de poder calificar como nulo el despido cuando hay indicios de que su causa radica en la situación de baja por incapacidad temporal de la trabajadora. Al examinar la cuestión, la sentencia de instancia considera que la nueva regulación citada permite dar por superada la exigencia de necesaria equiparación entre discapacidad y enfermedad, no siendo elemento esencial ningún tipo referencia en cuanto a su duración, y se reconoce como autosuficiente tal causa de discriminación.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón .

Número de sentencia y fecha: sentencia núm. 419/2022, de 15 de noviembre.

Tipo y número procedimiento: autos núm. 467/2022.

ECLI:ES:JSO:2022:3161

Fuente: CENDOJ

Juez: Ilmo. Sr. D. Fernando Ruiz Llorente.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Los hechos del caso litigioso

La demandante prestó servicios para MODAS AMISTAD GIJÓN S. L., por medio de contrato de trabajo indefinido a jornada completa desde el 8 de marzo de 2022, con la categoría profesional de dependienta, desarrollando sus servicios en las instalaciones de la empresa con establecimiento de venta al público de productos de moda.

El 27 de junio de 2022 la actora, a través de un mensaje de WhatsApp informó al hijo de una de las socias de la empresa demandada, que había recibido los resultados de una resonancia magnética y que se le había indicado una intervención quirúrgica, por lo que el día 29 de junio tendría que hacer el preoperatorio y el 30 del mismo mes cita con el anestesista.

El 7 de julio la empresa le informa a la trabajadora de la intención de extinguir el contrato y volverla a contratar cuando estuviera en condiciones para trabajar. Al día siguiente, 8 de julio de 2022, la actora causó baja por incapacidad temporal derivada de enfermedad común con el diagnóstico de "síndrome cervicobraquial", con una duración estimada de "largo" (90 días). El mismo día 8 de julio de 2022, la empresa entrega comunicación a la trabajadora donde le informa que *"se ha decidido proceder a su despido disciplinario con efectos del día 8 del presente, al no cumplir las expectativas para las que fue contratada. No obstante, ante la dificultad de probar los hechos anteriores, esta empresa ha decidido ejercitar la facultad prevista en el art. 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, reconociendo en este mismo momento la improcedencia de la decisión extintiva adoptada"*.

2. El juicio en instancia

La trabajadora demandó por despido -con acumulación de reclamación de cantidad- con petición principal de nulidad y, subsidiariamente, improcedencia. La Sentencia del Juzgado de lo Social 1 de Gijón de Madrid estimó la demanda formulada contra la empresa declarando la nulidad del despido con efectos al 8 de julio de 2022, condenando a la empresa a readmitir a la trabajadora y a abonarle los salarios de tramite.

IV. Posición de las partes

En lo relevante para la cuestión de la calificación del despido, la parte actora basa su petición de nulidad del despido entendiendo que existe discriminación en la decisión de la empleadora, pues tiene como causa la baja por incapacidad temporal de la demandante.

La empresa se opone a la nulidad del despido y se remite a la doctrina del Tribunal Supremo, en el sentido de que no toda decisión ilícita de la empresa supone una vulneración de derechos fundamentales y, en relación con la enfermedad, la incapacidad temporal no supone una discriminación, siendo precisa la equiparación a la discapacidad, circunstancia que no concurre en el presente caso.

En consecuencia, partiendo de lo anterior, el objeto de debate se centra en determinar si hay elementos para poder concluir que estamos ante un despido discriminatorio que permita atender a la petición principal de la trabajadora.

V. Normativa aplicable al caso

Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, en concreto, sus artículos 2.1, 26 y 30.1. Así:

- Art. 2.1 “Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

- Art. 26 “Son nulos de pleno derecho las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de esta ley”.

- Art. 30.1 “De acuerdo con lo previsto en las leyes procesales y reguladoras de los procedimientos administrativos, cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

VI. Doctrina básica

Determinar qué efectos produce la nueva legislación en la calificación de los despidos para aquellos casos donde se aportan indicios por el trabajador de que la voluntad causante de tal extinción procede en la existencia de una enfermedad, no siendo ya determinante el elemento de durabilidad, ni la necesidad de equiparación con el concepto de discapacidad.

VII. Parte dispositiva

Estimar la demanda interpuesta contra MODAS AMISTAD GIJÓN S.L., y contra el Fondo de Garantía Salarial, declarando la nulidad del despido con efectos al 8 de julio de 2022, condenando a la empresa a readmitir a la trabajadora y a abonarle los salarios dejados de percibir a razón de 39,59 euros diarios hasta la efectiva readmisión.

VIII. Pasajes decisivos

Se deja de aplicar la doctrina jurisprudencial seguida por nuestros tribunales en materia de incapacidad temporal y despido, en atención a los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea - caso Daouidi -, donde en supuestos como el analizado, para que la enfermedad se pudiera asimilar a la discapacidad y permitir la aparición de causa discriminatoria en la extinción, era preciso que la incapacidad temporal fuera considerada duradera y se pudiera igualar a la discapacidad prevista como discriminación en los términos del artículo 2.1 de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación³.

La causa del abandono de la doctrina anterior viene provocada por aparición de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que genera un nuevo escenario, pues a tenor de los preceptos ya transcritos, y acreditados los indicios de una discriminación por enfermedad, como productora del despido, constituye un motivo de nulidad autónomo y no exige ningún de duración del padecimiento. Así, tras informar la trabajadora a la empresa que va a ser objeto de

intervención, ésta decide, antes de que entré en situación de baja por incapacidad temporal, practicar un despido disciplinario con el fin de extinguir el contrato y volverla a contratar cuando estuviera en condiciones para trabajar, reconociendo en la misma comunicación extintiva, que es escueta, la calificación de improcedencia, y por lo tanto, sin causa legal.

IX. Comentario

1º Efecto directo de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación

Con la primera lectura de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, ya se podía vislumbrar un cambio de paradigma, en los términos en que ha sido objeto de interpretación y aplicación por el Juzgado del Social nº 1 de Gijón, con respecto a la tesis mantenida hasta su entrada en vigor.

2º Escenario y criterio anterior a la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación

Para una mejor comprensión de la modificación producida por esta ley en casos de despidos donde la causa sea la concurrencia de una enfermedad, debemos hacer una breve historiografía sobre la postura mantenida con anterioridad a su vigencia, que de forma sucinta y precisa es referida en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón.

Al hilo de lo anterior, en primer lugar, en un plano comunitario, el Tribunal de Luxemburgo, con la sentencia de 11 de abril de 2013 (asuntos acumulados C- 335/11 y C-337/11, Ring⁴), amplía el concepto de discapacidad, superando su propio criterio que hasta entonces mantenía (STJUE Chacón Navas, de 17 de julio 2006), y así, en el sentido de la Directiva 2000/78/CE, permite abarcar dentro de noción de discapacidad aquellas enfermedades de larga duración que comporten limitaciones en la vida profesional. Y en esta línea, las posteriores sentencias del tribunal comunitario de 1 de diciembre de 2016 (asunto Daouidi- C 345/15⁵), y nuevamente en la cuestión a través de la sentencia de 18 de enero de 2018, (asunto Ruiz Conejero- C 270/16⁶), reiteran el criterio interpretativo sentado en los asuntos acumulados C 335/11 Y 337/11, sentencia de 13 de abril de 2013 conocida como asunto Ring.

Siguiendo con este estudio, y desde un prisma nacional, de nuestro Tribunal Supremo destacamos la sentencia de 15 de marzo de 2018 (Rec. 2766/2016)⁷, donde analiza los anteriores pronunciamientos del TJUE, sigue la pauta establecida por la Convención de la ONU ratificada por la UE mediante la decisión de 26 de noviembre de 2009, y reseña parte del contenido de la STJUE de 13 de abril de 2013, de manera que, conforme al tenor de las consideraciones vertidas en los apartados 28 a 32 de la sentencia del tribunal comunitario, el concepto de «discapacidad» debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas o mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Prosigue afirmando que: “41. Por consiguiente, procede estimar que, si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, deriva en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78. 42. En cambio, una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78. En efecto, la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación (véase la sentencia Chacón Navas, antes citada, apartado 57).”.

Sobre esta base, acaba concluyendo nuestra Sala de lo Social del TS que *“La situación de incapacidad temporal en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, fecha en la que ni siquiera había agotado el periodo máximo y mucho menos existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro no permite identificarla con la noción de “discapacidad” distinta de “la enfermedad en cuanto tal” en la que apoya la discriminación la interpretación dada por el TSJUE en las resoluciones a las que se ha hecho mérito”.*

3º Escenario actual tras la vigencia de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación

El Juzgador del Social 1º de Gijón, al resolver, comienza con un previo análisis de cómo se debe interpretar la nueva legislación para los casos de discriminación por enfermedad y, ya con los datos fácticos que relata en su sentencia, razona que se han aportado por la parte actora suficientes elementos de probanza en torno a la existencia de esta discriminación provocada por la incapacidad temporal en que entra la trabajadora, que es el motivo exclusivo del despido disciplinario, de manera que tal acto de marginación tiene entidad autónoma con la nueva regulación, sin necesidad de que concurren todos los factores requeridos por el TJUE y el TS -antes de la Ley 15/2022, de 12 de julio- para poder declarar la nulidad del despido, y tratando tales casos como discriminación por enfermedad, equiparable a los efectos que produce cuando recae en otros móviles (edad, sexo, religión,...).

X. Apunte final

La idea cardinal de esta Ley se plasma con claridad en la aplicación que ejecuta el Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón, pues esta nueva regulación allana la declaración de nulidad de cualquier acto discriminatorio por razón de enfermedad en el ámbito de las relaciones laborales, en concreto, en las decisiones del empleador sobre la persona trabajadora, por ser lo más cotidiano en la realidad práctica judicial. Así, si bien en la sentencia analizada se traslada a un supuesto de despido, se puede extrapolar a otras situaciones, como en casos de promoción profesional, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, movilidad geográfica, y demás cuestiones.

Finalmente, atendiendo al caso concreto juzgado, esta facilidad de declaración de nulidad se visiona con mayor nitidez en supuestos de despido y, aún a riesgo de ser reiterativo, conviene resaltar la idea principal que late, como es la relajación -desaparición más bien- de todas las exigencias derivadas de la construcción provocada por el TJUE y la Sala IV del TS, donde se elimina la necesaria concurrencia del elemento de durabilidad en la baja por incapacidad temporal como presupuesto esencial para poder equiparar tal situación con el concepto de discapacidad previsto en la Directiva 2000/78/CE, y así poder declarar la nulidad en casos en los cuales era evidente que la motivación del empleador para despedir se asentaba en la entrada de la persona trabajadora en periodo de incapacidad temporal.

1. Sentencia 419/2022 del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón, de 15 de noviembre de 2022.

2. Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

3. Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

María Emilia Casas Baamonde disecciona la **STS-CONT 1555/2022, de 23 de noviembre**, en la que se enjuicia la negativa de una Administración pública sanitaria a formalizar la contratación (temporal, por ser llamada desde una bolsa de empleo) de una trabajadora en situación de incapacidad temporal por embarazo, vinculando el nombramiento para el momento de inicio de la actividad laboral, lo que impide el acceso al empleo de la trabajadora por su situación relacionada con el embarazo, situándola en una situación de desventaja por el riesgo asociado a la maternidad, en general, y al embarazo, en particular.

La **STS-SOC 879/2022, de 2 de noviembre**, repasada por *Juan Martínez Moya*, sostiene que la empresa carece de legitimación procesal para recurrir la sentencia dictada en una impugnación de sanción disciplinaria a una persona trabajadora. Falta de legitimación que se extiende también para la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de duplicación, que dejó sin efecto la sentencia del Juzgado de lo Social que ratificó la sanción por falta muy grave.

Francisco Vila Tierno da cuenta de la **STS-SOC 887/2022, de 2 de noviembre**, que considera procedente el despido disciplinario de un vigilante de seguridad privada que pierde su habilitación profesional tras ser condenado por un delito doloso cometido cuando no se encontraba desempeñando sus funciones. La previsión convencional aparece como determinante de la solución dada al caso, en clara preterición del despido por causas objetivas.

La **STS-SOC 902/2022, de 11 de noviembre**, es una más en la larga saga de resoluciones sobre sucesión en contrata. Diseccionada por *José Luis Monereo Pérez*, aborda la peculiaridad de que el pliego de cláusulas administrativas particulares de condiciones de la contrata contiene una referencia a la obligación de subrogación, pero esta no procede por tres motivos: porque no está prevista en el convenio colectivo, porque no se produce asunción significativa de personal por la nueva contratista, y porque no concurren los requisitos de la sucesión legal previstos en el art. 44 ET.

El *Subdirector de RJL* comenta la **STS-SOC 949/2022, de 30 de noviembre**, que desestima la excepción de inmunidad de jurisdicción interpuesta por la embajada de un país extranjero en España en un proceso por despido de un trabajador de nacionalidad española que desempeñaba funciones administrativas que no menoscababan sus intereses de seguridad. La clave de bóveda sigue siendo, como tradicionalmente lo aprecia el alto Tribunal, la diferenciación entre actos *iure imperi*, protegidos por el óbice de enjuiciamiento, de los actos *iure gestionis*, no amparados por la excepción procesal.

La **STSJ-SOC Aragón 851/2022, de 21 de noviembre**, resuelve un asunto tan común como problemático: ¿se puede despedir disciplinariamente a quien realiza actividades deportivas mientras se encuentra de baja médica, por una lesión musculoesquelética en este caso? La *Secretaria* de la *RJL* extracta y examina las tres claves del problema: la apreciación caso por caso que anuda el tipo de participación (competición de pádel) con la lesión padecida (cirugía de rodilla por rotura del ligamento cruzado anterior); la prohibición o no de la práctica deportiva y las recomendaciones del facultativo; y la proporcionalidad de la sanción disciplinaria adoptada por la empresa para censurar laboralmente la conducta.

Una de las primeras interpretaciones de la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, la solventa la **SJS núm. 1 Gijón 419/2022, de 15 de noviembre**, estudiada por *Óscar López Bermejo*. En ella se declara la nulidad del despido de una trabajadora en baja por incapacidad temporal, al entender que la nueva regulación instituye un nuevo y autónomo motivo de nulidad del despido por enfermedad, dando por superada la necesaria anterior equiparación de la discapacidad con enfermedad para considerar el despido discriminatorio.

§ 11 Geolocalización lícita, probablemente desproporcionada. La necesidad de una vigilancia cualitativa, no cuantitativa.

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen: *Para el TEDH es lícita la vigilancia realizada por un empleador al trabajador instalando un GPS en el coche de empresa, que está activo 24 horas los 7 días de la semana, cuando se ha informado y la vigilancia busca la protección del patrimonio empresarial o verificar el cumplimiento del horario de trabajo. Incluso cuando se instala un segundo GPS oculto ante las dudas sobre la manipulación del primero por parte del trabajador.*

Palabras clave: *Vigilancia. Geolocalización. Cumplimiento de deberes laborales. Privacidad.*

Abstract: *For the ECtHR, surveillance carried out by an employer on his employee by installing a GPS in the company car that is active 24 hours a day, 7 days a week is lawful when the employer has been informed and the surveillance is aimed at protecting the company's assets or verifying compliance with working hours. Even when a second hidden GPS is installed due to doubts about the manipulation of the first one by the worker.*

Keywords: *Surveillance. Geolocation. Compliance with work duties. Privacy.*

I. Introducción

Una nueva sentencia del TEDH aborda de nuevo el problema que presenta la vigilancia en el lugar de trabajo y los límites que el derecho a la intimidad y a la protección de datos del trabajador imponen al empresario. Frente a la inicial posición restrictiva mantenida por el TEDH en las sentencias *Barbulescu* (2017) y *Antonovic* (2018), donde declaraba que la vigilancia había sido desproporcionada, en los últimos tiempos se comprueba una clara tendencia restrictiva de los derechos de las personas trabajadoras o, mejor dicho, una tendencia expansiva del derecho al control y vigilancia por parte del empleador, como ocurriera en el asunto *López Ribalda*, donde ciertamente había pocos medios alternativos de control por parte empresarial, pero, sobre todo, en el asunto que ahora se aborda (*Florindo de Almeida*) en el que probablemente existían medios alternativos menos incisivos para conseguir la finalidad lícita de control manifestada por el empleador.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Europeo de Derechos Fundamentales (Sección cuarta).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia de 13 de diciembre de 2022

Tipo y número procedimiento: demanda núm. 26968/16

ECLI:CE:ECHR:2022:1213JUD002696816

Fuente: HUDOC ECHR

Ponente: Excmo. Sr. D. Yonko Grozev

Votos Particulares: Si.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El demandante es un visitador médico al que la empresa le entrega un coche para realizar su trabajo, informándole de que puede usarlo para fines profesionales y privados, si bien los kilómetros que realicen privadamente deben ser compensados a la empresa. Aunque se venían controlando los kilómetros, en un momento determinado la empresa decide establecer un procedimiento más exacto para la gestión de las reclamaciones por gastos de viaje de negocios de los empleados. Todos los representantes médicos debían registrar, utilizando una aplicación informática llamada "Customer Relationship Management" ("CRM"), sus actividades diarias, semanales y mensuales, visitas, ausencias, gastos y el calendario de futuras visitas. La empresa informó a todos los afectados de la instalación del GPS y de su finalidad (seguridad de vehículos y equipos, así como para optimizar las rutas utilizadas para ventas y promoción y articular de manera más efectiva la actividad de los agentes comerciales de la empresa). Se advertía igualmente de que el dispositivo también permitiría identificar y registrar, para su uso posterior, la ubicación del vehículo y los kilómetros recorridos en el transcurso de la actividad, especificando que el acceso a la información obtenida sólo la tendrían las personas responsables de la aprobación de visitas y gastos y que era confidencial. Se señalaba que "en caso de sospechas fundadas sobre las declaraciones de un empleado, la empresa podrá cotejar en cualquier momento la información facilitada por el empleado en el sistema de notificación de visitas con la información del sistema de posicionamiento". Esta información fue firmada por todos los afectados que se comprometían a respetar el procedimiento establecido, entre ellos el demandante. La instalación de estos dispositivos había sido puesta en conocimiento de la agencia de protección de datos portuguesa.

El demandante interpuso reclamación ante la agencia de protección de datos de Portugal (CNPD), que fue desestimada por considerar que la empresa no había infringido el marco legislativo sobre protección de datos. No consta que haya impugnado la resolución ante los tribunales contencioso-administrativos.

Ante la constatación de ciertas anomalías, el GPS instalado en el vehículo del demandante fue objeto de una inspección técnica, comprobándose que, en ocasiones, el GPS no funcionaba o estaba desactivado descubriendo el técnico que se había eliminado el mapa GSM del GPS, por lo que lo volvió a poner en el dispositivo. La empresa instaló un segundo GPS en el vehículo del demandante. La sociedad encargada del tratamiento de datos (exteriorizada), elaboró un informe relativo al dispositivo GPS instalado en el vehículo de empresa del demandante en el que se concluía que el mal funcionamiento del GPS de ese vehículo se debió a una intervención externa, teniendo en cuenta que todos los demás dispositivos instalados en la flota de vehículos de la compañía funcionaban normalmente.

Se inició procedimiento disciplinario contra el trabajador al comprobar que el número de kilómetros notificados entre el 16 y el 26 de mayo de 2014 por el primer GPS era siempre inferior al notificado por el segundo GPS. Sobre la base del control cruzado de los datos recogidos por el GPS instalado en el vehículo y de la información que ésta había registrado en el CRM, se imputaba al trabajador haber aumentado el

número de kilómetros recorridos con carácter profesional para diluir los kilómetros recorridos en el marco de viajes privados los fines de semana o días festivos. También se acusó a la demandante de manipular el GPS al retirar la tarjeta GSM del dispositivo y utilizar técnicas de interferencia. Por último, se alegaba que no trabajaba 8 horas al día, sobre la base de datos GPS basado en la hora de arranque del vehículo y la hora de parada al final del día.

El despido fue impugnado por el trabajador alegando que el tratamiento de datos del GPS era ilegal porque el seguimiento se podía llevar a cabo de otro modo (controlando los kilómetros declarados con las distancias entre los lugares de visitas) y que no tenía un horario fijo porque era representante médico y su horario dependía de las visitas y el tiempo dedicado por los médicos. Negó cualquier responsabilidad por el mal funcionamiento del GPS instalado en su vehículo y concluyó que había sido despedido porque era delegado sindical y uno de los empleados con más años de servicio en la empresa y, por lo tanto, el más propenso a reclamar sus derechos

Los tribunales nacionales consideraron el despido procedente y negaron que se hubieran vulnerado los derechos del trabajador a la intimidad o la protección de datos. Declararon probado que sólo después de la inspección técnica del GPS instalado en el vehículo el empresario se consideró al demandante responsable del mal funcionamiento del GPS. En relación con la alegación de que el sistema de geolocalización era ilegal a la luz de los fines perseguidos por la empresa, el tribunal de instancia declaró que el dispositivo no constituía un medio de vigilancia a distancia prohibido por el Código de Trabajo y que, incluso aunque se tratara de un medio de ese tipo, los datos que transmitió no estaban comprendidos en el ámbito de la vida privada: “dado que el vehículo puesto a disposición por el empresario es una herramienta absolutamente indispensable para el desempeño de las tareas asignadas al demandante y que el coste fue asumido íntegramente por el empresario, es comprensible que la demandada quiera –especialmente en el contexto de la grave crisis económica que vivimos desde hace algunos años– adoptar medidas para poder gestionar racionalmente los medios que se le encomiendan y poder garantizar que estos medios se emplean realmente con el propósito de realizar funciones profesionales, y no para ningún otro propósito. En una flota de diez vehículos, el uso inadecuado de esos medios puede representar un perjuicio significativo para el demandado”. A la luz de lo anterior, concluyó que el uso de un dispositivo GPS por parte del demandado era un medio de control legal fuera del alcance del monitoreo remoto prohibido y que no se había vulnerado la privacidad o la dignidad humana del demandante. Por consiguiente, los datos recogidos por dicho aparato son válidos y justificativos del despido.

En apelación la sentencia se confirma, aunque sobre la base de un razonamiento diferente. La sentencia declara que la utilización de un dispositivo GPS en un contexto profesional para controlar la actividad de un empleado sí constituye un medio de control a distancia en el sentido del artículo 20, apartado 1, del Código de Trabajo y como tal, prohibido, pues permite no sólo conocer la ubicación aproximada de una persona, sino también, como demuestra el caso examinado, la hora de inicio y la hora de finalización de un viaje, los lugares de partida y llegada, la distancia recorrida, la velocidad, etc. tiempo de tráfico y tiempo pasado en una parada, en tanto registra una parte muy significativa *de datos de la vida* del trabajador. A este respecto, declaró que, si el dispositivo GPS se utilizó para monitorear el cumplimiento del horario de trabajo, el lugar de trabajo, las visitas realizadas, su uso fue el de monitorear el desempeño profesional y por ello prohibido. Pero considera que el uso del GPS para determinar los kilómetros recorridos no está comprendido en el ámbito del “control del rendimiento profesional” que es lo único que está prohibido en los artículos 20 y 21 del Código de Trabajo portugués y que, por tanto, el control del kilometraje no incurre en infracción, en cuanto que no entra en el control del rendimiento del trabajo. El Tribunal concluye que el despido del demandante era fundado. Consideró que el trabajador, al no haber contabilizado los kilómetros que había recorrido profesionalmente e interferir en el funcionamiento del dispositivo GPS instalado en su vehículo, había intentado

impedir la correcta transmisión de los datos de geolocalización y, por tanto, había incumplido su deber de lealtad hacia su empresario.

Junto al procedimiento por despido el demandante había abierto otro contra la propia agencia de protección de datos denunciándola porque se había filtrado que él había sido el autor de la denuncia de la empresa en la agencia. La agencia portuguesa confirma que por error el anonimato solo se garantiza en la fase inicial del procedimiento y que la empresa pudo conocer quien fue el denunciante cuando su abogado consultó el expediente. Pero precisa que el anonimato no constituye una obligación jurídica.

Por otro lado, a raíz de la denuncia presentada por otro empleado de la misma empresa, la agencia de protección de datos emitió resolución declarando que la empresa no le había solicitado autorización preceptiva para la instalación de los GPS, aunque la había informado. Por ello considera que el tratamiento de datos no puede iniciarse hasta que se obtenga la autorización, pero no sanciona a la empresa al no estar tipificado. La agencia observa que se había despedido a trabajadores sobre la base de los datos recopilados mediante el sistema de geolocalización, por lo que ante la falta de autorización impuso una medida provisional ordenando a la empresa cesar en todo procesamiento de datos personales y abstenerse de utilizar la información ya recopilada. La empresa impugnó la decisión. En el marco de este procedimiento la agencia certificó que había desestimado una denuncia sobre el sistema de geolocalización controvertido, debido a que se había cumplido la obligación de notificación de la empresa, pero que no había podido analizar, debido a la escasez de recursos humanos, el tratamiento de datos personales resultante de tal sistema. Por otra resolución de la agencia de protección de datos portuguesa se autorizó finalmente a la empresa a utilizar el sistema de GPS dado que la empresa en la nueva solicitud había indicado que la finalidad era “facilitar, por un lado, la gestión de la flota en servicio externo y, por otro lado, la presentación de denuncias penales en caso de robo”. En su resolución, la CNPD recordó los principios aplicables y señaló que no podía haber geolocalización cuando el vehículo de la empresa se utilizaba con fines privados y que, por lo tanto, la empresa tenía que encontrar una solución para hacer inaccesible la geolocalización en esas situaciones. Declaró que el período de retención de los datos de geolocalización era de una semana.

IV. Posición de las partes

La parte demandante alega que el tratamiento de datos de geolocalización obtenidos por el sistema y su despido sobre la base de estos datos vulneraron su derecho al respeto de su vida privada con arreglo al artículo 8 del Convenio porque no habían sido autorizadas por la CNPD agencia de datos portuguesa y porque considera que existían medios menos intrusivos para controlar el kilometraje. En relación con la vulneración del art. 6 CEDH considera que el despido vulnera el derecho a un proceso justo al basarse exclusivamente en pruebas ilegales (datos recogidos por el GPS)

El Gobierno portugués afirma que el trabajador fue informado por su empleador de la instalación del GPS, de los fines perseguidos con la medida y de que la información podría ser base de un procedimiento disciplinario. Además, aduce que el sistema era adecuado para garantizar la gestión de la flota de vehículos y para proteger la seguridad de las personas y de los bienes y señala que no había medios menos intrusivos para hacerlo. Destaca que el ordenamiento portugués cuenta con normas que garantizan los derechos de los trabajadores a su vida privada. En particular, los arts. 20 y 21 del TB, la Ley de protección de datos y la agencia protección de datos (CNPD) responsable de supervisar el uso de los datos personales. Considera que ha cumplido sus obligaciones positivas de proteger el derecho del demandante al respeto de su vida privada y que se han ponderado adecuadamente los derechos en juego por parte de los tribunales. En relación con el art. 6 CEDH alega que el demandante nunca ha impugnado la autenticidad de la información recogida mediante el controvertido dispositivo GPS, sino únicamente su utilización en su contra, siendo la información corroborada por otras pruebas. No se vulnera el art. 6 CEDH porque disfrutó de todas

las garantías procesales y obtuvo de los tribunales una respuesta razonable y fundada en Derecho.

V. Normativa aplicable al caso

- CEDH: Art. 8 CEDH sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar y la necesidad de que las posibles injerencias en este derecho estén previstas en la Ley y constituyas una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para, entre otras cosas (como la seguridad nacional, defensa, etc.) "la protección de los derechos y las libertades de los demás". Art. 6 CEDH derecho a un juicio justo.

- Constitución Portuguesa. Art. 26, reconociendo el derecho a la "intimidad de su vida privada y familiar".

- Código del Trabajo portugués: Ley n.º de 12 de febrero de 2009: Art. 20. Medios de control a distancia "1. El empresario no podrá utilizar medios de control a distancia en los lugares de trabajo, en particular utilizando equipos tecnológicos, con el fin de controlar el rendimiento profesional del trabajador del trabajador. 2. La utilización de los equipos a que se refiere el apartado anterior será lícita cuando tenga por objeto la protección y seguridad de las personas y bienes, o cuando esté justificado por exigencias especiales inherentes a la naturaleza de la actividad. 3. En los supuestos a que se refieren los apartados anteriores, el empresario informará al trabajador de la existencia y finalidad de la finalidad de los medios de control establecidos mediante la fijación, en su caso, en los lugares previstos de un mensaje del tipo "lugar bajo vigilancia" o "lugar bajo videovigilancia con grabación de imágenes y sonidos ", seguido de un símbolo identificativo. 4. El incumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 constituirá infracción muy grave y el incumplimiento de las del apartado 3 una falta. Art. 21. Utilización de medios de control a distancia. "1. La utilización de medios de televigilancia en los centros de trabajo estará sujeta a la autorización del Supervisor Nacional de Protección de Datos. 2. La autorización sólo podrá concederse si la utilización de los medios es necesaria, adecuada y proporcionado a los fines perseguidos. 3. Los datos personales recogidos mediante televigilancia se conservarán durante el periodo necesario para perseguir los fines para los que se tratan. Se destruirán cuando el empleado sea trasladado a otro puesto o cuando finalice el contrato de trabajo. 4. La solicitud de autorización a que se refiere el apartado 1 deberá ir acompañada del dictamen del comité de personal comité de personal o, si no se dispone de dicho dictamen diez días después de la consulta, de una copia de la solicitud del dictamen. 5. El incumplimiento de lo dispuesto en el apartado 3 constituirá una infracción grave. "

VI. Doctrina básica

El TEDH considera que no existe violación del art. 8 (derecho a la vida privada) porque el trabajador conocía la instalación del GPS para controlar las distancias recorridas en el marco de su actividad profesional y, en su caso, en los desplazamientos privados. Asimismo, señala que el tribunal de apelación, al limitar los datos lícitos tan sólo a los de geolocalización relativos a las distancias recorridas, había reducido el alcance de la intromisión en la vida privada del demandante a lo estrictamente necesario para alcanzar el fin legítimo perseguido, a saber, el control de los bienes de la empresa, realizando una ponderación razonable de los derechos en juego. Tampoco considera que exista violación del derecho a un proceso justo (art. 6 CEDH) al usar los datos de geolocalización relativos a las distancias recorridas por el demandante en su vehículo de empresa al haber sido obtenidos legalmente.

VII. Parte dispositiva

El TEDH declara, por cuatro votos contra tres, que no ha habido violación ni del art. 8 CEDH ni del art. 6 CEDH.

VIII. Pasajes decisivos

- “116. (...) acreditado que el demandante había sido informado de que todo vehículo que se le entregara estaría equipado con un dispositivo GPS (...) firmó el documento de 5 de enero de 2012, que la empresa había enviado a los trabajadores afectados y que se refería a la instalación de este dispositivo y a los motivos de esta medida (...) este documento precisaba claramente que este dispositivo estaba destinado, en particular, a controlar los kilómetros recorridos en el ejercicio de las funciones de los empleados. También indicaba que se podía incoar un procedimiento disciplinario contra cualquier empleado en caso de incoherencias entre los datos kilométricos proporcionados por el GPS y la información proporcionada por los empleados (...), la empresa especificó que la finalidad de este sistema era aumentar la fiabilidad de la información sobre la distancia recorrida que era registrada por los empleados en el CRM, una aplicación informática a tal efecto creada en la empresa (...). Por lo tanto, no cabe duda de que el demandante sabía que la empresa había instalado en su vehículo un sistema GPS para controlar los kilómetros recorridos en el marco de su actividad profesional y, en su caso, durante sus desplazamientos privados (...).”

- “119. (...) el Tribunal de Apelación (...) dictaminó que los datos de geolocalización obtenidos por la empresa para controlar el rendimiento de los empleados entraban en el ámbito de la televigilancia prohibida por el artículo 20 § 1 del CPC y eran ilegales. Sin embargo, sostuvo que los datos de geolocalización que reflejaban los kilómetros recorridos no entraban en el ámbito del telecontrol en el sentido de dicha disposición y, por tanto, no eran ilegales (...) el Tribunal de Apelación no invalidó todos los datos de geolocalización impugnados, sino únicamente los que consistían en controlar la actividad profesional del trabajador” ; “120 (...) al retener únicamente los datos de geolocalización relativos a la distancia recorrida, el Tribunal de Apelación redujo el alcance de la intrusión en la vida privada de la demandante a lo estrictamente necesario para alcanzar un fin legítimo, a saber, el control de los gastos de la sociedad”.

- “121. (...) el demandante no niega que se le exigió que justificara los kilómetros recorridos no sólo en el marco de su actividad profesional, sino también a título privado, para, en este último caso, reembolsar a la empresa los correspondientes gastos. No obstante, alegó que existían medios menos intrusivos para garantizar dicho control, como explicó ante los órganos jurisdiccionales nacionales”; “122. (...) en la sentencia Vila Real, el Tribunal de Justicia declaró, entre otras cosas, que, a falta de tal sistema, sería difícil controlar los kilómetros recorridos de manera profesional y privado. El Tribunal de Apelación de Guimarães, por su parte consideró que no era necesario revisar este punto, dada la decisión que estaba a punto de pronunciarse sobre los hechos del caso (véase el apartado 59 supra). El Tribunal de Justicia no ve ninguna razón para sostener lo contrario ya que, de hecho, sólo los datos de geolocalización relativos a la distancia recorrida fueron aceptados por el Tribunal de Apelación de Guimarães contra el demandante a raíz del procedimiento judicial relativo a su despido”.

- 123. (...) la difusión de esta información fue muy limitada. En efecto, sólo los responsables de la asignación y aprobación de visitas y gastos tenían acceso a dichos datos de geolocalización.

- 124. “Dicho todo esto, y más concretamente el hecho de que la demandante no haya impugnado la resolución dictada por la CNPD en relación con la denuncia que presentó ante ella para queja por la instalación del dispositivo GPS en su vehículo de empresa, parece claro que el Tribunal de Apelación de Guimarães no podía haber hecho más de lo que hizo, sabiendo que debía pronunciarse únicamente sobre el motivo del despido del recurrente. Por consiguiente, el Tribunal de Primera Instancia considera que el Tribunal de Apelación de Guimarães ponderó detalladamente el derecho del demandante al respeto de su vida privada y el derecho de su empresario a garantizar el buen funcionamiento de la empresa, teniendo en cuenta la finalidad

legítima perseguida por la empresa, a saber, el derecho a controlar sus los gastos. Por lo tanto, el margen de apreciación del Estado en el presente asunto no fue rebasado”.

- 135 “(...) el Tribunal de Apelación de Guimarães, fallando en última instancia, consideró que la utilización del dispositivo de geolocalización para conocer la distancia recorrida no era contraria al artículo 20, apartado 1, del Código del Trabajo, es decir, que no era ilegal. Sin embargo, se trata de una cuestión de interpretación del Derecho interno que no parece manifiestamente irrazonable”.

- 136 “el demandante había tenido conocimiento de que se le había acusado de haber aumentado el número de kilómetros recorridos en el marco de una actividad profesional (...) impugnó la autenticidad de esta información ante los tribunales nacionales (...). Teniendo en cuenta los documentos adjuntos al expediente, así como las declaraciones de los testigos de las partes, el tribunal de Vila Real consideró no obstante probado que el recurrente había incrementado en CRM el kilometraje recorrido a título profesional e interferido en el funcionamiento del dispositivo GPS instalado en su vehículo (...). Señala además que el demandante no impugnó válidamente estos elementos de hecho ante el Tribunal de Apelación. En particular, señala que no impugna el punto de los hechos declarados probados, que se refería a las diferencias entre la información sobre los kilómetros recorridos que el recurrente había registrado en el CRM y los procedentes del dispositivo GPS”.

- 137. “la sentencia del Tribunal de Apelación de Guimarães de 3 de marzo de 2016 no se basa únicamente en los datos de geolocalización controvertidos, sino en un conjunto de elementos de prueba, entre ellos el expediente del procedimiento sancionador, los informes de la empresa informática T y las declaraciones de las partes y de sus testigos”.

- 138 “Además, señala que el demandante pudo impugnar su despido ante los tribunales nacionales presentando los argumentos y pruebas que consideraba pertinentes para su defensa, (...) valorados en un procedimiento contradictorio y (la sentencia) debidamente motivada de hecho y de Derecho, la valoración que se ha realizado no parece ni arbitraria ni manifiestamente irrazonable”.

IX. Comentario

La STEDH de 13 de diciembre de 2022, demanda 26968/2016, dictada en el caso *Florindo de Almeida Vasconcelos Gramaxo contra Portugal* alcanza la conclusión de que no se ha vulnerado el derecho a la vida privada y a la intimidad (art. 8 CEDH) aplicando los mismos parámetros ya ofrecidos en otras sentencias en las que se ha confrontado el poder de vigilancia electrónica del empleador y los derechos fundamentales del trabajador (test Barbulescu) y sobre la base de unos hechos declarados probados y que deben subrayarse, tales como: a) el trabajador ha sido *informado* con carácter previo y de modo claro y preciso sobre el objetivo de la vigilancia, un sistema GPS para controlar los kilómetros recorridos en el marco de su actividad profesional y, en su caso, durante sus desplazamientos privados (porque aunque el uso del vehículo era permitido, los kilómetros en los desplazamientos privados debían pagarse a la empresa); b) el despido es consecuencia de la *sospecha de irregularidades* por las incoherencias entre los datos kilométricos proporcionados por el GPS y la información proporcionada por el empleado; c) frente a la licitud de los datos de geolocalización de todo el tiempo controlado (24/7) declarada por el tribunal de instancia, el tribunal de apelación consideró nulos los datos recogidos relativos al desempeño del trabajador (prohibidos por la normativa laboral portuguesa) y declaró sólo lícitos los relativos al cumplimiento del tiempo de trabajo y al control del kilometraje, esto es, redujo el ámbito de injerencia a los datos estrictamente legales; d) no se ha cuestionado la realidad de que se hacían más kilómetros de los declarados; e) los tribunales consideran que no había medios menos intrusivos; f) la difusión de los datos sólo fue conocida por los responsables de gastos; g) el demandado interpuso una queja ante la CNPD (agencia protección de datos) por la instalación del dispositivo GPS en su vehículo de empresa, que fue desestimada pero no fue recurrida por el demandante. Declarada la legalidad de la injerencia y la licitud de los datos obtenidos

para proceder al despido, considera que no se ha vulnerado el derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH) porque ha dispuesto de todas las garantías y medios de defensa para mantener su posición, si bien no ha impugnado que el número de kilómetros demostrado por la empresa no fuera real, y las sentencias nacionales han ponderado los derechos en juego de modo motivado y con argumentos jurídicos razonables y no arbitrarios.

La decisión adoptada por el TEDH resulta polémica, como pone de manifiesto el hecho de que la haya sido apoyada por cuatro de los miembros de la sección, siendo sin embargo cuestionada por los otros tres miembros que la conformaban mediante un voto particular disidente.

En su sentencia, el TEDH ha tenido en cuenta, sin duda, elementos a los que alude en el asunto *Barbulescu* (p. 121), como la información al empleado, de modo claro y con carácter previo no sólo de la finalidad sino de las consecuencias disciplinarias que podrían derivarse en caso de incoherencias entre los datos de kilometraje facilitados por el GPS u los informados por los propios empleados; la existencia de razones legítimas empresariales para la monitorización (la empresa indicó que el dispositivo tenía por objeto aumentar la fiabilidad de la información relativa al kilometraje recorrido registrada por los trabajadores en el CRM, aplicación informática creada a tal efecto por la empresa); el hecho de que el número de personas que ha tenido acceso a los datos haya sido reducido; que el empresario ha utilizado los resultados de la monitorización para alcanzar el objetivo declarado de la medida; o que el empleado ha tenido acceso a un recurso ante los tribunales a fin de que puedan comprobar, al menos en esencia, si se observaron los criterios y si las medidas impugnadas eran legales.

Pero el análisis realizado por el TEDH omite algunos de los elementos más relevantes del *test Barbulescu*, en especial el juicio de necesidad propio de toda ponderación de derechos. En efecto, uno de los criterios expresamente advertidos por el TEDH en *Barbulescu* era el del grado de intrusión en la intimidad del empleado, donde señalaba que, a este respecto, “debe distinguirse entre la monitorización del flujo de comunicaciones y de su contenido. También debe tenerse en cuenta si se han monitorizado todas las comunicaciones o sólo parte de ellas, así como la cuestión de si la monitorización fue limitada en el tiempo y el número de personas que tuvieron acceso a los resultados”. Junto a ello, se señalaba que debía tenerse también en cuenta “si hubiera sido posible establecer un sistema de supervisión basado en métodos y medidas menos intrusivos”. Es decir, se aludía a tomar en consideración los criterios que en nuestro ordenamiento jurídico pueden reconducirse al tradicional principio constitucional de proporcionalidad, en tanto muchos de las circunstancias a comprobar no son sino elementos integrantes de la necesidad o de la proporcionalidad en sentido estricto, como ya señaló con otras palabras la STS 119/2018, de 8-2-2018 en el caso *Inditex*.

En el caso concreto, queda claro que la vigilancia con el GPS era de 24 horas los 7 días de la semana y monitorizaba tanto los trayectos profesionales como los privados, además de que ello fue así durante 3 años seguidos lo que, ya de inicio, parece una injerencia excesivamente gravosa al no respetar el criterio todo/parte, temporal/permanente, o extensión/reducción del ámbito espacial.

Esa especial gravedad y la geolocalización permanente extendiéndose al ámbito personal es lo que cuestiona el voto particular. En efecto, el voto particular centra su atención en la ilicitud del control de geolocalización en el tiempo libre, entendiendo que se trata de una injerencia grave a la intimidad pues permite conocer donde, cuando y cuánto tiempo, se encuentra el trabajador en un momento dado fuera de su compromiso laboral teniendo en cuenta que “la información de geolocalización relativa a los kilómetros recorridos por el demandante durante su tiempo libre fue la base principal del despido del demandante, que innegablemente tuvo graves repercusiones en su vida privada” ya que el tribunal de apelación rechazó que pudieran ser lícitos los datos relacionados con los servicios profesionales. Considera el voto que dicha injerencia no fue legítima y que el tratamiento de datos fue ilegal como siempre alegó

el demandante siendo, por ello, las pruebas ilegales y el despido nulo. En este sentido, el voto critica a los tribunales nacionales que hicieran caso omiso a varias resoluciones de la agencia portuguesa de protección de datos en las que se declaraba la inadmisibilidad del seguimiento durante el tiempo libre del empleado y la prohibición de usar los datos obtenidos por el GPS hasta tanto no se obtuviera autorización administrativa (inexistente en el caso concreto del trabajador despedido), a pesar de conocer su existencia y de que en ellas se llegara a reconocer expresamente “la existencia de soluciones alternativas a la trazabilidad permanente del trabajador, como la instalación de un interruptor “simple” que permita distinguir entre el uso profesional y privado de la función del vehículo”.

En mi opinión, el juicio de la sentencia no es acertado, pero tampoco los argumentos del voto particular.

La mayor crítica que se puede hacer a la sentencia es el propio canon de enjuiciamiento adoptado, de mero control externo, es decir, un análisis excesivamente basado en la razonabilidad y ausencia de arbitrariedad en la motivación judicial. Este tipo de análisis es propio en nuestro ordenamiento cuando se enjuicia la constitucionalidad desde el prisma del art. 24.1 CE, es decir, tutela judicial efectiva. Pero no resulta válido cuando lo que se alega es un derecho sustantivo como aquí acaece. Existen sentencias absolutamente razonadas, razonales y no arbitrarias que pueden vulnerar derechos fundamentales sustantivos al no realizar una ponderación adecuada de los derechos en juego; prueba de ello son las decenas de sentencias del Tribunal Constitucional que terminan por considerar vulnerado un derecho fundamental en contra de la argumentación fundada y no arbitraria de los tribunales ordinarios, esto es, correcta desde el punto de vista del art. 24.1 CE pero vulneradoras del derecho de libertad sindical, por ejemplo, o del derecho a la no discriminación. Es cierto que la posición del TEDH no es la del TC. Pero también lo es que, cuando quiere, bien que el TEDH procede a analizar con profundidad el balance de derechos más allá de la mera razonabilidad o arbitrariedad (léase *Barbulescu* I y II como prueba de distintas perspectivas sustantivas sobre los derechos en juego).

Más allá de la mencionada, la quiebra sustantiva esencial que presenta la sentencia es la total omisión del criterio de necesidad como criterio medular en el principio de proporcionalidad que debe presidir el balance de derechos. En realidad, no se trata de una total omisión, sino una “extraña motivación”, no tanto por la forma de hacerlo (vía remisión a las sentencias nacionales, aunque en modo “remisión por saltos” por lo que ahora se dirá), cuanto por la difícil comprensión del hilo argumental seguido por el TEDH. Cuando se aborda la cuestión clave sobre si había medios menos intrusivos para lograr la misma finalidad, la sentencia señala que el tribunal de instancia nacional consideró que sin el sistema utilizado sería difícil controlar los kilómetros recorridos profesional y privadamente y resalta, sobre todo, que el tribunal de apelación limitó los datos lícitos a los relativos a los desplazamientos privados que permitían a la empresa controlar sus gastos reduciendo, con ello, el alcance de la injerencia en la vida privada del trabajador¹, así como que dicho tribunal de apelación consideró que no procedía examinar esta cuestión “a la luz de su decisión sobre los hechos del asunto” remitiéndose al apartado 59 de la sentencia. Este apartado tan sólo señala que el ahora demandante, en su recurso de apelación nacional, había alegado las dificultades que hubiera tenido la empresa para imputar los hechos si no hubiera contado con el mecanismo del GPS y que la corte de apelación consideró que no necesitaba revisar esta cuestión a la luz de su decisión sobre los hechos del caso, reenviando a los parágrafos 40 y 45 de la sentencia (nuevo salto argumental)². Los apartados señalados contemplan los hechos probados (ap. 40), entre ellos, que “el sistema GPS es uno de los medios de que dispone la demandada para controlar el trabajo de la demandante y confirmar los datos introducidos manualmente en el CRM” y que “sin el sistema GPS, la demandada tendría grandes dificultades para verificar el desempeño de sus funciones, el cumplimiento del tiempo de trabajo, el cumplimiento del lugar de trabajo, los lugares de visita realizados y los kilómetros recorridos en forma profesional y privada, sabiendo que estos últimos son siempre responsabilidad de los representantes médicos y que causan un gasto adicional al demandado si no se

puede determinar su número”; asimismo se afirma que el GPS “permitía conocer el número de kilómetros recorridos de forma privada..., mediante una comparación con los kilómetros recorridos de forma profesional y que habían sido validados como tales” y que se había probado que “había muchas diferencias entre los kilómetros declarados por la demandante y los transmitidos por el GPS” (ap. 45). Es decir que, o bien se consideró que no había medios alternativos (instancia), o que hubiera sido muy difícil demostrar la diferencia de kilómetros con el sistema manual utilizado (necesidad atenuada en apelación), o bien, ya para el TEDH, que no entra en el tema porque se rebajó la injerencia en la vida privada del trabajador al eliminar de la prueba los datos obtenidos relativos al desempeño del trabajo. Sinceramente, creo que en este punto existe poca motivación por parte de todas las instancias judiciales, incluido el TEDH que viene a decir que no entra porque sería valoración de la prueba (control externo). La sentencia parece confundir, además, el grado de intrusión en la intimidad del empleado con la existencia de medios menos intrusivos, dos cuestiones diversas e independientes propias del canon Barbuлесcu. Por el contrario resalta con énfasis que el tribunal de apelación minimizó la injerencia como si esta menor intrusión fuera un medio alternativo.

En el presente caso no me caben dudas de que existen medios alternativos menos intrusivos para obtener los mismos resultados protectores del patrimonio empresarial. La corte de apelación reconoce que el GPS es uno de los medios de que dispone la empresa, con lo que claramente hay otros (ingresar los datos manualmente en la aplicación). Las posibles irregularidades podrían hacerse de un modo estimativo calculando el promedio de kilómetros de los recorridos que se deben hacer para atender a los clientes. Hoy esto es tan fácil como buscar en Google maps y llamar a los clientes aleatoriamente para comprobar las visitas. Cabe igualmente establecer un máximo aproximado semanal de kilómetros profesionales a partir del cual presumir el uso personal salvo prueba en contrario. Cabe estimar los kilómetros que se hacen de media o debieran hacerse de media y comprobar una vez a la semana con una simple foto enviada a la empresa, el contador del kilometraje cada viernes o cada día al salir del trabajo. En fin, el GPS claramente puede servir a la empresa para dotar de mayor fiabilidad a la protección de su patrimonio. Pero el uso realizado en este caso parece excesivo y por ello desproporcionado, al no derivarse de dicha medida más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Por lo que se refiere ya al voto particular, en él se sostiene que se ha vulnerado el art. 8 CEDH básicamente por considerar que la injerencia es muy grave en la vida privada, porque debió declararse ilícita la geolocalización realizada durante el tiempo privado del trabajador y porque existían medidas menos intrusivas como las que puso de manifiesto la agencia portuguesa de protección de datos cuyas resoluciones no fueron tomadas en cuenta por el tribunal de apelación. A mi juicio que no se tengan en cuenta las resoluciones de la agencia no resulta un dato decisorio en tanto pueden ser impugnadas y, además, la medida que proponía dicha agencia como menos invasiva tampoco parece muy adecuada (interruptor para desconectar el GPS para diferenciar tiempo profesional del privado), ya que el objeto de la medida era controlar el kilometraje precisamente en dicho tiempo e impedir que se prolongara manual y artificialmente el kilometraje profesional. Razonar que en el tiempo privado no puede existir control alguno, en un caso como el presente, no parece tampoco razonable porque olvida el objetivo que se declaró lícito por los tribunales nacionales relativo al control del coste empresarial. El amplio control empresarial tenía todo el sentido del mundo ya que no se controlaba sólo el desempeño profesional (ilegal según la normativa portuguesa y así) y el cumplimiento de las obligaciones laborales en tiempo de trabajo por parte del empleado (declarado lícito), sino también que el uso personal del vehículo que la empresa permitía a sus empleados no le supusiera costes adicionales, de ahí el pago por los kilómetros particulares recorridos. No permitir este tipo de control extenso llevaría a un efecto desincentivo en el que las empresas redujesen el uso del vehículo de empresa a un uso estrictamente profesional prohibiendo totalmente el uso privado, lo que obligaría a los trabajadores a tener coche propio para sus desplazamientos privados y a asumir costes mayores (garaje para uno

de los dos coches, o desplazamientos para dejar el vehículo profesional en la sede empresarial, además de los costes de seguro, compra y mantenimiento). Cuestión distinta, muy distinta, es que los mecanismos de control del patrimonio empresarial necesariamente se tengan que realizar con una intensidad en la injerencia tan grave como la que se aprecia en el presente caso y que no lleva a declarar vulnerado el art. 8 CEDH de modo sorpresivo. Tan sorpresivo que hasta las predicciones de inteligencia artificial previeron un fallo positivo favorable para el trabajador^[1].

En fin, quedarían dos temas interesantes que abordar. De un lado, el derivado del voto particular que mantiene que la prueba del GPS debió declararse nula, así como el despido por ser su consecuencia. Me remito en este punto a la STC 61/2021 para el ordenamiento español y la dualidad de posiciones posibles en relación con los efectos que en la calificación del despido debe tener la prueba ilícitamente obtenida por obtenerse vulnerando derechos fundamentales (mi posición personal en esta misma Revista nº 3/2022). Por otro lado, el de la ocultación de un segundo GPS que puso la empresa cuando comprobó que no funcionaba el primero y que había sido manipulado. Supuesto de total ausencia de información del segundo GPS que recuerda a la STEDH del caso López Ribalda (información de las cámaras generales, no de las ocultas puestas tras las sospechas fundadas de irregularidades), donde en tal caso, a mi juicio^[2], la información general dada para el primer GPS cubre el mecanismo oculto necesario para comprobar el incumplimiento.

Referencias:

1. ^ *Jurisays ofrece predicciones sobre las sentencias de TEDH con un acierto el último mes del 63%*. <https://www.jurisays.com>
2. ^ *Nogueira Guastavino M., "La STEDH Gran Sala de 17 de Octubre de 2019, López Ribalda y otros contra España. Una sentencia razonable no razonada, Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo, 2020, Universidad complutense, pp. 883-893: https://www.academia.edu/85705878/La_Stedh_Gran_Sala_De_17_De_Octubre_De_2019_Lopez_Ribalda_y_Otros_Contra_Espana_Una_Sentencia_Razonable_No_Razonada*

§ 12 Carácter ganancial de la indemnización por despido improcedente.

Antonio V. Sempere Navarro

Director de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Universidad (s.e.)

Resumen: *A efectos de disolver la sociedad de gananciales, se discute sobre la naturaleza que posee la indemnización por despido improcedente. La sentencia comentada lleva a las siguientes conclusiones: 1) El derecho al trabajo es privativo de cada cónyuge. 2º) La indemnización percibida por despido es un bien o ganancia que sigue el régimen de los salarios. 3º) Si el despido se produce estando vigente el régimen de gananciales, la indemnización sigue ese sistema. 4º) En caso de que se haya desarrollado la actividad laboral durante periodos en que no estaba vigente el régimen matrimonial de gananciales habría que aplicar la proporcionalidad.*

Palabras clave: *Régimen matrimonial de gananciales. Indemnización por despido. Disolución del matrimonio. Carácter ganancial de la indemnización por despido.*

Abstract: *For the purposes of dissolving the joint venture, the nature of the compensation for unfair dismissal is discussed. The commented judgment leads to the following conclusions: 1) The right to work is exclusive to each spouse. 2º) The indemnity received for dismissal is a good or gain that follows the salary system. 3º) If the dismissal occurs while the community property regime is in force, the compensation follows that system. 4º) In the event that the work activity has been carried out during periods in which the matrimonial property regime was not in force, proportionality would have to be applied.*

Keywords: *Matrimonial property regime. Redundancy payment. Dissolution of marriage. Profitable nature of the severance pay.*

I. Introducción

La crisis y ulterior disolución de un matrimonio comporta la necesidad de repartir los bienes hasta ese momento más o menos compartidos. Nuestra legislación civil (tanto común cuanto especial) atribuye una u otra naturaleza a las remuneraciones obtenidas por el trabajo de uno d ellos cónyuges. Sin embargo, no hay indicación precisa acerca de cuál es la solución aplicable a la indemnización por despido improcedente que se perciba. La duda es más relevante cuanto mayor sea la proximidad de la extinción contractual al fin del régimen de gananciales.

El estudio de la STS-CIVIL 1036/2022 permite comprobar, por enésima vez, que el ordenamiento jurídico tolera mal los compartimentos estancos. Su indiscutida unidad aboca a la constante interacción de los diversos bloques normativos, sin que ello restrinja la posibilidad de contemplar una misma institución desde diversos prismas.

En el presente caso un Tribunal de la jurisdicción civil se enfrenta a un problema paradigmático de extinción contractual. Se discute no solo la calificación que pueda merecer la terminación del contrato por voluntad del empleador, sino también el momento en que ha de entenderse acaecida. El carácter constitutivo o declarativo de la sentencia, la finalidad de la cuantía a cargo de la empresa cuando no procede la readmisión son temas de innegable calado iuslaboralista.

Son todas esas cuestiones las que afronta la Sala Primera del Tribunal Supremo, pero desde la exclusiva óptica de precisar qué sucede cuando un matrimonio, que ha cursado en régimen de gananciales, llega a su término y al tiempo uno de sus integrantes es despedido e indemnizado por ello.

La jurisprudencia considera ganancial la indemnización cobrada por un esposo en virtud del despido en la empresa donde trabajaba porque tiene su causa en un contrato de trabajo que se ha venido desarrollando a lo largo de la vida del matrimonio. Ello es compatible con la toma en cuenta del porcentaje de la indemnización que corresponde a los años trabajados durante el matrimonio. También va a insistirse en la irrelevancia del momento en que se pagó la indemnización, puesto que lo definitivo se halla en que si el despido se produjo durante la vigencia del régimen económico.

Se trata, por descontado, de buena ocasión para recordar el estado de la cuestión en el ámbito del Derecho de Familia, de la mano de la jurisprudencia, pero también para refrescar algunos aspectos de la propia compensación económica por despido.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Primera (De lo Civil) del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1036/2022, de 23 diciembre.

Tipo y número de recurso: Recurso de casación núm. 4814/2020.

ECLI:ES:TS:2022:4762

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Para Lucán.

Votos Particulares: carece.

III. Problemas suscitados. Hechos y antecedentes

La sentencia glosada afronta un procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales tramitado tras el divorcio de los litigantes. En lo que ahora interesa, resulta que ambos discrepan acerca del carácter ganancial o privativo de la indemnización por despido cobrada por el esposo.

1. *El trasfondo fáctico del caso*

La cuestión suscitada es de índole estrictamente jurídica, referida al carácter que ha de asignarse al monto de la indemnización por despido improcedente habida cuenta de que la empresa ha optado por su abono y no por la readmisión del trabajador. Ahora bien, resulta ilustrativo tomar en cuenta los antecedentes fácticos sobre los que se debate:

En octubre de 1992 los esposos contrajeron matrimonio

En octubre de 1993 el esposo comienza a prestar sus servicios como asalariado en empresa que tiene por copropietaria a su cónyuge.

El 12 de abril de 2017 el esposo es despedido, declarándose posteriormente el carácter improcedente de esa decisión.

El 13 de noviembre de 2017 la sentencia del Juzgado de Primera Instancia decretó el divorcio. Esa sentencia fue apelada por lo que se refiere a la cuantía de alimentos que fijó respecto de los hijos del matrimonio.

La esposa solicitó la inclusión en el activo del crédito de la sociedad de gananciales por importe de 53.278,50 €.

2. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia

El Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Madrid dictó sentencia de fecha 30 de septiembre de 2019. Estimó parcialmente la demanda interpuesta por el esposo y rechazó incluir la indemnización por despido en el activo del inventario.

Sobre el momento de la disolución de la sociedad de gananciales, el Juzgado considera que la disolución de la Sociedad Ganancial si bien se disuelve con la Sentencia de Divorcio sus efectos deben retrotraerse a abril de 2017; al no concretar fecha el actor se debe considerar que se retrotraen los efectos de la disolución a fecha al 1 de abril de 2017.

Argumenta que la sentencia del Juzgado de lo Social acordando la improcedencia del despido es de fecha 10 de enero de 2018 y fue aclarada por Auto de fecha 8 de noviembre de 2018. Por tanto no pueden retrotraerse los efectos de dicha sentencia a un momento anterior a la disolución de la sociedad ganancial. En consecuencia “se retrotraen los efectos de la disolución a fecha 31 de marzo de 2017”.

3. Sentencia de la Audiencia Provincial

La esposa interpuso recurso de apelación tanto por lo que se refiere a la fecha en la que debe entenderse disuelta la sociedad de gananciales como a la exclusión del activo de la indemnización por despido cobrada por el esposo. Mediante sentencia de 26 de julio de 2020 la correspondiente Sección de la Audiencia Provincial de Madrid lo estimó parcialmente.

En concreto, considera que la disolución de la sociedad de gananciales se produjo cuando la sentencia de divorcio adquirió firmeza y no antes. Si no hay una fecha indubitada por las partes o reflejada notarialmente de la separación de hecho, ha de estarse a la fecha de la firmeza de la sentencia de divorcio.

Respecto de la indemnización por despido cobrada por el esposo, rechaza su carácter ganancial pue son tiene encaje en el concepto de salario, sino que fundamentalmente retribuye la pérdida de un derecho fundamental (art. 35 CE), que afecta principalmente a la dignidad humana, con un indiscutible componente de resarcimiento moral. En la cuantía de la indemnización influyen circunstancias profesionales, pero lo compensado no es el trabajo sino su pérdida. El despido y su fuerte efecto personal (moral, afectando a la dignidad humana) es lo que se indemniza; este es el devengo a tener en cuenta y su encaje más correcto estaría entre los bienes privativos.

IV. Posición de las partes

1. La esposa divorciada

En concordancia con lo que viene reclamando desde el principio, la esposa divorciada defiende que la indemnización por despido cobrada por esposo durante la vigencia del régimen económico es ganancial.

Alega que la cuantía establecida en concepto de indemnización por despido improcedente tiene su causa en un contrato de trabajo que se ha venido desarrollando a lo largo de la vida del matrimonio contraído. Para su cálculo el Juzgado de lo Social ha tenido en cuenta los años trabajados y todos discurren mientras estaba vigente el matrimonio y su sociedad de gananciales, régimen económico que lo regía y que no finalizó hasta que fue disuelta al alcanzar firmeza la sentencia de divorcio.

2. El esposo despedido y divorciado

El esposo se opuso a la pretensión formulada por la mujer. En su defensa desarrolla diversos argumentos: 1º) Que la decisión de la esposa de separarse fue firme desde febrero de 2017, cuando encargó a una agencia de detectives el seguimiento del esposo por sospechar de una infidelidad. 2º) Que el despido de la empresa de la que la esposa es copropietaria se produjo el 12 de abril de 2017, que fue declarado improcedente por sentencia de lo social de 10 de enero de 2018. 3º) Que cobró la indemnización cuando había transcurrido más de un año desde el cese efectivo de la convivencia, que es el momento decisivo a efectos de determinar la naturaleza ganancial de los bienes.

V. Normativa aplicable al caso

1. Estatuto de los Trabajadores

El artículo 56 ET afronta la regulación del despido improcedente y su apartado 1 dispone que cuando se califique de ese modo la terminación contractual “*el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo*”.

2. Código Civil

Por las razones ya avanzadas, interesa examinar la regulación sobre régimen matrimonial contenida en el Código Civil (CC).

El artículo 1346 CC enumera hasta ocho tipos de bienes privativos de cada cónyuge, entre los cuales aparecen: 3º) *Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos.* 4º) *Los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges.* 5º) *Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles inter vivos.*

El artículo 1347 CC enumera cinco categorías de bienes gananciales, siendo las dos primeras así: 1.º *Los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges.* 2.º *Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales.*

A tenor del artículo 1392 CC “*La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho: 1.º Cuando se disuelva el matrimonio. 2.º Cuando sea declarado nulo. 3.º Cuando se acuerde la separación legal de los cónyuges. 4.º Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código*”.

El artículo 1396 CC prescribe que “*Disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y pasivo de la sociedad*”.

VI. Doctrina básica

La sentencia comentada se basa en dos pilares: el despido se ha producido cuando todavía no se había extinguido la sociedad de gananciales y toda la indemnización se ha ido devengando durante un tiempo en que existía el matrimonio celebrado bajo régimen de gananciales^[1].

1. Carácter privativo del derecho al trabajo y ganancial del salario

La Audiencia considera que no debe incluirse la indemnización de despido en el activo porque entiende que no retribuye la actividad laboral ni es complemento del sueldo, sino retribución de la pérdida del derecho fundamental al trabajo. Pero el Tribunal Supremo considera que deben diferenciarse dos conceptos:

- El derecho al trabajo, que permite obtener un empleo en el mercado laboral y que constituye el título en cuya virtud el cónyuge trabajador accede al mercado de trabajo y desarrolla allí sus capacidades laborales.
- El beneficio que se va a obtener con el ejercicio del derecho al trabajo.

El primero es un bien privativo por tratarse de un "derecho inherente a la persona", incluido en el art. 1346.5º CC, mientras que el segundo va a ser un bien ganancial, incluido en el art. 1347.1º CC.

2. La indemnización se asimila al salario

A) Siendo claro el carácter ganancial de la remuneración, se discute la ontología de las "ganancias" obtenidas en virtud de un contrato de trabajo que se acaba y cuya extinción genera una indemnización debido a las causas establecidas en la legislación laboral.

B) Por lo pronto, se descarta que la indemnización sustituya la pérdida de un derecho privativo, por ser inherente a la persona, como es el derecho al trabajo. Ese derecho permanece incólume, ya que el trabajador despedido sigue en el mercado de trabajo y puede contratar su fuerza laboral inmediatamente después del despido.

C) La indemnización por despido constituye una compensación por el incumplimiento del contrato y por ello mismo va a tener la misma consideración que todas las demás ganancias derivadas del contrato, siempre que se hayan producido vigente la sociedad de gananciales.

D) El derecho que permite el ejercicio de la fuerza de trabajo no se ha lesionado en absoluto; lo único que ha quedado vulnerado de alguna manera es la efectiva obtención de las ganancias originadas por la inversión de este capital humano, que es lo que según el art. 1347.1.º CC resulta ganancial.

3. Aplicación del principio de proporcionalidad

A) Como acaba de exponerse, la jurisprudencia civil considera ganancial la indemnización cobrada por un esposo en virtud del despido en la empresa donde trabajaba porque tiene su causa en un contrato de trabajo que se ha venido desarrollando a lo largo de la vida del matrimonio.

B) Corolario de ello es, por tanto, que para el cálculo de la concreta cantidad que tiene la naturaleza de bien ganancial ha de estarse al porcentaje de la indemnización que corresponde a los años trabajados durante el matrimonio. Por eso, solo procede incluir dentro del activo del inventario de la sociedad de gananciales la parte que corresponda a los años trabajados durante la vigencia de la sociedad de gananciales^[2].

C) La acreditación de que se ha prestado actividad laboral relevante para la cuantía de la indemnización por despido permite destruir la presunción de ganancialidad establecida en el art. 1361 CC^[3].

4. Relevancia del factor cronológico

Para que opere la expuesta doctrina sobre carácter ganancial de la indemnización, lo decisivo es que el despido se produzca durante la vigencia del régimen económico de gananciales, aun cuando se cobre después. Lo relevante no es el momento en el que se pagó, sino que el despido se produjera durante la vigencia del régimen económico.

A su vez, la disolución del régimen económico matrimonial acaeció con la firmeza de la sentencia de divorcio, al no haberse especificado de otro modo por los cónyuges.

VII. Parte dispositiva

Tras haber expuesto los argumentos indicados, la sentencia concluye estimando el recurso de casación interpuesto por la ex esposa.

Eso significa la casación parcial de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid para declarar que procede incluir dentro del activo del inventario de la sociedad de gananciales la indemnización por despido percibida por el ex esposo (53.278,50 €).

En esta ocasión no se imponen las costas del recurso de casación a ninguna de las partes, como así había sucedido respecto de las sentencias del Juzgado y de la Audiencia^[4].

VIII. Pasajes decisivos

El apartado 2 del Fundamento Cuarto es el que condensa la doctrina sentada a propósito del tratamiento que ha de darse a la indemnización por despido en caso de disolverse la sociedad de gananciales:

La indemnización por despido constituye una compensación por el incumplimiento del contrato y por ello mismo va a tener la misma consideración que todas las demás ganancias derivadas del contrato, siempre que se hayan producido vigente la sociedad de gananciales. El derecho que permite el ejercicio de la fuerza de trabajo no se ha lesionado en absoluto; lo único que ha quedado vulnerado de alguna manera es la efectiva obtención de las ganancias originadas por la inversión de este capital humano, que es lo que según el art. 1347.1.º CC resulta ganancial.

En definitiva, la doctrina de la sala considera ganancial la indemnización cobrada por un esposo en virtud del despido en la empresa donde trabajaba porque tiene su causa en un contrato de trabajo que se ha venido desarrollando a lo largo de la vida del matrimonio, si bien tiene en cuenta en el cálculo de la concreta cantidad que tiene la naturaleza de bien ganancial el porcentaje de la indemnización que corresponde a los años trabajados durante el matrimonio.

IX. Comentario

Desde la perspectiva que ahora interesa, el examen de esta resolución judicial sirve para traer a colación algunos criterios de jurisprudencia social unificada sobre el modo de calcular la indemnización por despido^[5].

1. Módulo salarial aplicable

SALARIO DEBATIDO.- El salario regulador de la indemnización es el que debe corresponder legalmente al trabajador al tiempo de la extinción y no el que realmente viniera percibiendo, siendo el proceso por despido cauce adecuado para proceder a su debate y fijación^[6], lo que no implica que en todo caso se conceda lo solicitado por quien demanda^[7].

BONUS.- No debe computarse en el salario regulador de la indemnización un concepto retributivo coyuntural que el trabajador ya no percibía en la fecha del despido^[8]. Sí, en cambio, un “*bonus*” de carácter anual^[9], que se computará en función de la cuantía percibida en el año anterior cuando el incentivo se haya devengado pero esté pendiente de perfeccionamiento en el momento del despido^[10].

ANUALIZACIÓN.- El salario regulador de la indemnización es el cociente de dividir la retribución anual por 365^[11].

VEHÍCULOS.- Sólo entra en el salario indemnizatorio el vehículo de empresa puesto a disposición del trabajador cuando el uso particular se ha pactado como parte integrante de la retribución^[12].

SEGUROS.- En el salario regulador de la indemnización se incluye, como salario en especie, el importe de la prima del seguro de vida y accidentes de trabajo abonado por la empresa^[13].

ACCIONES.- La inclusión de los beneficios obtenidos por el trabajador por medio de la adquisición de opciones sobre compra de acciones en el salario regulador de la indemnización legal por despido improcedente pende de un estudio individualizado de los concretos planes y acuerdos de stock options que ponga de relieve si nos encontramos ante un concepto salarial en los términos del art. 26 ET^[14].

2. *Cuantías transitorias*

CONTRATOS ANTERIORES A 2012.- El importe indemnizatorio por el período de servicios anterior al 12 de febrero de 2012 no puede ser superior a cuarenta y dos mensualidades, pero si el cómputo de tales servicios arroja una indemnización inferior al importe de cuarenta y dos mensualidades, ese será el tope indemnizatorio sin que el mismo pueda incrementarse computando los servicios devengados posteriormente a esa fecha^[15].

3. *Compensación por fin de contratos encadenados*

NEUTRALIZACIÓN.- No procede la compensación con las cantidades percibidas como consecuencia de las liquidaciones de los sucesivos contratos temporales declarados fraudulentos, con excepción de la indemnización abonada por extinción del último contrato temporal que ha sido objeto de la acción de despido, con el resultado de declaración de improcedencia^[16].

4. *Tiempo de servicio computable*

UNIDAD ESENCIAL DEL VÍNCULO.- En los supuestos de sucesión ininterrumpida de contratos temporales, la antigüedad computable a efectos del cálculo de la indemnización se remonta a la fecha de la primera contratación, si existe unidad esencial del vínculo laboral, salvo que exista una solución de continuidad relevante^[17], y sin que influya el hecho de haber firmado recibos de finiquito entre los contratos sucesivos o cuando las interrupciones coinciden con el período vacacional^[18]. Tampoco rompe la unidad esencial del vínculo el hecho de que el trabajador haya percibido prestaciones de desempleo por tiempo inferior a un mes^[19].

VALIDEZ CONTRATACIONES.- El criterio precedente se aplica tanto si han mediado irregularidades en los sucesivos contratos temporales, cuanto si lo ocurrido es la mera sucesión de varios sin una solución de continuidad significativa^[20].

PLAZO INTERMEDIO.- De manera excepcional es posible tomar en cuenta prestaciones de servicios separadas por más de veinte días hábiles de la precedente si se dan circunstancias que hacen prevalecer la unidad esencial del vínculo^[21]. Así acontece cuando, aunque haya habido dos interrupciones contractuales, una de casi cuatro meses y otra después de solo un mes, el trabajador ha prestado catorce años de servicios en virtud de contratación fraudulenta y, en todo caso, había adquirido la condición de indefinido con fundamento en el artículo 15.5 ET^[22].

ETT.- En el cómputo de los sucesivos contratos temporales a efectos de determinación del tiempo de servicios para el cálculo de la indemnización por despido improcedente se incluyen los períodos de prestación de servicios a través de contratos de puesta a disposición^[23]. La antigüedad a efectos del cálculo de la indemnización por despido improcedente debe comprender todo el tiempo de servicios prestados para la empresa, y no sólo el último contrato, cuando a éste le han precedido uno o varios contratos de puesta a disposición consecutivos con el mismo objeto^[24].

CONTRATACIONES ADMINISTRATIVAS.- Procede computar los años de servicio prestados en los sucesivos contratos administrativos, celebrados en fraude de ley, interrumpidos unilateralmente por la empresa durante seis meses para efectuar a

continuación nueva contratación de obra fraudulenta, al no producir interrupción significativa entre contratos, que no quiebra la unidad esencial del vínculo, desarrollando una actividad normal y permanente, siempre la misma y en las mismas condiciones^[25].

CONTRATAS SUBVENCIONADAS.- Para determinar la conversión en indefinida de la relación laboral habiendo mediado una sucesión de contratos temporales, es irrelevante que estos estuvieran vinculados a subvenciones oficiales, de modo que su extinción ha de ser caracterizada como despido improcedente, debiendo computarse a efectos de la indemnización la totalidad del tiempo transcurrido desde el primer contrato en aplicación de la doctrina de la unidad esencial del vínculo^[26].

RENUNCIA CERCANA.- La indemnización por despido improcedente se calcula atendiendo a toda la secuencia contractual, tras una sucesión de contratos, en la que no quiebra la unidad esencial del vínculo por el hecho de que haya habido una renuncia voluntaria del trabajador cuando va a finalizar el periodo de contrata adjudicado a una mercantil y antes de ser recontratado por la contratista siguiente^[27].

5. *Tiempo de servicios computable, en general*

- **ANTIGÜEDAD RECONOCIDA.-** El módulo de 45 días de salario que establece el art. 56.1.a) ET actúa sobre el tiempo de servicios realmente prestados y no sobre la mayor antigüedad reconocida, salvo pacto o disposición en contrario^[28].
- **FRACCIÓN DE MES.-** Los días que exceden del último mes servido se consideran como un mes completo a efectos del cálculo de la indemnización^[29].
- **EXCEDENCIA FORZOSA.-** El tiempo transcurrido en la situación de excedencia forzosa no es computable como tiempo de servicios prestados a efectos de calcular la referida indemnización^[30].
- **ACTIVIDAD FUNCIONARIAL.-** Para el cálculo de la indemnización por despido improcedente se computan todos los servicios prestados sin solución de continuidad, incluidos los prestados en el marco de una relación administrativa que luego fue laboralizada^[31].
- **SUBROGACIÓN FINIQUITADA.-** La suscripción de un finiquito con el empresario transmitente no afecta a la subsistencia de la relación laboral, que se mantiene con el empresario subrogado, por lo que la indemnización por despido improcedente se calculará teniendo en cuenta el tiempo trabajado para el anterior empresario^[32].
- **DOCTRINA DEL VÍNCULO.-** Para el cálculo de la indemnización no se tendrán en cuenta los años en que el trabajador prestó servicios a la sociedad simultaneando las condiciones de consejero delegado y alto cargo^[33].
- **ETAPA DIRECTIVA.-** El periodo de tiempo trabajado como alto cargo, con suspensión de la preexistente relación laboral común, no es computable a efectos de determinar la antigüedad y fijar la indemnización en caso de despido de la relación laboral ordinaria^[34].
- **ERE IMPUGNADO.-** El período transcurrido entre la fecha en que se produjo el despido colectivo y aquella otra en la que por resolución de la actividad laboral se declaró nula la resolución autorizante hay que computarlo como “de servicio” a los efectos de indemnización por un posterior despido improcedente^[35].
- **DESPIDO YACENTE.-** La indemnización por despido improcedente se calcula hasta la fecha del despido, no hasta que la empresa opta por la indemnización^[36].
- **SENTENCIA CONSTITUTIVA.-** Cuando la extinción de la relación laboral se acuerda en la propia sentencia que declara la improcedencia del despido, por

cese o cierre de empresa, el tiempo de servicios, a efectos indemnizatorios, se computa hasta la fecha de la sentencia que declara la extinción^[37].

6. Supuestos particulares

- Aumento convencional.- El aumento de la cuantía indemnizatoria contemplado en convenio colectivo, de empleados públicos, para los casos de despido disciplinario improcedente ha de aplicarse estrictamente a los supuestos descritos en la norma^[38].
- Jornada reducida.- La indemnización del trabajador despedido cuando tiene jornada reducida por cuidado de hijo ha de calcularse tomando como módulo salarial lo percibido mientras trabaja a jornada completa^[39]. La aplicación del anterior criterio a supuesto de jornada reducida por decisión unilateral del empleador requiere la constancia del salario precedente^[40].
- MINORACIÓN UNILATERAL.- Resulta inválida la reducción unilateral del salario decidida por la empresa con anterioridad al despido con la intención de perjudicar al trabajador, no sólo en su nivel retributivo sino también en las consecuencias de un eventual despido^[41].
- EXCEDENTE.- La retribución que debe considerarse para establecer el montante indemnizatorio de un trabajador excedente no readmitido es la que le habría correspondido percibir en la fecha del despido^[42].
- CESIONES ILEGALES.- Si la sentencia que declaró ilegal la cesión no es firme, la retribución a tener en cuenta a efectos de la indemnización y salarios de trámite por despido improcedente es el que los trabajadores percibían a la fecha del despido^[43]; en otro caso, se estará al salario declarado en la sentencia que proclamó la ilegalidad de la cesión^[44].
- CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.- Cuando se concierta indebidamente una relación administrativa, el salario a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización por despido improcedente no incluye la cantidad percibida en concepto de IVA, pues no retribuye la actividad ni posee carácter salarial; además, el importe global fijado para un periodo de actividad de dieciocho meses ha de ponderarse entre tal número de unidades mensuales^[45].

X. Apunte final

La sentencia noticiada surge en pleno debate acerca de la suficiencia y finalidad de la indemnización por despido improcedente. La doctrina constitucional sobre control de convencionalidad y la entrada en vigor de los mecanismos fiscalizadores sobre cumplimiento de la Carta Social Europea están en el origen de ello.

La regulación actual (basada en tomar como base para el cálculo las magnitudes resultantes de salario y tiempo de prestación de servicios) casa bien con la jurisprudencia civil, pues le permite una asignación proporcional del carácter privativo o ganancial que posea la indemnización por despido improcedente. Lógicamente en la medida en que ese cálculo se complique por la entrada en juego de otros vectores, también sucedería así con la asignación de ontología desde la perspectiva del régimen económico matrimonial.

Referencias:

1. ^ *El despido tuvo lugar el 4 de abril de 2017 y la disolución del régimen económico se produjo con la firmeza de la sentencia de divorcio dictada el 13 de noviembre de 2017.*
2. ^ *La STS 386/2019 de 3 julio explica que “en consecuencia, no tienen carácter ganancial las cantidades correspondientes a los años en que no existía la sociedad de gananciales”.*
3. ^ *“Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges”.*
4. ^ *Conforme al artículo 398.2 LEC “En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.”.*
5. ^ *Sigo los Estudios de Jurisprudencia Social Unificada, elaborados en colaboración con F. Cavas Martínez y publicados por la Editorial Aranzadi.*
6. ^ *SSTS 25 febrero 1993 (RJ 1993, 1441) (Ponente, Sr. Desdentado Bonete); 8 junio 1998 (RJ 1998, 5114); 27 diciembre 2010 (RJ 2011, 402).*
7. ^ *STS 21 septiembre 1999 (RJ 1999, rec. 2256/1998) (Ponente, Sr. Martínez Garrido).*
8. ^ *SSTS de 27 septiembre 2004 (RJ 2004, 6986) (Ponente, Sr. Fuentes López).*
9. ^ *STS 24 octubre 2006 (RJ 2006, 7852) (Ponente, Sr. Fuentes López).*
10. ^ *SSTS de 25 septiembre 2008 (RJ 2008, 6599) (Ponente, Sr. Martín Valverde) y 14 junio 2018 (RJ 2018, 32739) (Ponente, Sr. Sempere Navarro).*
11. ^ *SSTS 30 junio 2008 (RJ 2008, 7047), 24 enero 2011 (RJ 2011, 403), 9 mayo 2011 (RJ 2011, 4744); 17 diciembre 2013 (RJ 2014, 402) y 19 julio 2017 (RJ 2017, 4162).*
12. ^ *STS 21 diciembre 2005 (RJ 2006, 589) (Ponente, Sr. García Sánchez).*
13. ^ *STS de 2 octubre 2013 (RJ 2013, 8447) (Ponente, Sra. Arastey Sahún).*
14. ^ *STS de 26 enero 2006 (RJ 2006, 2227) (Ponente, Sr. Martín Valverde).*
15. ^ *SSTS de 18 febrero 2016 (RJ 2016, 793) (Ponente, Sr. Sempere Navarro); 15 noviembre 2017 (RJ 2017, 5380) y 10 mayo 2018 (RJ 2018, 2638) (Ponente, Sra. Segoviano Astaburuaga).*
16. ^ *SSTS, Pleno, de 20 junio 2018 (RJ 2018, 3532) (Ponente, Sr. Blasco Pellicer) y 29 junio 2018 (RJ 2018, 3819). Su doctrina es aplicada por las SSTS de 11 julio 2018 (RJ 2018, 4370); 14 febrero 2019 (RJ 2019, 1617); 11 mayo 2021 (RJ 2021, 2459); 26 enero 2022 (RJ 2022, 768) (Ponente, Sr. Moralo Gallego) y 9 marzo 2022 (RJ 2022, 1399) (Ponente, Sr. Bodas Martín).*
17. ^ *SSTS 13 octubre 1998 (RJ 1998, 7429) (Ponente, Sr. Salinas Molina); 30 marzo 1999 (RJ 1999, 4414); 15 noviembre 2000 (RJ 2000, 10291) y 12 julio 2010 (RJ 2010, 6803).*
18. ^ *SSTS 29 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7540), 15 febrero 2000 (RJ 2000, 2040), 18 septiembre 2001 (RJ 2001, 8446); 18 febrero 2009 (RJ 2009, 2182) y 17 marzo 2011 (RJ 2011, 3419).*
19. ^ *STS de 29 marzo 2017 (RJ 2017, 1806) (Ponente, Sra. Segoviano Astaburuaga).*
20. ^ *SSTS 20 (Ponente, Sr. Bris Montes) y 21 febrero 1997 (RJ 1997, 1457 y 1572); 16 abril 1999 (RJ 1999, 4424); 29 septiembre 1999 (RJ 1999, 7540); 15 febrero 2000 (RJ 2000, 2040). La serie continúa con las SSTS 18 septiembre 2001 (RJ 2001, 8446), 10 y 9 abril 2005 (RJ 2005, 3034 y*

- 4536); 8 marzo 2007 (RJ 2007, 4176, 3613); 17 diciembre 2007 (RJ 2008,1390); 8 noviembre 2016 (RJ 2016, 5895) y 25 marzo 2022 (RJ 2022, 1957) (Ponente, Sra. García Paredes).
21. ^ Véanse las sentencias citadas en la nota anterior y en notas subsiguientes.
 22. ^ SSTs de 7 (2) junio 2017 (RJ 2017, 2922 y 3166) (Ponentes, Sr. Agustí Juliá y Sra. Virolés Piñol).
 23. ^ STS de 25 julio 2014 (RJ 2014, 4941)(Ponente, Sr. Agustí Juliá).
 24. ^ SSTs de 17 octubre 2006 (RJ 2006,9476) (Ponente, Sr. Iglesias Cabero) y 15 noviembre 2007 (RJ 2008,1387); 17 enero 2008 (RJ 2008, 240) y 11 mayo 2009 (RJ 2009, 4547)(Ponente, Sr. López García de la Serrana).
 25. ^ STS de 2 diciembre 2020 (RJ 2020, 5599) (Ponente, Sr. Bodas Martín).
 26. ^ STS de 9 diciembre 2020 (RJ 2020, 4959) (Ponente, Sr. Molins García-Atance).
 27. ^ SSTs de 26 enero 2022 (RJ 2022, 740) (Ponente, Sr. Sempere Navarro) y 8 marzo 2022 (RJ 2022, 1767) (Ponente, Sra. Ureste García).
 28. ^ SSTs 8 marzo 1993 (RJ 1993, 1712)(Ponente, Sr. Martínez Emperador); 30 junio 1997 (RJ 1997, 4950); 30 noviembre 1998 (RJ 1998, 10043); 21 marzo 2000 (RJ 2000, 3421); 5 febrero 2001 (RJ 2001, 2144).
 29. ^ SSTs de 31 octubre 2007 (RJ 2008, 297)(Ponente, Sra. Virolés Piñol); 12 noviembre 2007 (RJ 2007, 9334); 11 febrero 2009 (RJ 2009, 1335); 20 julio 2009 (RJ 2009, 4184)(Ponente, Sr. Gullón Rodríguez).
 30. ^ SSTs 30 junio 1997 (RJ 1997, 4950) (Ponente, Sr. Campos Alonso); 26 septiembre 2001 (RJ 2001, rec. 4414/2000)(Ponente, Sr. Botana López).
 31. ^ STS 4 abril 2001 (RJ 2001, rec. 3195/2000)(Ponente, Sr. Fuentes López).
 32. ^ STS 16 marzo 1999 (RJ 1999, rec. 2850/98)(Ponente, Sr. Martín Valverde).
 33. ^ STS de 20 de noviembre de 2002 (rec. 337/2002)(Ponente, Sr. Samper Juan).
 34. ^ STS 18 febrero 2003 (RJ 2003, rec. PROV. 118386)(Ponente, Sr. Sampedro Corral).
 35. ^ SSTs 21 diciembre 2001 (RJ 2002, 4269) (Ponente, Sr. Sampedro Corral); 17 enero 2002 (RJ 2002, 3757); 22 noviembre 2005 (RJ 2005, 10048) (Ponente, Sr. Iglesias Cabero).
 36. ^ STS de 10 junio 2009 (RJ 2009, 5016)(Ponente, Sr. Agustí Juliá).
 37. ^ STS de 6 octubre 2009 (RJ 2009, 5660)(Ponente, Sr. Salinas Molina).
 38. ^ SSTs 25 mayo 1999 (RJ 1999, 6002) (Ponente, Sr. Martín Valverde); 21 septiembre 1999 (RJ 1999, rec. 213/1999).
 39. ^ STS 11 diciembre 2001 (RJ 2002, rec. 1817/2001) (Ponente, Sr. Samper Juan).
 40. ^ STS 19 diciembre 2002 (RJ 2003, rec. 3668/2000) (Ponente, Sr. Iglesias Cabero).
 41. ^ STS de 30 junio 2011 (RJ 2011, 6102)(Ponente, Sra. Segoviano Astaburuaga).
 42. ^ STS 12 marzo 2003 (RJ 2003, PROV. 118616)(Ponente, Sra. Calvo Ibarlucea)
 43. ^ STS 13 octubre 1995 (RJ 1995, 7745)(Ponente, Sr. Fuentes López).
 44. ^ STS 22 diciembre 1995 (RJ 1995, rec. 2891/94)(Ponente, Sr. Bris Montes).
 45. ^ STS de 24 septiembre 2014 (RJ 2014, 5190)(Ponente, Sr. Sempere Navarro).

§ 13 **Convenios colectivos vs Estatuto de los Trabajadores: El problema del días a quo en el disfrute de permisos retribuidos.**

Susana Molina Gutiérrez

Magistrada de la jurisdicción social (TSJ de Madrid).

Resumen: *La cuestión de fondo que aborda el Tribunal se centra en la concreción del días a quo para el inicio del disfrute de los permisos regulados en las letras a), b), c), f) y k) del artículo 19 del convenio colectivo sectorial de Jardinería, cuando el hecho causante que determine su disfrute acontezca en día no laborable.*

Palabras clave: *Permisos retribuidos. Fecha de disfrute. Días a quo.*

Abstract: *The substantive issue addressed by the Court focuses on the realization of the días a quo for the beginning of the enjoyment of the permits regulated in letters a), b), c), f) and k) of article 19 of the sectoral collective agreement of Gardening, when the causal event that determines its enjoyment occurs on a non-working day.*

Keywords: *Paid permits. Enjoyment date. Días a quo.*

I. Introducción

Se enfrenta la Sala Cuarta a cuestión que no le es novedosa (si bien en relación con convenios colectivos distintos) relativa a la concreción del *días a quo* para el inicio del disfrute de los permisos regulados en las letras a), b), c), f) y k) del artículo 19 del convenio colectivo sectorial de Jardinería, cuando el hecho causante que determine su disfrute acontezca en día no laborable.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia número 982, de 20 de diciembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 104/2021.

ECLI: ES:TS 2022:4901

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. Concepción Rosario Ureste García.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Nos enfrentamos frente a un conflicto colectivo promovido por la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FeSM-UGT) y por la Federación de Emplead@s de Servicios Públicos de UGT, quienes solicitaron se declarase el derecho de los trabajadores afectados por el Convenio Colectivo Estatal de Jardinería a que el *dies a quo* para el inicio del cómputo de disfrute de los permisos regulados en las letras a), b), c), f) y k) del artículo 19 del mismo, cuando el hecho causante que determine su disfrute acontezca en día no laborable, se ubicara en el primer día laborable.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional^[1] desestimó el razonando que dado *“el convenio mejora la regulación del artículo 37 del ET, debe estarse a la literalidad de la norma y así, A los efectos de determinar el inicio del cómputo, atendiendo a la literalidad y mejora de la norma convencional que no habla de “ausentarse del trabajo”, sino de permisos especiales retribuidos”*

Añade que “el concepto “día natural” es un concepto jurídico dotado de un significado concreto. El art. 30.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, diferencia entre días hábiles y naturales. Los días hábiles excluyen los sábados, domingos y festivos; mientras que los días naturales son los 365 o 366 días del año. El concepto “día laborable” está recogido también en la normativa laboral (arts. 74.3 y 76.2 del ET). El concepto “día natural” es un concepto jurídico dotado de un significado concreto”. Y concluye que “el Convenio Colectivo no habla de “derecho a ausentarse del trabajo” sino de “permisos especiales retribuidos” que son una clara mejora del art. 37 del ET, por lo que siguiendo el criterio de la literalidad, como el convenio distingue entre días naturales y laborables, y no especifica que el permiso cuente desde el primer día laborable después del evento, es forzoso concluir que estos no pueden posponer su comienzo al día hábil siguiente”

IV. Posición de las partes

Los sindicatos actores recurren en casación ordinaria denunciando la infracción del artículo 37.3 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores^[2] en relación con el artículo 19 del convenio precitado, así como de los artículos 3.4 y 1.281 del Código Civil, todo ello en conexión con la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de la Sala Cuarta de 13 de febrero de 2018 (rec.266/2016), 11 de marzo de 2020 (rec.192/2018), 17 de marzo de 2020 (rec.193/2018), 9 de julio de 2020 (rec.198/2020) y 29 de septiembre de 2020 (rec.244/2018).

Se oponen a la estimación del recurso la Asociación de Empresas de Gestión de Infraestructura Verde (ASEJA) y la Asociación de Empresas Restauradoras del Paisaje y el Medio Ambiente (ASERPMA) razonando que el precepto sobre cuya interpretación se controvierte ha mantenido la misma dicción desde versiones precedentes, habiendo sido negociado el texto por el sindicato ahora recurrente.

Por su parte, el Ministerio Fiscal informó la improcedencia del recurso, señalando que la sentencia se funda en los criterios interpretativos establecidos en la sentencia de esta Sala IV de fecha 11 de marzo de 2020 (rec núm. 188/2018)^[3].

V. Normativa aplicable al caso

Como hemos anticipado, la Sala, en la resolución analizada, se enfrenta a la interpretación del artículo 19 del Convenio Colectivo Estatal de Jardinería 2017-2020 publicado en el BOE de 9.02.2018, que establece que: *“Los trabajadores/as, tendrán derecho a los siguientes permisos especiales retribuidos, abonándose estos como efectivamente trabajados”:*

- a) *Por matrimonio 16 días naturales.*

b) *Por intervención quirúrgica grave, hospitalización, enfermedad o accidente grave o fallecimiento de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, 4 días naturales si es en la provincia donde reside el trabajador/a y 5 días naturales si es fuera de la misma.*

c) *Por fallecimiento de parientes de tercer grado de consanguinidad o afinidad 1 día natural.*

d) *Por nacimiento o adopción de hijo, 4 días naturales de los que al menos dos de ellos serán hábiles.../.*

f) *Dos días por traslado de domicilio.*

k) *Un día natural, dos si es fuera de la provincia, por matrimonio de padres, hijos, nietos y hermanos, de uno u otro cónyuge con el límite anual máximo de tres bodas por año natural o proporcionalmente su fuera inferior al tiempo de duración del contrato de trabajo”.*

VI. Doctrina básica

Nuestro Alto Tribunal parte, para ofrecer respuesta al conflicto sometido a su juicio, de la doctrina europea^[4] sobre disfrute de permisos retribuidos (también manejada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional), en cuya virtud para que surja el derecho al mismo es preciso que concurren dos elementos o requisitos: el primero de ellos es la producción de alguno de los acontecimientos contemplados en la norma; y el segundo que el mismo concorra durante el “periodo de trabajo”.

Establecido lo anterior, centra su razonamiento la Sala en la concreta reglamentación convencional negociada por las partes para ello legitimadas. Así, recuerda que no se analiza cuestión novedosa, o ajena a la doctrina de la Sala, pues ya ha tenido ésta diversas ocasiones previas de pronunciarse al respecto^[5], concluyendo que con carácter general una norma convencional no puede ser otra cosa que una mejora del régimen de permisos contenido el artículo 37.3 de la norma estatutaria, de tal suerte que si el texto pactado mejora dicha reglamentación a él deberá de estarse; y “por ello aceptamos entonces una distinción relativa al día de inicio de cada permiso ya que la norma convencional de la que dimanaban había ido discerniendo claramente entre días naturales y días laborables”^[6].

Continúa argumentando que el artículo 19 del precitado convenio utiliza como regla general el calificativo de “días naturales” y “no laborables” al referirse a los días que conforman los permisos especiales retribuidos, pero no habla de “derecho a ausentarse del trabajo”; y añade los permisos no enlazan su finalidad con el derecho al descanso, sino con la causa o móvil que los motiva. Esta realidad es la que determina que en la interpretación^[7] de cada apartado haya de estarse a la concreta regulación de cada uno de los permisos utiliza como regla general el calificativo naturales y no laborables de los días que conforman aquellos permisos especiales retribuidos.

Esta realidad determina que se analice permiso por permiso, insistiendo en que si la regulación convencional mejora la estatutaria habremos de estar en todo caso a lo negociado. Examinaremos la respuesta ofrecida respecto de cada uno de los permisos:

1) Respecto del permiso de matrimonio (que mejora en un día de disfrute el previsto en el ET, y el cual se refiere a días naturales) se concluye que, si el hecho causante acontece en un día no laborable para el trabajador, no cabe posponer el inicio de su disfrute al primer y siguiente día hábil, pues tal previsión no está contenida en el convenio.

2) Para el permiso por intervención quirúrgica grave, hospitalización, enfermedad o accidente grave o fallecimiento de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, la cuantía de su disfrute duplica la del Estatuto de los trabajadores al establecerla en cuatro o cinco días naturales (y por tano inclusivos de días laborales y

no laborales) en función del lugar de producción del hecho que los genera (dentro, o no, de la provincia de residencia del trabajador).

3) En el caso de permiso por fallecimiento de parientes de tercer grado de consanguinidad o afinidad, y de matrimonio de padres, hijos/as, nietos/as y hermanos/as, de uno u otro cónyuge con el límite anual máximo de tres bodas por año natural o proporcionalmente si fuera inferior al tiempo de duración del contrato de trabajo; se trata de permisos no contemplados en el ET, por lo que el *dies a quo* para el disfrute será el del día en que se produzca el hecho que lo genera.

4) Para el del permiso por nacimiento o adopción de hijo el precepto puntualiza que 4 días naturales, con la especial concreción que dispone que al menos dos de ellos serán hábiles

5) En último término se refiere la Sala al permiso de dos días por traslado de domicilio, donde el convenio no utiliza la expresión de “día natural” por lo que considera la el Tribunal que ha de interpretarse dicha referencia como hecha a días laborales, comenzando su disfrute si el hecho se produce en día no laboral, en el primer siguiente día laborable.

VII. Parte dispositiva

Atendiendo a lo expuesto la Sala concluye que procede la estimación parcial de los recursos formalizados, casando y anulando en parte la sentencia que impugna a fin de estimar en parte la demanda de conflicto colectivo y declarar el derecho de los trabajadores afectados a que el *dies a quo* del permiso regulado en el apartado f) del art. 19 del Convenio Colectivo Estatal de Jardinería 2017-2020, cuando el hecho causante suceda en día no laborable para el trabajador, tenga que iniciarse en el siguiente día laborable, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración, manteniendo los restantes pronunciamientos de aquella resolución.

VIII. Pasajes decisivos

Centra el Tribunal sus razonamientos jurídicos más relevantes en los fundamentos de derecho cuarto a sexto, donde sintetiza su doctrina unificada sobre la cuestión que nos ocupa.

IX. Comentario

Varias cuestiones se desprenden de la sentencia que comentamos. La primera de ellas, es que la cuestión que se somete a conocimiento del Tribunal no puede ser calificada de novedosa, pues ya ha sido abordada en numerosas ocasiones, si bien ocasión de la interpretación de otros convenios colectivos.

No obstante, esa diversidad de normas pactadas interpretadas, la *ratio decidendi* en todos los casos se depositó en principios generales rectores de nuestro ordenamiento como son el principio de norma mínima del Estatuto de los Trabajadores respecto del convenio colectivo; y la doctrina tradicional sobre interpretación de convenios.

Así, respecto del principio de norma mínima cabe señalar que toda norma laboral, de acuerdo con su rango formal, actúa como condicionante mínimo del contenido de la norma subordinada o de inferior rango.

El principio de norma mínima significa que las normas de rango superior establecen el contenido mínimo de la norma que la sigue, estableciendo unas condiciones de trabajo inderogables en perjuicio del trabajador. Por tanto, las normas laborales de inferior rango pueden establecer mejores condiciones de trabajo que la norma de superior rango, pero nunca empeorarlas.

Este principio implica que no se podrán aplicar normas que supongan una minoración de los derechos de los derechos mínimos de los trabajadores establecidos

en normas de superior rango (contraviniendo una norma de derecho imperativo relativo).

Se aplica en los frecuentes casos de relación de complementariedad entre ley y convenio colectivo, en los que éste aminora los derechos mínimos establecidos en aquella, de modo que quedan inaplicadas aquellas cláusulas que establezcan un contenido del derecho inferior al mínimo regulado en la ley. Por lo tanto, en estos supuestos queda únicamente vigente y aplicable la norma de rango superior a la materia de que se trate.

Este principio de norma mínima no es aplicable a las relaciones entre ley y normas de rango reglamentario, bien por la reserva de ley existente sobre determinadas materias, así como también por la aplicación del principio de jerarquía normativa (art. 3.2 ET), que impide al reglamento regular una materia estableciendo condiciones contrarias a las establecidas en una norma de superior rango^[8].

Y en cuanto a la interpretación de los convenios, como decía el Profesor Alonso Olea la esencia del convenio colectivo se halla en su peculiarísima forma de refundir en un todo unitario la norma y el contrato, la fuente del Derecho y la fuente de la obligación. El convenio colectivo es un contrato normativo, o una norma de origen contractual, o como decía Carnelutti “un híbrido con alma de ley con cuerpo de contrato”. Es precisamente esa especial naturaleza la que permite que la interpretación de los convenios colectivos pueda basarse tanto en las reglas propias de interpretación de las normas (art. 3.1 CC “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”), como en las de interpretación de los contratos (art. 1281 a 1289 del CC^[9])

En la aplicación e interpretación de los convenios desempeñan un papel destacado las comisiones paritarias que obligatoriamente deben constituirse por los propios convenios (art. 91 y 85.3 ET), y a las que se atribuyen funciones interpretativas, mediadoras, arbitrales y de vigilancia del cumplimiento de lo pactado que, en principio, vinculan a la jurisdicción (por todas, STS de 3 de junio de 1991).

Tales comisiones mixtas, ni son órganos de decisión que suplanten la potestad jurisdiccional (STC de 14 de enero de 1981), ni poseen funciones representativas, ni pueden modificar las condiciones pactadas; el acudir a ellas es necesario cuando así lo determine el propio convenio.

La LRET completó la redacción del artículo 91 del ET incluyendo reglas sobre la resolución de los conflictos de aplicación e interpretación de los convenios colectivos mediante procedimientos de mediación o arbitraje^[10].

X. Apunte final

La doctrina analizada, conduce a concluir que la clave para poder dar respuesta a pretensiones como las que nos ocupan se encuentra, como en gran número de ocasiones, en el análisis pormenorizado del caso concreto. Así, insiste el Tribunal, partiendo del sistema de fuentes que disciplinan la relación laboral contenido en el artículo 3 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, que la naturaleza mejoradora del convenio respecto de lo regulado en el mismo impone la sujeción a los pactado en los términos negociados por quienes se encuentran legitimados para ello.

Esta conclusión no resulta novedosa, pues como hemos anticipado no es más que un fiel reflejo de la aplicación de los principios rectores de nuestro orden social al caso, así como de la doctrina más tradicional sobre interpretación de los convenios colectivos.

Referencias:

1. ^ De fecha 3 de febrero de 2021 (procedimiento de CCO 27/2019).
2. ^ Aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.
3. ^ *Recaída en el asunto TRAGSATEC sobre la interpretación del artículo 6 del convenio colectivo de empresa que distinguía entre permisos a disfrutar en uno o varios días hábiles o naturales. Se afirma que cuando la norma no es concreta ha de considerarse que el permiso cuyo hecho causante acontece en día natural festivo ha de considerarse que su disfrute se inicia desde el primer día hábil siguiente, pues es cuando existe obligación de trabajar.*
4. ^ *Sentada entre otras en SJUE de 4 de junio de 2020 Asunto FETICO y otros, C-588/18.*
5. ^ *A saber: Sentencia de 30 de marzo de 2022 (recurso 136/2020, la cual se remite a la de 29 de septiembre de 2020 (recurso 244/2018) relativas a la interpretación del convenio Colectivo estatal para el sector del Contact Center (STS/4ª de 13 febrero 2018, rec.266/2016); el Convenio colectivo del sector de Empresas de Ingeniería y Oficinas de Estudios Técnicos (STS/4ª de 11 marzo 2020, rec.192/2018); el Convenio Colectivo Nacional de Empresas de Ingeniería y Oficinas de Estudios Técnicos y Acuerdo de Homologación de condiciones para el personal de TRAGSATEC (STS/4ª de 11 marzo 2020, rec.188/2018); el V Convenio colectivo estatal de empresas de trabajo temporal (STS/4ª de 17 marzo 2020, rec.193/2018); y el XVII Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría y Estudios de Mercado y de la Opinión Pública -BOE de 6 marzo 2018- STS/4ª de 9 julio 2020, rec.198/2018)". Por su parte, la STS 811/2020, 29 de septiembre de 2020 (rec.244/2018) se pronuncia sobre el Convenio colectivo del sector de Grandes Almacenes 2017-2020 (BOE 7 de octubre de 2017).*
6. ^ STS 226/2020, 11 de marzo de 2020 (rec.188/2018).
7. ^ *Sobre la interpretación de los convenios colectivos recordar que una antigua línea jurisprudencial sostenía que "la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos (y el convenio colectivo participa de tal naturaleza) es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual" (SSTS de 5 de junio de 2012, rec.71/2011; de 15 de septiembre de 2009, rec.78/2008, entre muchas otras). De este modo, decíamos, "en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los Órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos comitentes" (STS de 20 de marzo de 1997, rec.3588/1996). Sin embargo, con arreglo a la doctrina que actualmente acogemos, frente a la opción de dar por buena, en todo caso, la interpretación efectuada por la sentencia de instancia, la Sala considera que lo que le corresponde realizar en supuestos como el presente, en los que se discute aquella interpretación, consiste en verificar que la exégesis del precepto convencional efectuada por la sentencia recurrida se adecúa a las reglas de interpretación que se*

derivan de los artículos 3 y 1281 y ss. CC, tal como las ha venido analizando la Sala en la jurisprudencia recién expuesta".

8. ^ A este respecto, MARTIN VALVERDE, A. y otros. *Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos. Septiembre de 2021. MONTROYA MERGAR, A. *Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos. 2022.
9. ^ A saber: Art. 1.281 CC: Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas. Art. 1282 CC: Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato. Artículo 1283 CC: Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar. Artículo 1284 CC: Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto. Artículo 1285 CC: Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas. Artículo 1286 CC: Las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato.
10. ^ En este sentido, proclama el artículo 91 del ET vigente que, sin perjuicio de las competencias legalmente atribuidas a la jurisdicción social, el conocimiento y resolución de las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos corresponderá a la comisión paritaria de los mismos. No obstante, lo establecido en el apartado anterior, en los convenios colectivos y en los acuerdos a que se refiere el artículo 83.2 y 3, se podrán establecer procedimientos, como la mediación y el arbitraje, para la solución de las controversias colectivas derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos. El acuerdo logrado a través de la mediación y el laudo arbitral tendrán la misma eficacia jurídica y tramitación que los convenios colectivos regulados en esta ley, siempre que quienes hubiesen adoptado el acuerdo o suscrito el compromiso arbitral tuviesen la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un convenio colectivo conforme a lo previsto en los artículos 87, 88 y 89. Estos acuerdos y laudos serán susceptibles de impugnación por los motivos y conforme a los procedimientos previstos para los convenios colectivos. Específicamente cabrá el recurso contra el laudo arbitral en el caso de que no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto, o cuando el laudo hubiese resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión. En los supuestos de conflicto colectivo relativo a la interpretación o aplicación del convenio deberá intervenir la comisión paritaria del mismo con carácter previo al planteamiento formal del conflicto en el ámbito de los procedimientos no judiciales a que se refiere el apartado anterior o ante el órgano judicial competente. Las resoluciones de la comisión paritaria sobre interpretación o aplicación del convenio tendrán la misma eficacia jurídica y tramitación que los convenios colectivos. Los procedimientos de solución de conflictos a que se refiere este artículo serán, asimismo, de aplicación en las controversias de carácter individual, cuando las partes expresamente se sometan a ellos.

§ 14 **Prestación por adopción del hijo/a del cónyuge o pareja: comentario a una sentencia dictada según la normativa anterior al RDL 6/2019 cuyas enseñanzas sirven para después.**

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la jurisdicción social (TSJ de Galicia).

Resumen: *Comentario de una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de España en la cual se reconoce el derecho a la suspensión del contrato de trabajo y prestación de adopción a favor de la esposa del padre biológico cuando aquella adopta al hijo de este nacido por gestación por sustitución y con el cual convivió desde el nacimiento. Aunque la sentencia resuelve la cuestión atendiendo a la normativa anterior al Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, la doctrina que en ella se sienta es válida para resolver casos que se pueden plantear posteriormente.*

Palabras clave: *Descanso y prestaciones por adopción.*

Abstract: *Commentary on a judgment of the Social Chamber of the Supreme Court of Spain in which the right to suspension of the employment contract and social security provision for adoption is recognized in favor of the wife of the biological father when she adopts his son born by surrogate pregnancy and with whom she lived from birth. Although the ruling resolves the issue in accordance with the regulations prior to the Royal Decree-Law 6/2019, of March 1, on urgent measures to guarantee equal treatment and opportunities between women and men in employment and occupation, the doctrine that is established in it is valid to solve cases that can be raised later.*

Keywords: *Rest and social benefits for adoption.*

I. Introducción

La Sentencia 997/2022 del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 21 de diciembre de 2022, objeto de comentario, aborda el problema de si procede la suspensión del contrato de trabajo y subsiguiente prestación de adopción en supuestos de adopción del hijo/a del cónyuge o pareja cuando este ya ha disfrutado en su momento de la prestación de maternidad, en el caso analizado por ser el padre biológico en un supuesto de gestación por sustitución en el cual la madre biológica ha renunciado a sus derechos como madre.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala de lo Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 997/2022, de 21 de diciembre.

Tipo y número recurso: RCUD núm. 3763/2019.

ECLI:ECLI:ES:TS:2022:4943

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. *Los hechos del caso litigioso*

Al esposo de la demandante se le reconoció una prestación por maternidad, entre el 13/09/2017 y el 02/01/2018, a consecuencia del nacimiento de su hijo que se produjo a través de una gestación subrogada con una madre biológica que renunció a la maternidad. Desde el nacimiento, la demandante, su esposo y el hijo convivieron en el mismo domicilio y aquella obtuvo la adopción del menor por Auto de 21/05/2018 del Juzgado de Primera Instancia 6 de Bilbao. La demandante ha desempeñado de facto las funciones de madre.

Solicitada por la trabajadora la prestación de maternidad a consecuencia de la adopción, el INSS se la desestima porque "la situación de necesidad en la que reposa incluye únicamente los supuestos en que el adoptado se incorpora por primera vez a una nueva unidad familiar y ello no se da cuando este es el hijo del cónyuge del adoptante".

Desde la notificación de la denegación inicial de su solicitud de prestación de maternidad, la demandante no ha faltado a su trabajo sino que ha continuado trabajando.

2. *El juicio en instancia y en suplicación*

La trabajadora demandó ante los Juzgados de lo Social de Bilbao, siendo repartida la demanda al número 11 que, en Sentencia de 15/03/2019, estimó la demanda rectora.

El INSS interpuso recurso de suplicación. El TSJ/País Vasco dictó sentencia con fecha 18 de junio de 2019 (rec. sup. 976/2019), estimando el recurso, revocando la sentencia y desestimando la demanda rectora, argumentando que no es posible que por un mismo hijo ambos miembros de la pareja tengan derecho a la prestación de maternidad y que la adopción formal del menor no coincidió con el inicio de la convivencia con el menor. Niega el TSJ estar en el mismo caso que el resuelto en la STS de 15 de septiembre de 2010 (rcud. 2289/2009) porque en aquel caso no se trataba de una maternidad subrogada, y aquí sí.

3. *El recurso de casación para la unificación de doctrina*

La trabajadora interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina contra la STS/País Vasco invocando como contraste la STS/Madrid de 3 de octubre de 2014 (rec. sup. 117/2014), que sí aplicó la doctrina de la citada STS de 15 de septiembre de 2010.

El recurso ha sido impugnado por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, quien solicita su desestimación y la confirmación de la sentencia recurrida.

Partiendo de la existencia de contradicción, la representante del Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso atendiendo a la STS de 15 de septiembre de 2010.

IV. Posición de las partes

La trabajadora pretende la revocación de la sentencia de suplicación recurrida y la confirmación de la sentencia de instancia, donde se estimaba la demanda rectora.

El INSS pretende la confirmación de la sentencia de suplicación recurrida.

El Ministerio fiscal considera se debe estimar el recurso de casación unificadora.

V. Normativa aplicable al caso

Estatuto de los Trabajadores, artículo 48, en su redacción anterior al Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

Ley General de la Seguridad Social, artículos 177 y 183, en su redacción anterior al citado RDL 6/2019.

VI. Doctrina básica

Durante la vigencia de las normas anteriores a las reformas de 2019, la adoptante del hijo biológico de su cónyuge tiene derecho a la prestación asociada a tal acontecimiento aunque el padre biológico haya disfrutado de la prestación asociada a esa cualidad y hubiera habido convivencia familiar desde el nacimiento, fruto de gestación subrogada.

Solución a la que el TS llega después de sentar las cuatro siguientes premisas:

— La convivencia previa entre adoptante y menor no impide el nacimiento del derecho a disfrutar la prestación de Seguridad Social.

— La gestación subrogada es inocua a los efectos de lucrar la prestación de Seguridad Social por adopción.

— El menor puede generar dos prestaciones sucesivas.

— Derecho a la prestación por adopción cuando el menor ha dado ya lugar a que su padre biológico disfrute de la maternidad.

VII. Parte dispositiva

(1) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora. (2) Casar y anular la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ/ País Vasco. (3) Resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimar el recurso de tal índole interpuesto por el INSS. (4) Confirmar y declarar firme la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 11 de Bilbao, sobre reconocimiento de prestación de maternidad. (5) No adoptar decisión especial en materia de costas procesales, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia como consecuencia de los recursos que ahora resolvemos.

VIII. Pasajes decisivos

En definitiva, lo que se debate es si procede la suspensión del contrato de trabajo y prestación de maternidad en supuestos de adopción, cuando se reúnen todos los requisitos exigidos por la situación protegida, sin que tenga relevancia alguna, que en este supuesto nos encontremos ante un supuesto de maternidad subrogada.

Que el padre biológico del adoptado hubiera disfrutado del permiso de maternidad no puede impedir que ahora lo haga la adoptante, puesto que la Ley establece ese momento como el preceptivo para que surja el hecho causante, no otro anterior como pudiera ser el de la integración del menor en la unidad familiar.

Ni el tenor de las normas ni los argumentos de la sentencia recurrida (o los de la Resolución frente a la que se reclama) muestran aspectos que nos induzcan a variar esa conclusión, por lo demás sólidamente entroncada con el mandato constitucional

de proteger las situaciones de necesidad queridas por el legislador (art. 41 CE) y la interpretación de las normas procurando la mayor igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (art. 4 LOI, usualmente identificado como «perspectiva de género»).

IX. Comentario

Para que los derechos de conciliación se configuren como auténticos derechos fundamentales^[1] de manera que sirvan para la superación de las desigualdades de trato y oportunidades entre mujeres y hombres (artículo 14 de la CE), y sean respetuosos con el derecho fundamental a la privacidad de las familias y de las personas que las integran (artículo 18 de la CE), se deben sustentar en determinados principios entre los cuales se encuentra (y así lo hemos sostenido en anteriores ocasiones^[2]) el principio de contemplación de la diversidad de familias que debería conducir a que la cobertura proveída por las normas laborales y de protección social respecto de las necesidades de todas las familias, sea cual sea el modelo de familia de que se trate y los cambios que conozca en su composición, se produzca en términos de equivalencia tanto en igualdad de trato como de oportunidades.

Sin embargo, nuestras normas laborales y de protección social se han construido sobre un modelo de familia sustentada sobre un matrimonio heterosexual concebido como indisoluble salvo por el fallecimiento de uno de los cónyuges, y con hijos/as naturales. Incluso en el desgraciado caso del fallecimiento, la norma no atendía a las necesidades derivadas de la realidad de la familia monoparental subsiguiente. Un ejemplo paradigmático era la situación menesterosa en la cual las normas condenaban a las viudas (que ni disponían de una pensión digna en términos cualitativos, ni se podían casar de nuevo para no perder la pensión de viudedad). A los padres, en el caso de fallecimiento de la madre en el parto, no se les reconoció hasta 1989 un permiso para cuidado del recién nacido, y cuando entonces se les reconoció, solo se reconocieron 2 semanas, y no las 16 actuales.

Dicho modelo más tradicional de familia no es el único modelo de familia en una sociedad democrática moderna respetuosa con el derecho al libre desarrollo de la personalidad de quienes la integran. Y ello ha obligado a los poderes públicos a acomodar las normas laborales y de protección social a la diversidad de familias (uniones de hecho; familias con hijos/as adoptados o con menores acogidos; familias monoparentales; familias basadas en un matrimonio o unión homosexual, con problemáticas no exactamente iguales según si se trata de hombres o de mujeres), y a su carácter cambiante (la disolubilidad del matrimonio y de la unión de hecho multiplica las posibilidades de cambios en cada una de las realidades familiares a que nos hemos referido, saliendo o entrando nuevos miembros).

Otros fenómenos vienen a añadir nuevas complejidades a esa necesaria labor de acomodación de la legislación a la diversidad de las familias y sus cambios. Las técnicas de reproducción asistida, tanto las legales en nuestro ordenamiento jurídico (como la inseminación artificial de donante anónimo), como las ilegales, pero que se producen en virtud de la salida a países extranjeros en que son legales las técnicas que son ilegales en España (maternidad subrogada). Añade también complejidad la transición de género de mujer a hombre sin perder la capacidad gestante, que permite gestar a los hombres trans.

Tal necesaria labor de acomodación de la legislación a la diversidad de las familias y sus cambios, o principio de contemplación de la diversidad de familias, ha obligado a múltiples reformas de las normas laborales y de protección social en los últimos decenios que, con el tímido precedente de la Ley 3/1989, de 8 de marzo, sobre medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo, fundamentalmente han venido de la mano de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras de conciliación, de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, y de su reforma posterior a través del Real Decreto-ley 6/2019, de

1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

Integrada en este contexto de evolución normativa, se inscribe la jurisprudencia sobre el derecho a la suspensión del contrato y a la protección social por la adopción del hijo/a del cónyuge o pareja de hecho. Tal jurisprudencia encuentra el *leading case* en la STS de 15 septiembre de 2010 (rcud. 2289/2009). Supuesto de hecho: una unión legalmente constituida de mujeres; la madre biológica del menor había disfrutado en su momento de la prestación por maternidad; su pareja, que había adoptado legalmente al menor, reclamaba la prestación por adopción; existía convivencia previa a la adopción entre adoptante y adoptada que la entidad gestora invocaba como impositiva del subsidio porque la finalidad de este, según la gestora, era integrar al adoptado en la familia, y en el caso el menor ya estaba integrado en la familia. Solución de la STS de 15/09/2010: se reconoce la prestación porque “entre los supuestos de denegación, anulación y suspensión del derecho no figura la circunstancia de que la menor hubiera convivido con la adoptante con anterioridad al inicio del descanso por maternidad y solicitud de la correspondiente prestación”.

No obstante, la doctrina de esta STS quedó en *stand-by* en virtud de dos decisiones posteriores. Se trata de la STS (Pleno) 685/2020 de 21 julio (rcud. 4015/2017), y de la STS 1004/2021 de 13 octubre (rcud. 3904/2018). En ambos casos, la sentencia recurrida negaba la prestación por adopción en el supuesto de adopción de la hija biológica del padre de la menor nacida en gestación por sustitución. En ambos casos, la sentencia invocada como referencial era la STS de 15/09/2010. Y en ambos casos, el TS niega la contradicción considerando que las sentencias comparadas aplican normas distintas: la Ley Orgánica 3/2007 era inaplicable *ratione temporis* en el caso de la STS de 15/09/2010, mientras que era aplicable en el caso de las sentencias recurridas, lo que no solo se considera una diferencia formal, también de fondo porque la Ley Orgánica 3/2007 modificó el ET para crear la suspensión del contrato por paternidad y la LGSS para crear la prestación de paternidad. De ahí que (se concluye) “todo apunta” a que la voluntad del legislador es que si uno de los progenitores disfrutó la suspensión y prestación de maternidad, el otro no disfrute de una segunda prestación por maternidad, sino de la suspensión y prestación por paternidad, con lo cual tras este cambio normativo resulta “más problemático” llegar a la conclusión de la STS de 15/09/2010 de que dos hechos sucesivos distintos (la maternidad biológica primero y la adopción del así nacido por la otra persona integrante de la pareja después) permiten generar dos prestaciones de maternidad sucesivas. Obsérvese que en estas SSTS 685/2020 y 1004/2021 se advierte de que “todo apunta” a una interpretación diferente a la de la STS de 15/09/2010 y de que llegar a su interpretación es “más problemático”; pero en ningún momento se descarta expresamente el poder llegar a ella.

Veamos ahora el supuesto de hecho de la sentencia objeto de nuestro comentario (STS 997/2022, de 21 de diciembre de 2022, rcud. 3763/2019): un matrimonio heterosexual en que, constante matrimonio, el hijo es del esposo con una madre subrogada en un país donde ello es legal; la cónyuge, que siempre se ha comportado como madre desde el nacimiento del hijo, lo adopta y pretende acceder a la prestación social. En este caso, la sentencia recurrida sigue la tónica de las sentencias recurridas en los dos anteriores supuestos de negar el descanso y prestación por adopción; pero en este caso no se invoca como contradictoria la STS de 15/09/2010, sino una sentencia de duplicación en cuyo caso era ya aplicable la Ley Orgánica 3/2007. Por ello, se aprecia aquí la existencia de contradicción que habilita admitir el recurso de casación para la unificación de doctrina.

Pues bien, en este caso se recupera (resolviendo en el fondo tras la apreciación de la contradicción) la solución de STS de 15/09/2010 en base a las siguientes cuatro premisas:

1ª. La convivencia previa entre adoptante y menor no impide el nacimiento del derecho a disfrutar la prestación de Seguridad Social. Aquí la sentencia comentada recuerda lo razonado en la STS de 15/09/2010: “la previa convivencia al momento de

constituirse la adopción no figura entre los supuestos de denegación, anulación y suspensión del derecho la circunstancia de que la menor hubiera convivido con la adoptante con anterioridad al inicio del descanso por maternidad y solicitud de la correspondiente prestación”.

Siendo esta premisa la clave del debate, la sentencia comentada va más allá, y añade hasta nueve argumentaciones a mayores para sustentarla. Sucintamente: (1) Disponer de un tiempo de apartamiento del trabajo no solo para atender al menor sino también para estrechar lazos afectivos y vivir plenamente la experiencia sigue siendo del todo posible en estos casos. (2) Descartar el disfrute aboca a que no se permite hacerlo en ningún momento ni cuando se inicia la convivencia porque no está formalizada la adopción, ni cuando se formaliza esta porque la convivencia ya se inició. (3) Interpretación de las normas en el sentido más favorable a la Constitución, en concreto a la protección de la familia (artículo 39 de la CE). (4) Condicionar el derecho de quien adopta a datos que dependen de sus previas relaciones afectivas equivale a añadir un requisito para el disfrute de la prestación. (5) La adopción aparece como requisito constitutivo de la protección, en tanto que la previa convivencia no consta ni como obstáculo ni como desencadenante de la acción protectora. (6) Aquí hay que estar a la situación delineada por el legislador y no a un concepto sociológico o material. (7) Lo contrario abocaría a que en muchos casos de adopción no habría derecho al descanso por maternidad ni a la prestación correspondiente. (8) La interpretación sistemática del ET y de la LGSS refieren la suspensión contractual y correlativo subsidio a la existencia de una adopción. (9) Aunque ello fuere irrelevante, en el caso ni siquiera hubo voluntaria oposición de la adopción por parte de la demandante.

2ª. La gestación subrogada es inocua a efectos de lucrar la prestación de Seguridad Social por adopción. Dado que en la sentencia recurrida se hacía hincapié en que no era aplicable al caso resuelto la doctrina de la STS de 15/09/2010 entre otras razones porque en ella no se trataba de una maternidad subrogada, y en el caso resuelto sí, la sentencia objeto de nuestro comentario se ve impelida a argumentar sobre esta cuestión. En relación con el derecho del padre, la STS (Pleno) 881/2016 de 16 noviembre (rucd. 3818/2015) concluía que, existiendo una verdadera integración del menor en el núcleo familiar, las prestaciones asociadas a la maternidad han de satisfacerse, salvo casos de fraude, previo cumplimiento de los requisitos generales de acceso. La sentencia objeto de nuestro comentario reconoce que “de ahí se sigue que cuando quien adopta al menor es la esposa del padre biológico esté excluida de la prestación de Seguridad Social asociada a tal hecho” y que “cosa distinta es que si el padre ha disfrutado ya de la prestación de maternidad se considere que no cabe otra análoga y deba abrirse la puerta a la de paternidad”. Pero la sentencia comentada zanja afirmando que “se trata de algo no suscitado en el recurso y que, además, plantea problemas de encaje constitucional y de Derecho supranacional, al privar del permiso propio de la adopción a una persona por el hecho de su estado civil”.

3ª. El menor puede generar dos prestaciones sucesivas. Aunque aplicando normas anteriores a la Ley Orgánica 3/2007, la STS de 15/09/2010 admitió que el disfrute del permiso de maternidad por la madre biológica no impedía que su pareja mujer lo disfrutase por adopción en el momento de surgir esa condición porque “se han producido situaciones sucesivas que han generado el derecho al descanso por maternidad y a la prestación correspondiente y la adopción como madre de la hoy recurrente”, sin que el legislador haya dispuesto “que el percibo de la prestación por parto excluya el percibo de la prestación por adopción”. Pues bien, la sentencia objeto de comentario afirma que “*mutatis mutandis*, esa argumentación es del todo válida en el panorama normativo aplicable a nuestro caso”.

Aquí la sentencia comentada se ve en la necesidad de aclarar que los diferentes contextos normativos justificaron la “reticencia a unificar doctrina” que, en efecto, se aprecia en las SSTS 685/2020 y 1004/2021 a que nos hemos referido en párrafos precedentes.

4ª. Derecho a la prestación por adopción cuando el menor ha dado ya lugar a que su padre biológico disfrute de la maternidad. Bajo esta cuarta y última premisa, se contiene la conclusión de que procede la suspensión del contrato de trabajo y prestación de maternidad en supuestos de adopción, cuando se reúnen todos los requisitos exigidos por la situación protegida, sin que tenga relevancia alguna que sea un supuesto de maternidad subrogada.

Aparte de lo razonado con ocasión de las anteriores premisas, hay varios razonamientos adicionales a destacar especialmente para sustentar dicha conclusión.

El más decisivo, a nuestro juicio, es el de “que el padre biológico del adoptado hubiera disfrutado del permiso de maternidad no puede impedir que ahora lo haga la adoptante, puesto que la Ley establece ese momento como el preceptivo para que surja el hecho causante, no otro anterior como pudiera ser el de la integración del menor en la unidad familiar”. Al respecto se añade que esta conclusión “(está) sólidamente entroncada con el mandato constitucional de proteger las situaciones de necesidad queridas por el legislador (art. 41 CE) y la interpretación de las normas procurando la mayor igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (art. 4 LOI, usualmente identificado como «perspectiva de género»)”. La referencia a la perspectiva de género, no solo conecta con una ya sólida jurisprudencia de la Sala 4ª del TS^[3], además es especialmente pertinente dada la conexión entre los derechos de conciliación y el principio de igualdad entre los sexos, así como (y esto lo afirma expresamente la sentencia comentada) que la sentencia recurrida deja probado que la adoptante actúa como madre de facto desde el nacimiento, de donde, si se le priva del derecho, “quedaría penalizada la conducta asociada al papel de quien ejerce como madre del menor adoptado pese a no haberlo llevado en su seno”.

Además se aporta otro razonamiento de interés. Con referencia a la norma contenida en el artículo 48.5 del ET vigente antes del RDL 6/2019 según la cual “en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de suspensión (por adopción, guarda o acogimiento)”, la sentencia comentada afirma, en lo que interesa al caso enjuiciado, que “aquí no estamos ante dos prestaciones derivadas de la adopción, puesto que la del padre biológico se ha vinculado al nacimiento”; o sea, la prohibición no se debe extender más allá de sus propios términos literales. De paso, la sentencia realiza una crítica *de lege ferenda* con respecto a tales términos que procede recordar: “la realidad puede mostrar supuestos en que carezca de sentido ... cual sucedería si los primeros adoptantes fallecen y otros pasan a asumir esa función”, si bien “en tales casos la norma excluye esa posibilidad”.

X. Apunte final

Muy clara es la sentencia comentada en el sentido de que resuelve en función de la normativa vigente antes del Real Decreto-ley 6/2019. Y ello convierte en casi obligado dedicar este apunte final a precisar cuál es en la norma vigente el estado de la cuestión acerca de la adopción del hijo/a del cónyuge o pareja de hecho de la adoptante, así como en qué medida las enseñanzas que la sentencia contiene pueden servir para aplicarla.

A la vista de la nueva redacción del artículo 48 del ET, que profundiza en el principio de individualización de los derechos de conciliación (otro principio vinculado a la consideración de estos derechos como fundamentales^[4]), la solución dada en la sentencia comentada (reconocimiento del derecho en caso de adopción) se encuentra reforzada:

(1) porque ahora los dos progenitores tienen un derecho individual de igual alcance al descanso y a la correspondiente prestación, con lo cual decae el argumento, tantas veces utilizado, de que cada hijo/a solo justifica un descanso y un subsidio por maternidad; y

(2) porque, más específicamente, el nuevo artículo 48.5 del ET limita el alcance de la prohibición de dos periodos de suspensión por el mismo menor en adopción, guarda

o acogimiento, en cuanto ahora la prohibición se refiere a dos periodos de suspensión “en la misma persona trabajadora”, posibilitando, precisamente en los casos a los que se refiere la sentencia comentada (fallecimiento de los adoptantes, guardadores o acogedores, o de uno de ellos volviendo el otro a casarse o unirse de hecho), el nacimiento de otro derecho.

No obstante este reforzamiento legal del derecho al descanso y a la correspondiente prestación en los supuestos de adopción del hijo/a del cónyuge o pareja de hecho, la multiplicidad de supuestos posibles seguramente seguirá generando situaciones de difícil interpretación, tanto en el caso de la sentencia (un matrimonio o unión de hecho heterosexual en que, constante matrimonio o unión de hecho, el hijo/a es del hombre con una madre subrogada), como en casos semejantes (un matrimonio o unión de hecho homosexual en que, constante matrimonio o unión de hecho, el hijo/a es de uno de los cónyuges o convivientes a través de técnicas de reproducción asistida; un segundo o ulterior matrimonio o unión de hecho del cónyuge o pareja, con un hijo/a de anterior matrimonio o unión de hecho, sea el matrimonio o unión heterosexual u homosexual).

En todos estos casos, la resolución de las dudas interpretativas debería seguir las enseñanzas de la sentencia comentada, ahora reforzadas por la propia evolución normativa en orden a reconocer el derecho al descanso y a la correspondiente prestación en los supuestos de adopción del hijo/a del cónyuge o pareja de hecho, a saber: la convivencia previa entre adoptante y menor no impide el nacimiento del derecho a disfrutar la prestación de Seguridad Social; la gestación subrogada es inocua a los efectos de lucrar la prestación de Seguridad Social por adopción; el menor puede generar dos prestaciones sucesivas.

Referencias:

1. ^ *Sobre la evolución de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras, y su consideración como derechos fundamentales*: José Fernando LOUSADA AROCHENA, *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2014), pp. 387-476; José Fernando LOUSADA AROCHENA / Pilar NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, *Jornada de trabajo y derechos de conciliación*, Editorial Tecnos (Madrid, 2015); Nuria RECHE TELLO, *La constitucionalización del derecho fundamental a conciliar la vida personal y familiar*, Editorial Comares (Granada, 2018); Nuria RECHE TELLO, “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, en *El Derecho a la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (Una evaluación del Primer Decenio de la Ley Orgánica 3/2007 (dirs.: Asunción VENTURA FRANCH / Santiago GARCÍA CAMPÁ)*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi (Navarra, 2018), págs. 703 a 742; José Fernando LOUSADA AROCHENA, “La construcción de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral como derechos fundamentales”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 8, 2019, pp. 783-796.
2. ^ Véanse los estudios propios citados en la anterior nota al pie.
3. ^ *Sobre el enjuiciamiento con perspectiva de género en la Jurisdicción Social*: José Fernando LOUSADA AROCHENA, *El enjuiciamiento de género*, Editorial Dykinson (Madrid, 2020); Faustino CAVAS MARTÍNEZ, *La perspectiva de género como canon de enjuiciamiento en la jurisprudencia social*, Editorial Aranzadi (Navarra, 2021); Gloria POYATOS MATAS,

Juzgar con perspectiva de género en el orden social, Editorial Aranzadi (Navarra, 2022).

4. ^ Véanse los estudios propios citados en la primera nota al pie.

§ 15 **Ausencia de grabación del juicio oral y nulidad de actuaciones: el debate sobre la indefensión, en el centro.**

Faustino Cavas Martínez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

Resumen: *El Tribunal Supremo rechaza que la ausencia de grabación del juicio oral y del acta del Letrado de la Administración de Justicia en sustitución de la grabación audible sean causa automática de nulidad de todo lo actuado posteriormente, salvo que se alegue y pruebe por la parte recurrente la indefensión que tal circunstancia le hubiera ocasionado. A tal efecto, han de tenerse en cuenta tanto la actuación del órgano judicial como la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación y la limitación de los motivos por lo que dicho recurso puede interponerse.*

Palabras clave: *Recurso de suplicación. Nulidad de actuaciones. Grabación del juicio oral. Indefensión.*

Abstract: *The Supreme Court has ruled out that the absence of recording of the oral process and of the minutes of the Judicial Law Clerk in substitution of the audible recording are automatic cause for nullity of everything acted subsequently, unless it is alleged and proven by the appellant the defenselessness that such circumstance would have caused. To that end, account must be taken of both the action of the court and the extraordinary nature of the appeal and the limitation of the grounds on which such an action may be brought.*

Keywords: *Appeal. Nullity of proceedings. Defenselessness. Recording of the oral process.*

I. Introducción

Es una afirmación recurrente de los tribunales y operadores jurídicos que el recurso de suplicación tiene naturaleza extraordinaria. Mientras que en los órdenes civil, penal y contencioso-administrativo, las resoluciones del órgano jurisdiccional de primera instancia son recurribles en apelación, pudiendo revisarse todo lo actuado y decidido en la instancia, por el contrario, en el orden social rige un proceso de instancia única y recurso extraordinario, de suplicación (si la sentencia de instancia la dicta un Juzgado de lo Social) o de casación “común” u “ordinaria” (cuando la sentencia de grado la dicta un TSJ o la AN). El carácter extraordinario del recurso de suplicación determina que el mismo solo quepa frente a las resoluciones referidas en el art. 191 de la LRJS y con fundamento en los motivos tasados que contempla esa misma ley en su art. 193^[1].

Entre dichos motivos, el citado precepto prevé, en su apartado a), que el recurso pueda solicitar la reposición de los autos a un momento previo al que se dictó el auto o sentencia recurrido, concretamente al estado en que se encontraban en el momento

de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión.

La sentencia objeto de este breve comentario se plantea si es motivo hábil para interesar la nulidad de actuaciones al amparo del art. 193.a) LRJS la inexistencia de grabación del juicio oral por problemas de carácter técnico, con la consiguiente imposibilidad de disponer de dicha grabación en el momento de formalizar el recurso de suplicación.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 4/2023, de 10 de enero.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 4071/2019

ECLI: ES:TS:2023:81

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio-Vicente Sempere Navarro.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

En el marco de un procedimiento de despido disciplinario, se discute si la ausencia de grabación del juicio oral por problemas de carácter técnico, con la consiguiente imposibilidad de disponer de la misma en el momento de interposición del recurso de suplicación, constituye causa de nulidad.

La crónica histórica de la sentencia de instancia nos describe la situación de una trabajadora que venía prestando sus servicios como trabajadora social para la Ciudad Autónoma de Melilla, encadenando diversos contratos de interinidad, hasta que se le comunica la extinción de la relación laboral por cobertura de la plaza que venía desempeñando. Interpuesta demanda por despido, el Juzgado de lo Social nº 1 de Melilla dicta sentencia estimando parcialmente la demanda de la trabajadora, en la que descarta que el referido cese deba caracterizarse como un despido improcedente o nulo, pero, en consideración a su estatus de personal indefinido no fijo, reconoce a la demandante el derecho a cobrar una indemnización de 20 días de salario por año servicios, aplicando analógicamente, con arreglo a la jurisprudencia, el art. 53 ET.

Disconformes ambas partes con la referida resolución, presentan sendos recursos de suplicación, solicitando la nulidad de las actuaciones al no haberse grabado el acto de juicio oral (recurso de la trabajadora) o que se deje sin efecto la condena al pago de la indemnización fijada (recurso de la empleadora).

A través de su sentencia 1393/2019, de 17 julio, la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (sede de Málaga) estima el recurso interpuesto por la Administración empleadora y, con revocación en parte de la dictada en la instancia, mantiene la declaración de válida extinción de la relación laboral, pero deja sin efecto la condena al pago de indemnización alguna en favor de la actora.

Respecto del recurso de la trabajadora (denunciando la infracción de los arts. 89 LRJS, 238 LOPJ y 24 CE), advierte que la recurrente no explica ni razona la indefensión que se le ha producido, desconociendo en qué medida la irregularidad procesal denunciada (falta de grabación del acto de juicio oral por razones técnicas) le puede generar un perjuicio real y efectivo, por lo que el motivo de nulidad debe fracasar.

Disconforme con esta sentencia, la trabajadora interpone contra la misma recurso de casación para la unificación de doctrina.

IV. Posición de las partes

1. Posición de la partes recurrente y recurrida

La parte recurrente plantea como núcleo de contradicción la existencia de indefensión en el momento de formalización del recurso, al no disponer del acta del juicio o grabación del mismo. Se ampara en el apartado c) del art. 207 LRJS y denuncia la vulneración de los arts. 89.1 y 195.1 LRJS, en relación con el art. 238.3 LOPJ, y con el art. 24.1 y 2 CE. Subraya que desde la fecha de celebración del juicio, que debió ser grabado, hasta que se le da traslado efectivo de los autos para formalización de la suplicación transcurrieron más de dos años. Entiende que se ha vulnerado su derecho a la defensa y a un juicio con todas las garantías y recuerda que interpuso un incidente de nulidad de actuaciones, que fue desestimado por no ser firme la sentencia.

Como sentencia referencial el recurso invoca la STSJ Murcia de 17 de diciembre de 2012 (rec. 772/2012), sobre despido objetivo, que el Juzgado de lo Social consideró procedente. En su recurso de suplicación, el actor interesó inicialmente la declaración de nulidad de actuaciones por aplicación de los arts. 238, 240 y 281 LOPJ, en relación con el art. 89 LPL y el art. 24 CE, con base en que en los autos no aparecía el acta del juicio, y más concretamente el documento generado por el sistema de grabación audiovisual en el que se recogen los actos de conciliación y juicio. La sentencia del TSJ murciano concluyó que se habían vulnerado las garantías del proceso, pues conforme al art. 89.1 LPL, la celebración del juicio puede constar mediante el sistema de grabación y, si ello no es posible, debe figurar al menos la oportuna acta, no siendo posible que deje de existir constancia del acto del juicio y de sus incidencias, todo ello a efectos de un eventual recurso, pues esa falta de constancia provoca indefensión a la parte recurrente, no pudiendo verse privado tampoco el tribunal que ha de resolver el recurso de analizar dicho acto.

La Administración empleadora no se ha personado ni impugnado el roud. promovido por la trabajadora.

2. Posición del Ministerio Fiscal

En su informe, el Ministerio Fiscal considera existente la contradicción e improcedente el recurso, toda vez que el art. 238 LOPJ exige que concurra indefensión para que proceda la nulidad de actuaciones y aquí no concurre. Además, recuerda la doctrina acuñada por STS de 31 de octubre de 2012 (rec. 3760/2011), que descartó la existencia de indefensión en un supuesto muy similar.

V. Normativa aplicable al caso

El art. 89 LRJS, con redacción idéntica al art. 89 LPL, regula el modo de documentar las sesiones del juicio oral, estableciéndose que, en primer lugar, el contenido de las sesiones obrará en soporte apto para la grabación y reproducción de la imagen, que será custodiado por el Secretario (LAJ) y, en el caso de que los medios de registro no se pudiesen utilizar por cualquier causa, el Secretario judicial (LAJ) extenderá acta de cada sesión, debiendo también ser extendida por procedimientos informáticos, sin que pueda ser manuscrita más que en las ocasiones en las que la Sala en que se esté celebrando careciera de medios informáticos y dicho acta ser firmada por el Juez o Tribunal en unión de las partes o de sus representantes o defensores y de los peritos haciendo constar si alguno de ellos no firma por no poder, no querer hacerlo o no estar presente, firmándola por último el Secretario (LAJ).

Por su parte, el art. 238.3º LOPJ establece que los actos procesales serán nulos de pleno derecho “cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión”. Y el art. 24 CE establece en su apartado 1 que “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela

efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

En cuanto a la fundamentación del recurso de suplicación, el art. 193 LRJS dispone que uno de sus fines será: “a) Reponer los autos al estado en el que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión”. Otro precepto que se invoca como infringido por el recurrente es el art. 195.1 LRJS sobre el modo de llevarse a cabo la interposición del recurso. Con arreglo al mismo: “Si la resolución fuera recurrible en suplicación y la parte hubiera anunciado el recurso en tiempo y forma y cumplido las demás prevenciones establecidas en esta Ley, el secretario judicial tendrá por anunciado el recurso y acordará poner los autos a disposición del letrado o graduado social colegiado designado por la parte recurrente, por el orden de anuncio, en la forma dispuesta en el apartado 1 del artículo 48, para que interponga el recurso, dentro de los diez días siguientes a que se notifique la puesta a disposición, debiendo sustituirse el traslado material de las actuaciones por la entrega de soporte informático o mediante acceso telemático, si se dispusiera de los medios necesarios para ello. Este plazo correrá cualquiera que sea el momento en que el letrado o el graduado social colegiado examinara o recogiera los autos.”

VI. Doctrina básica

La Sala Cuarta del TS considera que concurre el requisito de contradicción exigido por el art. 219 LRJS entre las sentencias recurrida y referencial. Recuerda la doctrina repetidamente acuñada sobre el modo en que ha de aquilatarse la concurrencia de la preceptiva contradicción cuando el recurso denuncia la existencia de infracciones de tipo procesal: doctrina resumida, por ejemplo, en la STS 775/2022, 27 de septiembre de 2022 (rcud 4655/2019): “Esta Sala de casación ha aplicado criterios flexibles en orden a determinar la concurrencia del requisito de contradicción de sentencias cuando se trata de infracciones procesales que pudieran generar indefensión (sentencias de este Tribunal de 1 de junio de 2016, recurso 3241/2014; 11 de marzo de 2015, recurso 1797/2014; 7 de abril de 2015, recurso 1187/2014; y 1 de octubre de 2019, recurso 1600/2017). No es la cuestión sustantiva que constituye el fondo del asunto la que debe ser analizada para determinar si concurren los supuestos de contradicción del art. 219.1 de la LRJS, sino la controversia planteada respecto de la infracción procesal sobre la que versen la sentencia recurrida y la de contraste y la necesidad de que concorra en este extremo suficiente homogeneidad (sentencias del TS de 28 de febrero de 2017, recurso 2698/2015; y 1 de octubre de 2019, recurso 1600/2017).”

En ambas sentencias, recurrida y de contraste, la identidad exigida es clara en cuanto al motivo procesal que se alega: carencia de grabación e imposibilidad de poner a disposición del recurrente en suplicación el soporte necesario que solicita para formalizar su recurso, o en su defecto el acta escrita levantada. Pero son discrepantes los respectivos fallos: mientras que la sentencia recurrida considera que la parte recurrente debía explicar y razonar la indefensión que se le había producido, para que el tribunal pudiera valorar en qué medida la irregularidad procesal denunciada le podía generar un perjuicio real y efectivo, por el contrario, la sentencia referencial, ante la misma falta de grabación del acto de juicio oral, considera que esa falta de constancia indudablemente provocaba indefensión a la parte recurrente, no pudiendo verse privado tampoco el tribunal que había de resolver el recurso de analizar dicho acto.

La Sala Cuarta se alinea con la tesis de la sentencia recurrida, que confirma, estableciendo la siguiente doctrina sobre el fondo del asunto:

- La nulidad de actuaciones es un remedio procesal de carácter extraordinario.
- Para que las irregularidades procesales adquieran trascendencia es preciso que posean una incidencia real y efectiva sobre el derecho de defensa de la parte.

- La infracción de las normas sobre grabación del juicio o elaboración del acta del mismo no comporta la automática nulidad de todo lo actuado con posterioridad, salvo que el recurrente alegue y pruebe la indefensión que tal defecto le ha ocasionado.

-En el presente asunto, el recurrente no ha concretado ni probado perjuicio alguno, más allá de la mera constatación de la ausencia de grabación del juicio oral o del acta sustitutoria, lo cual no le ha impedido interponer el recurso de suplicación con todas las garantías.

VII. Parte dispositiva

El recurso de casación para la unificación de doctrina es desestimado, declarándose firme la sentencia recurrida.

Tanto la ausencia de personación (y eventual impugnación del recurso) de la Administración empleadora, cuanto la identidad de quien recurre (persona trabajadora), determinan la improcedencia de imposición de las costas a la parte recurrente, pese al fracaso de su reclamación. Tampoco recoge la sentencia decisión especial en materia de depósitos o consignaciones.

VIII. Pasajes decisivos

La Sala Cuarta despliega los argumentos que justifican la desestimación del recurso en los fundamentos de derecho tercero y cuarto de su sentencia. Podemos resaltar los siguientes pasajes:

- “Si bien no existe un caso igual al ahora examinado, lo cierto es que de la doctrina constitucional parece desprenderse la conclusión de que la defectuosa grabación del juicio oral no conlleva necesariamente la anulación de las actuaciones de instancia cuando no se ha causado indefensión a la parte recurrente”.

- “Gran semejanza con nuestro caso tiene el resuelto por la STS 31 octubre 2012 (rcud. 3760/2011), la cual rechaza la nulidad de actuaciones del acto del juicio pretendida por ambas partes en casación unificadora, en un supuesto de cesión ilegal de trabajadores, por falta de incorporación a las actuaciones del acta levantada por el Secretario siendo inaudible el DVD utilizado para la grabación. Allí el recurso de casación unificadora también invocaba la infracción del artículo 89.1 LPL, del artículo 238.3º LOPJ y del artículo 24.2 CE.”

- “La infracción de las normas sobre grabación del juicio o elaboración de Acta del mismo no comporta la automática nulidad de todo lo actuado posteriormente, siendo la misma posible si se alega y argumenta la indefensión que ello acarrea; a tal efecto ha de tenerse en cuenta la extraordinaria naturaleza del recurso de suplicación y la limitación de motivos por los que puede interponerse.”

- “E) La indefensión alegada solamente podría producirse a efectos de recurso contra la sentencia, lo que no es atendible porque el TSJ no puede revisar el contenido de la prueba de interrogatorio de partes: no es un medio probatorio que permita la revisión fáctica suplicacional. Y el alegato de que no ha podido preparar adecuadamente su recurso debiera haberse acompañado de alguna indicación concreta habida cuenta de que no cabe operar con automatismos en materia de nulidad de actuaciones, sea cual sea el cauce seguido para instarla.”

-“G) Dicha ausencia de aportación de argumentos concretos de los que pueda desprenderse la indefensión reclamada es trasladable al escrito mediante el que se ha interpuesto el recurso de casación unificadora.”

- “H) En suma: la recurrente en suplicación consideró existente una anomalía procesal generadora de automática indefensión, sin alegar o razonar el porqué de ello y la sentencia de suplicación descartó el acierto de esa conclusión. Por todo ello, en concordancia con el Informe de Fiscalía, consideramos acertada tal respuesta del Tribunal de segundo grado.”

IX. Comentario

La nulidad de actuaciones, cualquiera que sea la vía por la que se interese (recurso de suplicación/casación, incidente de nulidad de actuaciones...) es un remedio procesal extraordinario, procedente tan solo ante irregularidades procesales graves que supongan una real y efectiva vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto en cuanto la actuación del órgano judicial haya causado indefensión a la parte que la alega y pruebe.

Como atinadamente recuerda la sentencia objeto de estudio, doctrina constitucional inveterada viene explicando que, como regla general, “no toda irregularidad, genera por sí misma una indefensión material constitucionalmente relevante”, y que para que las irregularidades procesales adquieran transcendencia “es preciso que posean una incidencia real y efectiva sobre el derecho de defensa de la parte, además no deberse a su propia pasividad o falta de diligencia”; o lo que es igual, “para que exista indefensión a los efectos del art. 24 CE no basta con que haya existido una infracción de las reglas procesales, sino que es preciso que, a consecuencia de estas infracciones, el recurrente sufra un efectivo y real menoscabo en su derecho de defensa y que, además, haya experimentado o pueda experimentar un perjuicio real y efectivo en los intereses materiales deducidos en el proceso (por todas SSTCE 171/1994; 20/2000; 91/2000)”.

En el presente caso, el objeto del recurso pasa por decidir si la ausencia de grabación del juicio oral y la inexistencia de acta escrita comporta la nulidad de todo lo actuado desde ese momento (tesis de la sentencia referencial) o si ello solo existe cuando concurre una indefensión que ha de alegarse (tesis de la sentencia recurrida). En definitiva, la Sala Cuarta debe pronunciarse sobre si la imposibilidad de contar con la grabación del acto del juicio causó indefensión al recurrente al impedirle articular adecuadamente el recurso contra la sentencia de grado que estimó solo parcialmente su pretensión.

Conviene aclarar que el requisito de formulación de protesta en tiempo y forma en cuanto a la irregularidad procesal, exigido por la jurisprudencia para dotar de viabilidad al motivo de recurso sustentado en el art. 193.a) LRJS, no es exigible en este supuesto por las propias características del caso, dado que la infracción procesal alegada en el recurso de suplicación (ausencia de grabación) no pudo ser conocida por la parte recurrente hasta que se pusieron a su disposición los autos para interponer el recurso contra la sentencia de instancia.

No es la primera vez que la Sala Cuarta se enfrenta a un problema de esta naturaleza. Ya tuvo ocasión de resolver un caso muy semejante en su sentencia de 31 de octubre de 2012 (rcud. 3760/2011), cuyos argumentos son enteramente trasladables al asunto ahora debatido. Allí declaró el TS que no procedía decretar la nulidad de actuaciones por la falta de unión a las actuaciones del acta practicada por el Secretario mediante sus notas manuscritas y en sustitución de la grabación al resultar inaudible el DVD, al no existir indefensión. Y ello porque no se acreditó que la inoperancia de la grabación y la no anexión a los autos del acta del Secretario supusieran una limitación para recurrir, sucesivamente en suplicación y en casación para la unificación de doctrina. Por otro lado, se argumenta que el recurso de suplicación, como excepcional que es, ve restringida la utilización de las pruebas a efectos de revisión fáctica, pudiéndose invocar con tal objeto únicamente las pruebas documentales y periciales. De la última no se hacía mención y en cuanto a la primera no existía referencia alguna a controversia derivada de impugnación o falta de reconocimiento. Por último, la Sala entra a analizar la trascendencia de una prueba testifical que fue practicada, la cual carece de valor revisorio y que únicamente puede tener repercusión en el recurso de suplicación en el caso de alegada irregularidad procesal acerca de su práctica. Pero en relación con este medio de prueba se dice en la sentencia que “Ni siquiera la parte recurrente ha podido expresar como la indefensión se proyecta, a su juicio, salvo en lo que concierne a la apreciación de la prueba testifical, factor irrelevante a efectos del recurso de suplicación pues ni siquiera

está haciendo valer la alusión a dicha prueba como defecto procesal en el que se hubiera incurrido durante el juicio debido a anomalías en su práctica.”

Por su parte, la STC nº 4/2004, de 14 enero, explica que la destrucción del acta del juicio no es en sí una causa de nulidad del juicio mismo si ese juicio materialmente se celebró con todas las garantías y él las partes pudieron ejercer sus derechos de alegación y prueba sin limitación.

El FJ 4º de la STS 4/2023, bajo el epígrafe “Consideraciones adicionales”, alberga una explicación pormenorizada de los argumentos que conducen a la desestimación del recurso.

Se constata que el juez de lo social efectuó una circunstanciada crónica de las vicisitudes por las que atravesó la relación laboral de la parte recurrente, plasmándolas en la relación de hechos probados de su sentencia. Como se sabe, en nuestra legislación procesa laboral, la revisión de resultancias fácticas solo es posible a partir de la prueba documental o pericial practicada en el acto del juicio, sin que a estos efectos sea hábil la prueba testifical. Eso comporta, como apunta la Sala Cuarta, que el testimonio del único testigo que depuso (un delegado sindical y funcionario de la Administración empleadora), el cual ya fue valorado por el órgano judicial de instancia, “apenas ha podido incidir en el modo de valorar el “caudal probatorio” a que se refiere el Primer fundamento de su sentencia”, sin que se haya cuestionado el modo en que esta prueba se practicó en el acto del juicio a efectos de una eventual indefensión sustentadora del recurso. Por otro lado, el TSJ no podría revisar el contenido de la prueba de interrogatorio de partes, al no ser este un medio probatorio que permita la revisión fáctica suplicacional.

En cuanto al recordatorio de los documentos impugnados por la demandante en el acto del juicio -que ciertamente podría verse dificultado por los dos años transcurridos entre la celebración de aquél y la fecha de interposición del recurso-, la Sala Cuarta lo considera innecesario porque la propia sentencia del Juzgado de lo Social identifica tales documentos en sus antecedentes de hecho. Sentencia del Juzgado que asimismo ha valorado los indicios sobre vulneración del derecho a la indemnidad y descartado que la convocatoria de la plaza desempeñada pueda considerarse como una represalia, a cuyo efecto recuerda y aplica la extensa doctrina constitucional sobre el particular.

La sentencia de instancia recoge así una pormenorizada relación de hechos probados, y una extensa dación de cuenta de los términos en que se suscita la controversia, que convierten en poco verosímil la incidencia del desarrollo del juicio en el modo de combatir el criterio acogido por el Juzgado. Con ello no quiere decir la Sala Cuarta que una sentencia pueda suplantar a la grabación del juicio o al acta de su desarrollo, pero es lo cierto que en el caso aquí considerado así ha ocurrido de manera material.

En definitiva, no queda acreditado que la consulta por la recurrente de la grabación del acto del juicio hubiera comportado un desenlace diverso para su recurso de suplicación. El argumento de que no ha podido preparar adecuadamente su recurso, dice la Sala Cuarta, “debiera haberse acompañado de alguna indicación concreta habida cuenta de que no cabe operar con automatismos en materia de nulidad de actuaciones, sea cual sea el cauce seguido para instarla”. A la parte recurrente no le basta con alegar la indudable infracción procesal que representa la propia ausencia de grabación del juicio (y del acta sustitutoria), sino que tendría que haber alegado y razonado por qué y en qué medida dicha infracción le ha causado indefensión para conseguir el efecto pretendido (nulidad de actuaciones).

X. Apunte final

Tanto la doctrina constitucional cuanto la jurisprudencia tienden a evitar la declaración automática de una nulidad de actuaciones como consecuencia de la infracción procesal cometida, exigiendo en todo caso la valoración de las circunstancias concurrentes a fin de valorar si se ha producido una indefensión.

La defectuosa grabación del juicio oral o su inexistencia no conlleva la anulación de las actuaciones de instancia cuando no se ha causado indefensión a la parte recurrente, indefensión que no se presume sino que precisa alegación y prueba concretos del perjuicio real y efectivo causado a quien la invoca.

No habiéndose recogido en el recurso de suplicación una explicación suficiente sobre la indefensión causada a la parte recurrente por la aludida anomalía procesal, el TS acierta al confirmar la sentencia del TSJ andaluz que desestimó el motivo de nulidad esgrimido en el recurso.

Referencias:

1. ^ *MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., La Técnica del Recurso de Suplicación, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, p. 23.*

§ 16 La menor indemnización pactada para los trabajadores mayores de 60 años afectados por un despido colectivo no constituye una discriminación por razón de edad.

Belén García Romero

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

Resumen: *ELCOGÁS. Despido colectivo. Acuerdo en sede judicial mediante el que se pacta una menor indemnización para los trabajadores de edad igual o superior a 60 años. No supone una discriminación por razón de edad. Se trata de un acuerdo transaccional en una empresa privada. Existe una justificación objetiva, razonable y proporcionada para esa diferencia de trato. Los trabajadores de esa edad están más próximos a la jubilación y gozan de un mayor nivel de protección en materia de Seguridad Social.*

Palabras clave: *Discriminación por razón de edad. Despido colectivo. Acuerdo transaccional. Indemnización superior a la legal. Diferencia de trato en función de la edad.*

Abstract: *ELCOGÁS. Collective dismissal. Agreement in court by means of which a lower compensation is agreed for workers aged 60 or over. It does not involve discrimination on the grounds of age. It is a transactional agreement in a private company. There is an objective, reasonable and proportionate justification for that difference in treatment. Workers of that age are closer to retirement and enjoy a higher level of social security protection.*

Keywords: *Age discrimination. Collective dismissal. Settlement agreement. Compensation higher than the legal compensation. Difference in treatment according to age.*

I. Introducción

En el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, el Tribunal Supremo ha declarado que el acuerdo alcanzado en sede judicial entre una empresa privada y los representantes de los trabajadores en el que se fija diferente indemnización a los trabajadores afectados por el despido colectivo, según su edad (mayores o menores de 60 años) no violaba las normas anti-discriminatorias por razón de edad, al estar justificado por razones objetivas y proporcionadas.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: STS-SOC núm. 62/2023, de 24 de enero.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ núm. 2785/2021.

ECLI: ES:TS:2023:337.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Se trata de resolver si el acuerdo sobre el despido colectivo alcanzado en conciliación judicial entre la empresa y la representación legal de los trabajadores es discriminatorio por razón de edad, al contemplar una indemnización más elevada para los afectados menores de 60 años.

1. Hechos

La empresa gasística Elcogás, S.A. inició el 15 de enero de 2016 un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores alegando la existencia de causas objetivas de naturaleza económica amparadas en lo dispuesto en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores (ET), en virtud de la cual realizó un despido colectivo que ha afectado a toda la plantilla.

El despido fue impugnado judicialmente de forma colectiva, si bien las partes alcanzaron un acuerdo conciliatorio con eficacia de cosa juzgada.

El acuerdo establece para todos los afectados una indemnización de 26 días de salario por año de servicio (superior a la prevista legalmente de 20 días por año de servicio). Por otro lado, se pacta la mejora de la citada indemnización, distinguiendo entre los menores de 60 años y los que tienen una edad superior, así como medidas de recolocación en las vacantes que puedan producirse en las empresas codemandadas y la creación de una comisión de seguimiento a tal efecto.

Para los menores de 60 años dispone que la indemnización será la correspondiente al despido improcedente, más una cantidad adicional de 14.500 euros cuando el salario es inferior a 50.000 euros brutos anuales; de 10.500 euros si es superior a esa cifra e inferior a 100.000; de 6.500 euros si no supera los 150.000 euros; quedando sin indemnización adicional los que perciben salarios que exceden de esta última cantidad.

Para los trabajadores cuya edad sea igual o superior a 60 años, se pacta una indemnización en la cantidad “equivalente al resultado de multiplicar el 75% de la retribución mensual neta percibida por el trabajador en el mes de enero de 2016, menos la cantidad neta mensual que perciba el trabajador de la prestación por desempleo, por el número de meses que haya desde el mes que se haya producido el despido del trabajador hasta el día anterior al que cumpla la edad ordinaria de jubilación según la legislación vigente”. A esta cantidad se le restará el importe de la indemnización ya percibida por el trabajador en el momento de su despido, siendo el resultado de esta resta la indemnización adicional a la que se compromete la empresa en virtud del acuerdo suscrito.

2. Sentencias recaídas en el procedimiento

A) Mediante su sentencia de fecha de 29 de octubre de 2018, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Ciudad Real resolvió la demanda de despido planteada por una trabajadora de la empresa, que contaba con 60 años de edad en la fecha del despido, declarando la procedencia del mismo y absolviendo a la demandada ELCOGAS, S.A. de las pretensiones deducidas de contrario, absolviendo en la instancia a las demandadas “Endesa Generación S-A”, “Enel Spa”, “Hidroeléctrica del cantábrico S.A”, “Electricité de France Internacional S.A.”, e “Iberdrola Generación S.A.”.

B) La sentencia recurrida es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, dictada el 28 de abril de 2021, en el recurso de suplicación número 1842/2020, que resolvió el formulado contra la sentencia del juzgado de lo social, desestimando el recurso de suplicación de la trabajadora y confirmando la sentencia de instancia.

C) La sentencia de contraste es la dictada por la misma Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha de 6 de enero de 2019, rec. 1913/2018. En dicha sentencia se trata de otro trabajador de la misma empresa de edad superior a 60 años y afectado por ese mismo despido colectivo, que alega exactamente la misma pretensión para denunciar la ilegalidad por discriminatorio del acuerdo.

Pese a la identidad en la situación jurídica de los dos asuntos en comparación, la sentencia referencial califica el pacto como discriminatorio y acoge la reclamación del trabajador, mientras que la recurrida alcanza una solución diferente y desestima la demanda.

IV. Posición de las partes

La parte recurrente es una trabajadora que tenía 60 años de edad en el momento de su despido, quien cuestiona la sentencia dictada por el TSJ de Castilla-La Mancha que avalaba el acuerdo entre Elcogás y los sindicatos. En su recurso denuncia infracción del principio de igualdad y de no discriminación por razón de edad conforme viene regulado la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación, así como del art. 14 CE y de la doctrina jurisprudencial que invoca, para sostener que no hay razones legales que justifiquen esa diferencia.

La parte recurrida son las dos empresas codemandadas- Elcogás, S.A. e Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A. (ahora EDP España, S-A.U.)- las cuales consideran justificada la diferencia de trato en cuanto a la indemnización de los trabajadores afectados por el despido colectivo en función de su edad. Esta es también la posición del Ministerio Fiscal quien, por tal motivo, informa en favor de la desestimación del recurso.

V. Normativa aplicable al caso

Las principales normas aplicables al caso son, de un lado, las normas internacionales, europeas e internas relativas al principio de igualdad de trato, de oportunidades y de no discriminación (art. 14 CE, Directiva 2000/78: arts. 1, 4 y 6^[1]; Convenio 111 OIT y arts. 4.2, c) y 17 del Estatuto de los Trabajadores, entre otras). De otro lado, resultan de aplicación las disposiciones relativas al despido colectivo y a la tutela de los trabajadores de cierta edad afectados por esta extinción (art. 51, en especial, apartados 5, 9, 10 y 11 ET; RD 1483/2012, de 29 de octubre y Disposición Adicional 13ª LGSS).

VI. Doctrina básica

1. Sobre la aplicación del principio de igualdad y no discriminación

Con el fin de determinar si el diferente tratamiento acordado para unos y otros trabajadores en razón de la edad, y que se traduce en el reconocimiento de una menor indemnización para los menores de 60 años, conculca el principio de igualdad y no discriminación que consagra el artículo 14 CE, el Tribunal Supremo se basa en la STC 40/2022, de 21 de marzo, que reitera la conocida y uniforme doctrina del Tribunal Constitucional sobre la aplicación de dicho principio, conforme a la cual “lo que prohíbe el principio de igualdad son las desigualdades normativas o aplicativas que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario (...) que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de

trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (...).

2. Sobre la edad como factor de discriminación

En lo que se refiere concretamente a la edad como factor de discriminación, el Tribunal Supremo tiene en cuenta la doctrina sentada en la STC 66/2015, de 13 de abril, en la que se resuelve un supuesto sobre una posible discriminación por razón de edad en los criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo pactado entre la empresa y los representantes de los trabajadores, en el que se contemplaba “que serían incluidos en la relación de despido los trabajadores que se encontraran en una edad más próxima a la jubilación” (los mayores de 55 años en ese asunto).

En ella, el Tribunal Constitucional precisa que “la edad, como factor al que alcanza la prohibición constitucional de discriminación, sólo puede fundar un tratamiento diferenciado cuando se cumplen rigurosas exigencias de justificación y proporcionalidad”.

Al respecto, niega que “pueda considerarse justificación suficiente del despido la mera proximidad de la edad de jubilación”, pero, sin embargo, acepta que sí “constituye un factor adecuado, proporcionado y justificado el del menor perjuicio que el despido supone para los trabajadores de más edad, porque esa circunstancia sí puede convertir la edad próxima a la jubilación en un elemento objetivo y no arbitrario de selección, siempre que, además, se cumplan determinadas exigencias y esa decisión vaya acompañada de medidas efectivas que atenúen los efectos negativos generados por la situación de desempleo”.

Concluye afirmando que la edad “es un criterio adecuado y proporcionado siempre que se adopten medidas efectivas para evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos de trabajo produce en los afectados, de acuerdo con lo exigido por la propia legislación laboral”.

3. Sobre el importe de la indemnización pactada en los acuerdos de despido colectivo

En lo que se refiere en general al importe de la indemnización que pueda pactarse en los acuerdos de despido colectivo, el Alto Tribunal trae a colación la doctrina de la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre esta concreta cuestión, así como la normativa legal aplicable.

Al respecto comienza señalando que como recuerda la STS de 28 de abril de 2016 (rcud. 3527/2014), la cuantía prevista en el artículo 51.1 ET, “no posee carácter absoluto, sino que debe reputarse como mínima, mejorable a través de pacto individual o colectivo”. Eso comporta, que sea “totalmente válido y conforme a la ley que la empresa y los representantes de los trabajadores estipulen determinados excesos superadores de aquel límite cuantitativo, pero reduciendo o restringiendo su percepción a las condiciones o supuestos que dichas partes negociadoras tengan a bien consignar, siempre que esas condiciones o supuestos no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público” (STS10 marzo 1996, rec. 3350/1995).

En relación con un supuesto sustancialmente idéntico al enjuiciado en la sentencia comentada, esto es, sobre la posible ilegalidad del pacto alcanzado en un despido colectivo en el que se acuerda una diferente indemnización para los trabajadores en razón de su edad superior o inferior a 57 años, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (STS de 12 de septiembre de 1989, rec. 3033/1987), concluye que “No se trata (...) de un trato desfavorable por razón de edad, que sería el sustrato fáctico de la discriminación rechazable, sino de un abanico de soluciones indemnizatorias que contempla las distintas situaciones de los trabajadores afectados por el expediente, y entre ellas la proximidad a la jubilación de ciertos trabajadores para los que la solución es diferente porque distinta es su situación en el empleo y en la Seguridad Social”. Para la citada sentencia dicho pacto es conforme con el artículo 14 CE, no infringe la

prohibición de discriminación contenida en el artículo 17 ET, ni contradice el Convenio 111 de la OIT, “que propugna la formulación por cada miembro de una política nacional encaminada a proscribir e impedir la discriminación en materia de empleo y ocupación”.

VII. Parte dispositiva

Conforme a lo razonado y de acuerdo con el Ministerio Fiscal, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo considera que la buena doctrina se encuentra en la sentencia recurrida, por lo que decide confirmarla en su términos con desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto *contra la sentencia dictada el 18 de abril de 2021 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el recurso de suplicación núm. 1842/2020, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Ciudad Real, de fecha 29 de octubre de 2028, aclarada por auto de 12 de noviembre recaída en autos núm. 372/2016, seguidos a su instancia contra Elcogás, S.A., Endesa Generación, S.A., Enel Spa, Hidroeléctrica del cantábrico, S.A., Électricité de France Internacional, S.A. e Iberdrola Generación. S.A., para confirmarla en sus términos y declarar su firmeza. Sin costas.*

VIII. Pasajes decisivos

Más allá de los argumentos contenidos en el fundamento jurídico tercero, en los que se repasa la doctrina del Tribunal Constitucional y de la propia Sala Cuarta del Tribunal Supremo acerca de la aplicación del principio de igualdad y no discriminación, así como sobre la edad como factor de discriminación y en relación también con el importe de la indemnización pactada en los acuerdos de despido colectivo, que se ha expuesto más arriba (apartado VI), los pasajes más importantes de esta sentencia se encuentran en el fundamento jurídico cuarto, en los que la Sala, en aplicación de dicha doctrina y de la normativa legal aplicable, resuelve el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

1. *“El pacto alcanzado entre la empresa y la representación de los trabajadores es fruto de la negociación colectiva, ha sido adoptado por quienes se encuentran legitimados para ellos, sin que desde esa perspectiva puramente formal haya tacha alguna de ilegalidad”.*

“Con independencia de su edad, las indemnizaciones pactadas para todos los trabajadores mejoran el mínimo legal aplicable y contemplan, incluso, diversos factores de corrección favorables a quienes perciben un menor salario”.

“El acuerdo contiene además diferentes medidas para favorecer posteriores ofertas de empleo y de cobertura preferente de vacantes en todas las empresas codemandadas”.

“En ese contexto debe calificarse como razonable y proporcionado que contemple una menor indemnización para quienes ya han cumplido la edad de 60 años, teniendo en cuenta que se encuentran muy próximos al acceso a la pensión de jubilación, situándose a las puertas de la misma con la percepción de prestaciones de desempleo, y pueden beneficiarse más fácilmente de la posibilidad de concertar un convenio especial de seguridad social en consideración la previsión sobre su financiación del art. 51.9 ET para los procedimiento de despido colectivos de empresas no concursadas en favor de los trabajadores mayores de 55 años”.

“A los trabajadores de menor edad les resta un recorrido profesional y vital más incierto, están todavía alejados de la pensión jubilación, y resulta objetivamente más difícil momento de acceder a esa pensión”.

“La cuestión no afecta a los criterios de selección de los trabajadores cuyos contratos de trabajo se extinguen por el despido colectivo, sino la cuantía de la indemnización que hayan de percibir. Con independencia de su edad, la relación laboral le ha sido extinguida forzosamente a todos los trabajadores afectados por el

despido, con la única diferencia de que los menores de esa edad percibirán una indemnización superior, por lo que no son trasladables los criterios sobre mantenimiento del empleo que se citan en el recurso”.

“El sacrificio exigido a quienes están en una u otra franja de edad es razonable y proporcionado, resultando objetivamente justificado que el acuerdo para distribuir los costes de la cuantía total de la suma indemnizatoria alcanzada con la empresa favorezca en mayor medida al colectivo que se encuentra más alejado del momento de la jubilación”.

“2.- A lo que debemos añadir que no estamos ante una decisión unilateral de la empresa sino en un acuerdo colectivo entre la empleadora y los representantes de los trabajadores con facultades legales para ello, fruto de la autonomía individual en el marco de una empresa privada. Acuerdo de naturaleza transaccional con el que se pone fin a un procedimiento judicial de impugnación de despido colectivo, que bien pudiere haber concluido hipotéticamente con el reconocimiento de la indemnización mínima legal y que sin embargo se ha visto mejorada para todos los afectados con la firma de ese pacto”.

IX. Comentario

La Sala IV del Tribunal Supremo comienza justificando en su fundamento jurídico tercero la admisión del presente recurso de casación para la unificación de doctrina, pese a haber rechazado previamente otros diferentes recursos planteados sobre la misma cuestión por falta de contradicción. Ciertamente, en este caso la sentencia referencial aportada es absolutamente idónea y manifiestamente contradictoria con la recurrida, por cuanto se refiere a otro trabajador de la empresa afectado por ese mismo despido colectivo, en una situación fáctica y jurídica que coincide plenamente con la de la demandante en el presente asunto.

Concretamente, la sentencia recurrida es del Pleno de la misma Sala Social que dictó la de contraste, justamente para unificar la dispar solución que el TSJ de Castilla-La Mancha venía dando hasta ese momento a los asuntos planteados por trabajadores de la misma empresa en los que se suscitaba idéntica cuestión. En efecto, ese mismo órgano de suplicación había dictado anteriormente varias sentencias desestimando esa pretensión, pero, en cambio, la acoge en la que se hace valer como referencial. Por lo tanto, la sentencia recurrida lo que hace es rectificar la doctrina aplicada en la misma Sala y vuelve a su posición consolidada previa, concluyendo que el acuerdo en litigio no es discriminatorio por razón de edad.

En cuanto al fondo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha determinado que el acuerdo alcanzado en sede judicial entre una empresa privada y los representantes de los trabajadores para un despido colectivo no vulnera las normas antidiscriminatorias por razón de edad. Se basa en que, a pesar de la edad de los trabajadores afectados (mayores de 60 años), las indemnizaciones acordadas en sede judicial mejoran el mínimo legal aplicable. Asimismo, tiene en cuenta que el acuerdo contenía varios factores de ajuste favorables a aquellos trabajadores que tenían menores retribuciones.

El Tribunal de casación considera que hay una justificación lógica, razonable y proporcionada para la diferencia de trato entre los trabajadores mayores de 60 años y los menores de esa edad. Esto se debe a que aquellos se encuentran próximos al acceso a la pensión de jubilación y, a la que pueden aproximarse aún más gracias a la percepción de prestaciones por desempleo y, además, tienen la posibilidad de beneficiarse más fácilmente de los programas especiales previstos en el Estatuto de los Trabajadores para los procedimientos de despido colectivo de empresas no concursadas, entre ellos la concertación de un convenio especial de seguridad social (art. 51.9 ET) financiado por la empresa en el caso de los trabajadores mayores de 55 años hasta que el interesado cumpla los 61 años de edad (si el despido es por causas económicas) o 63 años (en los demás casos).

En cambio, a los trabajadores de menor edad les resta un recorrido profesional y vital más incierto, están todavía más alejados de la pensión de jubilación, y resulta objetivamente más difícil que las prestaciones de seguridad social que puedan percibir en el futuro alcancen hasta el momento de acceder a esa pensión.

Por último, el Tribunal Supremo destaca que no estamos ante una decisión unilateral de la empresa, sino de “un acuerdo de naturaleza transaccional entre la empresa y los representantes de los trabajadores con facultades legales para hacerlo con el que se pone fin a un procedimiento judicial de impugnación de despido colectivo, que fue el resultado de la autonomía individual en el marco de una empresa privada, sin ninguna tacha de ilegalidad desde el punto de vista formal y que mejoró para todos los afectados la indemnización mínima legal”.

X. Apunte final

Como se ha señalado, conforme a la STC 66/2015, de 13 de abril, la edad “es un criterio adecuado y proporcionado siempre que se adopten medidas efectivas para evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos de trabajo produce en los trabajadores afectados”.

En el fundamento jurídico cuarto, apartado uno de la sentencia del Tribunal Supremo objeto de comentario, se trata de justificar la razonabilidad de la diferencia de trato por razón de edad contenida en el acuerdo conciliatorio por la mayor facilidad de concertar un convenio especial con la Seguridad Social por parte de la empresa de los que hayan cumplido los 60 años de edad.

Sin embargo, debemos señalar que dicha posibilidad no justificaría por sí sola una diferencia de trato entre mayores y menores de 60 años, ya que la obligación de suscribirlo en caso de empresas no concursadas que realicen despidos colectivos beneficia a todos los trabajadores que hayan alcanzado los 55 años de edad (art. 51.9 ET), y se extiende desde el cese en el trabajo o del percibo de la prestación por desempleo hasta la edad ordinaria de jubilación (o de acceso a jubilación anticipada), siendo a cargo de la empresa las cotizaciones hasta que el trabajador cumpla 63 años, salvo en el caso de despido colectivo por causas económicas (como sucede en este asunto), en los que está obligada a financiar las cuotas hasta que el trabajador cumpla los 61 años. A partir del cumplimiento de los 61 o 63 años, las aportaciones serán en exclusiva a su cargo hasta que cumpla la edad ordinaria, o en su caso, acceda a la pensión de jubilación anticipada (D.A. 13ª LGSS).

Por lo tanto, al fijarse en los 60 años de edad la frontera entre los que se benefician de una mayor o menor indemnización adicional, el tiempo durante el que estos trabajadores pueden beneficiarse de la suscripción obligatoria del convenio especial a cargo de la empresa sería muy reducido (hasta los 61 años de edad, al ser un despido colectivo por causas económicas). Ahora bien, es cierto que el importe de la indemnización adicional calculada en función de los meses que le reste a cada uno de los trabajadores mayores de 60 años desde la fecha del despido hasta la fecha en que alcancen la edad ordinaria de jubilación, parece cumplir con las rigurosas exigencias de justificación y proporcionalidad, por cuanto puede proporcionar a los trabajadores afectados por la decisión extintiva los recursos económicos necesarios para poder sufragar a su cargo el coste del convenio especial sin verse expuestos a los avatares de la jubilación anticipada, en este caso, por causas no imputables al trabajador, que requiere el cumplimiento de un periodo de carencia mínima de 33 años (que no necesariamente van a acreditar todos ellos) y conlleva, en todo caso, el recorte de la pensión por cada mes de anticipo a la edad de jubilación.

En definitiva, se trata de una medida efectiva que incluye un factor de individualización dentro del grupo de los trabajadores mayores de 60 años, mediante el ajuste del importe de la indemnización adicional a percibir en función de la mayor o menor lejanía a la edad ordinaria de jubilación, con la que pretende evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos de trabajo produce en los afectados.

Referencias:

1. [^] El artículo 6 de la Directiva 200/78, señala que “los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituyan discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr ese objetivo son adecuados y necesarios”.

§ 17 **El personal docente e investigador contratado temporalmente por las Universidades Públicas tiene derecho a solicitar, y en su caso percibir, los complementos de investigación de ámbito nacional.**

Ángel Arias Domínguez

Subdirector de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura

Resumen: *Los profesores Ayudantes Doctores, tradicionalmente excluidos de la posibilidad de solicitar los sexenios de investigación de ámbito nacional que acreditan la excelencia investigadora, van a poder solicitarlos, percibiendo, si su actividad es valorada positivamente, el correspondiente complemento económico, al entenderse que la discriminación por razón de la naturaleza temporal del vínculo contractual no se encuentra justificada.*

Palabras clave: *Personal docente universitario no permanente. Complemento de investigación. Discriminación por la naturaleza temporal del vínculo contractual.*

Abstract: *Teaching Assistants Doctors, traditionally excluded from the possibility of requesting the national research six-year periods that accredit research excellence, will be able to request them, receiving, if their activity is valued positively, the corresponding economic complement, on the understanding that discrimination for The reason for the temporary nature of the contractual relationship is not justified.*

Keywords: *Non-permanent university teaching staff. Research supplement. Discrimination due to the temporary nature of the contractual relationship.*

I. Introducción

La sentencia comentada es una más en la larga lista de resoluciones que han ido paulatinamente poniendo cortapisas a la tradicional exclusión de los profesores no funcionarios de la posibilidad de solicitar y percibir, en caso de que la evaluación fuese positiva, los complementos económicos de investigación asociados a la excelencia investigadora. Como se verá seguidamente, primero se eliminó la exclusión que afectaba a los funcionarios 'interinos', más tarde la que concernía a los profesores 'Contratados Doctores', y ahora, con la resolución que se comenta, se elimina la imposibilidad de que los profesores Ayudantes Doctores, personal que tiene encomendada, entre otras funciones, la realización de funciones de investigación, soliciten los sexenios de investigación.

Es una resolución realmente trascendente que va a tener un gran impacto en la ordenación de los diferentes estatutos jurídicos del personal docente e investigador que la nueva Ley Orgánica del Sistema Universitario exige que confeccionen las Comunidades Autónomas. No es aventurado sostener que la figura del Profesor Ayudante, con ésta o con cualquier otra terminología similar, va a seguir jugando en

esos nuevos modelos de ordenación del personal académico universitario un papel relevante, ahora con la posibilidad de solicitar y percibir estos complementos, si es que éstos se continúan diseñando jurídicamente como hasta ahora, que está por ver.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala IV.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 70/2023, de 25 de enero.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCO núm. 117/2020

ECLI:ES:TS:2023:315.

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Antonio Blasco Pellicer.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La problemática jurídica que se suscita en el asunto ahora resuelto aborda, en realidad, dos cuestiones. En primer lugar, si el personal docente e investigador con contrato laboral temporal (Profesores Ayudantes) de las Universidades públicas (de la Comunidad de Madrid, en este caso) tiene derecho a someter su actividad investigadora a la evaluación que cada seis puede solicitar el personal permanente. Y si dicho personal temporal, una vez superara favorablemente la correspondiente evaluación, tiene derecho al percibo del complemento económico por méritos investigadores en los mismos términos (plazos y cuantía) que el personal docente e investigador permanente. Aunque puedan parecer cuestiones entrelazadas, se enuncian separadamente porque en varias Universidades el personal Contratado Doctor sí podía solicitar el sexenio de investigación, pero no percibía la cuantía económica asociada al mismo hasta que no adquirieran la condición de funcionario, pues se sostenía que la naturaleza del complemento y su forma de valoración difería para ambos tipos de personal. Ahora, con esta resolución, queda meridianamente claro que el personal contratado en régimen temporal puede solicitar el sexenio de investigación y debe percibir el complemento económico que se le asocia si supera favorablemente la evaluación.

Es de suponer, por tanto, que otro de los efectos expansivos de la resolución será que las Universidades que no satisfacían el complemento económico del sexenio a los Contratados Doctores (profesores permanentes en la nueva Ley Orgánica del Sistema Universitario [LOSU]) deberán acometer su abono, por mucho que ello les suponga un desembolso económico que no tenía presupuestado.

Para conocer cuál ha sido el camino que nos ha llevado hasta aquí el método más sencillo es partir del fallo de la resolución recurrida, la STSJ-SOC Madrid 335/2020, de 28 de abril, que estima la demanda de conflicto colectivo presentado por la Federación Regional de Enseñanza de CC.OO. de Madrid, frente a seis universidades madrileñas (Complutense, Politécnica, Autónoma, Rey Juan Carlos, Carlos III, y Alcalá), declarando *“el derecho del personal docente e investigador no permanente (temporal) de las Universidades públicas de la Comunidad de Madrid demandadas a someter la actividad investigadora realizada cada seis años a una evaluación y, en caso de superar favorablemente la misma, a percibir, si diera lugar, un complemento por méritos investigadores en los mismos términos que el personal docente e investigador permanente”*.

La desestimación del recurso de casación, como respuesta coherente con la dinámica jurisdiccional que insiste en evitar discriminaciones de cualquier tipo en el trato dispensado por el ordenamiento a los trabajadores temporales, se enmarca en

una dinámica jurídica jalonada de ítems (básicamente resoluciones jurisdiccionales) que han ido coartando la evidente desigualdad en la que se encontraba el personal no funcionario. Con este paso, dado en el umbral de la entrada en vigor de la nueva norma rectora de las Universidades, se da un paso más en la equiparación de derechos entre trabajadores permanentes y no permanentes, que sólo puede ser aplaudida por quienes nos dedicados al estudio del Derecho del Trabajo en una Universidad Pública.

IV. Posición de las partes

La demanda pretendía que se garantizase el “*derecho del personal docente e investigador no permanente (temporal) de las Universidades públicas de la Comunidad de Madrid a someter la actividad investigadora realizada cada seis años a una evaluación*”, intimando “*en caso de superar favorablemente la misma*” que se perciba el “*complemento por méritos investigadores en los mismos términos que el personal docente e investigador permanente*”. Su argumentación técnico jurídico se apoya, básicamente, sobre los principios de no discriminación y de igualdad de trato al entender que la función investigadora del personal docente es exigible por igual a los profesores permanentes como a los temporales, y que la exclusión de los no permanentes del percibo del complemento, a todas luces una condición de trabajo, no viene amparada por las normas comunitarias y patrias.

Los recurrentes entienden, por su parte, que aunque asumen que las personas contratadas temporalmente deben tener los mismos derechos que las contratadas indefinidamente, los profesores contratados temporalmente no se encuentran en la misma situación que los permanentes, no apreciando, en realidad, que se encuentren en situaciones comparables. Sostienen su argumentación en dos datos. En primer lugar, en la propia configuración de ambas modalidades que realiza la normativa universitaria de alcance nacional, que los diferencia encomendándoles diferentes competencias. Y, en segundo lugar, en la conformación que de sus diferentes *status* jurídicos realiza el convenio colectivo aplicable. Razonan, por ello, que la diferencia de trato se sustenta en la intemporalidad de la relación de servicios, y que el hecho de consentir la evaluación de la investigación de los profesores contratados permanentes (Contratados Doctores) reafirma la idea de que no estamos en presencia de un complemento específico para los funcionarios, sino únicamente para los que han adquirido la fijeza laboral, sea cual sea el marco jurídico -funcionarial o contractual- que organice sus derechos y obligaciones.

V. Normativa aplicable al caso

*** Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.**

Art. 39.1 *"La investigación científica es fundamento esencial de la docencia y una herramienta primordial para el desarrollo social a través de la transferencia de sus resultados a la sociedad. Como tal, constituye una función esencial de la universidad, que deriva de su papel clave en la generación de conocimiento y de su capacidad de estimular y generar pensamiento crítico, clave de todo proceso científico"*.

Art. 40.1 *"La investigación es un derecho y un deber del personal docente e investigador de las Universidades, de acuerdo con los fines generales de la Universidad, y dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico"*.

Art. 48.1 *"Las universidades podrán contratar personal docente e investigador en régimen laboral"*.

Art. 48.2 *"Las modalidades de contratación laboral específicas del ámbito universitario son las que se corresponden con las figuras de Ayudante, Profesor Ayudante Doctor, Profesor Contratado Doctor, Profesor Asociado y Profesor Visitante"*.

*** Real Decreto 1086/1989, de 28 de agosto, sobre Retribuciones del Profesorado Universitario.**

Art. 2.4.1. “El profesorado universitario podrá someter la actividad investigadora realizada cada seis años a una evaluación, en la que se juzgará el rendimiento de la labor investigadora desarrollada durante dicho periodo.”

Art. 2.4.3. “La evaluación positiva por la Comisión Nacional comportará al Profesor la asignación de un complemento de productividad por un periodo de seis años”.

*** Decreto 153/2002, de 12 de septiembre, sobre el régimen del personal docente e investigador contratado por las Universidades públicas de Madrid y su régimen retributivo.**

Art. 25 “a) Se podrá conceder un complemento adicional por méritos individuales por las actividades docentes, investigadoras o de gestión.../...b) El complemento adicional es una retribución personal, no consolidable y de carácter variable, que se concederá previa solicitud del interesado, en función de los méritos docentes, investigadores y de gestión evaluados, siempre referidos a méritos contraídos en el curso o cursos anteriores.../...c) El complemento adicional estará vinculado a enseñanzas conducentes a la expedición de títulos de validez oficial, a la actividad en programas de investigación públicos o a actividades de gestión...”

*** Convenio Colectivo de Universidades Públicas de Madrid (Personal Docente e Investigador) (BOCM núm. 164, 12 julio 2003).**

Art. 24.1 “El personal docente e investigador contratado será retribuido por los conceptos de retribuciones básicas y complementos. Las retribuciones básicas están constituidas por el sueldo, antigüedad y pagas extraordinarias. Los complementos son los siguientes: complemento de productividad investigadora regulado en el párrafo siguiente.../...”, complemento específico por méritos docentes, complemento adicional y complemento por ocupación de cargos universitarios, definidos en los artículos 23, 24 y 25 del Decreto 153/2002, de 12 de septiembre, de la Comunidad de Madrid sobre el régimen del personal docente e investigador contratado por las Universidades públicas de Madrid; y en su caso los complementos personales transitorios derivados de la aplicación de la disposición Transitoria 1ª del citado Decreto.

A partir de 2006 los profesores contratados por tiempo indefinido podrán solicitar el reconocimiento del complemento de productividad investigadora, que tendrá efectos económicos a partir de 1 de enero de 2006”.

VI. Doctrina básica

Tres argumentos se despliegan para desestimar la casación y confirmar la resolución de instancia (del TSJ en conflicto colectivo). En primer lugar, que del análisis de la normativa universitaria no existen diferencias en cuanto a la realización de actividades de investigación entre el personal docente permanente y el no permanente que justifique la desigualdad de trato que supone impedir que el personal no permanente pueda solicitar el complemento. La investigación concierne a ambos tipos de personal, y la mera permisividad en la solicitud no aseguraría la percepción del complemento, pues debe evaluarse la actividad investigadora en relación con los méritos aportados por cada solicitante empleando idénticos parámetros de valoración y aquilatación para ambos tipos de personal.

En segundo lugar, que a la normativa Comunitaria (Directiva 1999/70/CE de 28 de junio) le es refractaria cualquier discriminación de trato en relación a las condiciones de trabajo entre elementos comparables sustancialmente idénticos que se sustente en la naturaleza temporal del vínculo contractual, especialmente cuando del devengo de un complemento económico se trata^[1].

Y, en tercer lugar, que la naturaleza del complemento de investigación no se relaciona con el puesto de trabajo o otra condición singular que lo individualice, sino con la productividad investigadora, por lo que no es razonable que el esfuerzo investigador reciba peor trato para los trabajadores temporales que para los permanentes.

VII. Parte dispositiva

Se desestiman los recursos de casación impetrados por las seis universidades madrileñas con la sentencia de la STSJ-SOC Madrid 335/2020, de 28 de abril, promovido a instancia de Federación Regional de Enseñanza de Comisiones Obreras de Madrid.

VIII. Pasajes decisivos

“El personal docente con contrato laboral permanente resulta ser, perfectamente, un trabajador comparable a los presentes efectos respecto de los profesores con contrato laboral no permanente”.

Los arts. 39 y 40 de la LOU *“...configuran a la investigación como una finalidad básica de las universidades y como fundamento esencial de la docencia universitaria, así como una herramienta primordial para el desarrollo social a través de la transferencia de la investigación. En consecuencia, a tales finalidades sirve toda la investigación que se realice en el ámbito universitario con independencia del origen personal de la misma ya que, la investigación es un derecho y un deber del personal docente e investigador...”*

El art. 40.3 LOU impone *“a la universidad la obligación de facilitar la compatibilidad en el ejercicio de la docencia y la investigación y la de incentivar el desarrollo de una trayectoria profesional que permita una dedicación más intensa a la actividad docente o a la investigadora”.*

“...resulta concluyente que no existen diferencias entre el personal permanente y el temporal que justifiquen la desigualdad de trato; más aún si se tiene en cuenta que el derecho que se discute es, primariamente, el acceso a la evaluación de la actividad investigadora cada sexenio que, obviamente tendrá en cuenta los resultados de la investigación que responden al esfuerzo personal o del equipo de investigación en el que se integre el docente, todo ello con independencia de la naturaleza, permanente o temporal de su contrato”.

“La recta interpretación de la Directiva Comunitaria conduce a la misma conclusión: son comparables los profesores fijos a efectos de examinar si existe discriminación. Además, la propia regulación de las diferentes figuras docentes temporales conduce a la misma conclusión. Y es que en mayor o menor medida en la configuración que la LOU hace de las mismas aparece la actividad investigadora. Así, respecto de los profesores ayudantes, el artículo 49.b) LOU dispone que la finalidad principal del contrato será la de completarla formación docente e investigadora de dichas personas. En cuanto a los profesores ayudantes doctores, el artículo 50.c) LOU dispone con rotunda claridad que “la finalidad del contrato será la de desarrollar tareas docentes y de investigación”. Respecto de los profesores visitantes, el artículo 54.c) LOU establece que la finalidad del contrato será la de “desarrollar tareas docentes o investigadoras a través de las que se aporten los conocimientos y la experiencia docente e investigadora de los indicados profesores a la universidad”. Únicamente, respecto de los profesores asociados no existe previsión específica en el precepto que regula el objeto de su contrato, lo que no impide que realicen tareas investigadoras, a lo que, sin duda tienen derecho, de conformidad con el artículo 40 LOU”.

“Resulta, por tanto, que el examen de la normativa sobre configuración del profesorado laboral no incluye diferencias sustanciales que pudieran justificar una posible desigualdad que justificase un trato diferente. Antes bien al contrario, en todas ellas se prevé explícitamente o, singularmente, de manera implícita, que la actividad investigadora constituye parte del objeto de su contrato o un derecho inherente al mismo. En consecuencia, cabe concluir que no hay ninguna razón objetiva más allá de la naturaleza temporal de la relación de servicio de los profesores, que justifique la diferencia de trato respecto de los profesores contratados permanentes en cuanto a la realización de la actividad investigadora y al derecho a que la misma sea evaluada y, consecuentemente, si dicha evaluación fuera positiva al percibo del complemento salarial correspondiente”.

“La naturaleza del complemento por la actividad investigadora no está vinculado al puesto de trabajo sino a la productividad y aunque en determinadas categorías el peso de la investigación sea menor que en otras en función de su configuración legal, no puede aceptarse que el esfuerzo investigador reciba un tratamiento desigual en los trabajadores temporales. Tratamiento desigual que, como se ha apreciado es tratamiento discriminatorio en función de la naturaleza temporal del contrato; más aún, cuando lo que se niega no es directamente un complemento sino la posibilidad de que el esfuerzo investigador pueda ser evaluado en las mismas condiciones que se evalúa el del personal permanente, como presupuesto imprescindible para acceder al complemento salarial”.

IX. Comentario

La decisión final adoptada por esta resolución puede leerse como la última de un camino jalonado de antecedes decisiones jurisdiccionales (de diferentes tribunales) que van conformando un panorama cada vez menos restrictivos del trato que el sistema universitario dispensa a los profesores no funcionarios. Los momentos más trascendentes de esta evolución han sido, entre otros, los siguientes:

* Negativa tradicional a que los profesores no funcionarios soliciten los complementos de investigación.

Aunque hay varias que caminan en esta senda, los criterios de la STSJ-SOC Murcia 604/2016, de 17 de junio son bien elocuentes. Varios profesores de la Universidad de Murcia, que ya tenían concedido un sexenio de investigación, intiman de su universidad el percibo de complemento económico asociado a dicho reconocimiento. Baste decir ahora que a estos profesores con contrato laboral permanente sí se les permitía que sometiesen la tarea investigadora desarrolla a evaluación pero que, en el supuesto de que efectivamente se le valorase positivamente, no se les abonaba el complemento económico asociado a ello hasta que no adquiriesen la condición de funcionario. La resolución del JS desatiende su petición, y la STSJ confirma el fallo, al entender que la diferencia de trato entre docentes funcionarios y laborales está avalada por el TC y la doctrina del TS y, sobre todo, porque el precepto del Convenio Colectivo aplicable *“por el momento no reconoce efectos económicos a los sexenios y quinquenios que tiene reconocido dicho personal y la validez de tal disposición ni la regulación de la estructura retributiva que en el se contiene no ha sido impugnada”.*

* Los funcionarios interinos sí pueden solicitar sexenios de investigación.

La S Juzgado Central CON-ADM núm. 8 135/2017, de 26 de diciembre estima el recurso intimado contra la resolución de la administración educativa por la que se fija el plazo y el procedimiento de presentación de solicitudes de evaluación de la actividad investigadora, anulando y dejando sin efectos su artículo primero, por no ser conforme a Derecho. Dicho precepto especificaba que podrán solicitar el sexenio de investigación *“Los funcionarios de carrera de los cuerpos docentes universitarios...”*, con lo que se niega *“el derecho a dicha evaluación al funcionario interino de los cuerpos docentes universitarios”.* La resolución constata que la orden de convocatoria se refiere expresamente a los funcionarios de carrera, mientras que la norma nacional incluye en su ámbito de aplicación a los funcionarios, apreciando, en definitiva, que *“lo que no puede hacer la administración educativa demandada es prohibir el acceso a esta evaluación a los funcionarios interinos, cuando la norma, esto es, el Real Decreto 1086/1989, de 28 de agosto, incluye a este funcionario interino en su ámbito de aplicación”.*

* El profesorado contratado no permanente sí puede solicitar los complementos económicos nacionales relacionados con su actividad docente (quinquenios).

La STSJ-SOC Madrid 556/2018, de 8 de octubre así lo aprecia, confirmándose la resolución por la STS-SOC 1111/2020, de 10 de diciembre. La sentencia de conflicto colectivo entiende que *“...el establecimiento de complementos adicionales no está supeditado a determinados tipos de contratación”*, pues ni en Convenio Colectivo ni la

norma que lo regula así lo prevé, apreciando que lo que “se pretende por los demandantes es el acceso a la referida evaluación, para, en su caso, ser acreedor de un posible complemento cuando concurra el elemento temporal exigido; por consiguiente esa fase previa de evaluación, tanto redundante en el personal temporal como en el permanente, y no existe un criterio objetivo de diferencia entre colectivos, y es a partir de ahí cuando al no tener acceso a esa evaluación cuando surge la desigualdad invocada, consistente en que en situaciones comparables, se produce el trato diferente por el mero hecho de la duración contractual, inadmisibles a nuestro juicio...” El TS reafirma por su parte, en la resolución citada, que “la desigualdad invocada” se produce “al no tener acceso el personal temporal a solicitar la evaluación”^[2].

* Los sexenios reconocidos a los profesores contratados doctores son equiparables a los reconocidos a los profesores funcionarios.

La SAN CON-ADM 408/2016, de 19 de junio enjuiciaba “la procedencia de computar o no a la recurrente a efectos de la acreditación nacional para acceder a los cuerpos docentes universitarios el sexenio de investigación que tiene reconocido” (como Profesora Contratada Doctora). La resolución que le denegaba la acreditación a los cuerpos de funcionarios precisaba que “el sexenio de investigación reconocido por la CNEAI no puede ser considerado por la Comisión, ya que tal mérito no se corresponde con los descritos en el Decreto 1086/1989” que es la norma nacional que regula los sexenios de investigación. No lo entiende así la Sala, y analizando tanto la naturaleza de lo que se somete a evaluación (las aportaciones de investigación individuales), como el procedimiento mediante el que se lleva a cabo (sustancialmente idéntico para ambos tipos de trabajadores -funcionarios y laborales-), entiende que el sexenio obtenido como profesor contratado doctor tiene que ser reconocido en el procedimiento de acreditación administrativa a profesor numerario en idénticas condiciones que si lo hubiera obtenido un profesor funcionario.

* No es ajustada a derecho la normativa que excluye a los profesores no permanentes de la posibilidad de solicitar sexenios de investigación.

La STSJ CON-ADM La Rioja 232/2019, de 11 de julio entiende que no es ajustada a derecho la convocatoria para la evaluación de la actividad investigadora de los profesores contratados que excluye a los no permanentes, porque “no queda acreditada una razón objetiva que justifique un trato diferente entre el profesorado universitario personal laboral permanente y el temporal, para la evaluación de la actividad investigadora, por lo que debe concluirse que la resolución administrativa impugnada es contraria a derecho en cuanto no incluya en su ámbito subjetivo al mencionado personal temporal”.

En idéntico sentido pueden verse la STSJ CON-ADM Gran Canarias (Las Palmas), 592/2019, de 24 de septiembre.

* El personal docente temporal puede solicitar los sexenios de investigación.

Además de la resolución que se confirma en al STS que se comenta, pueden citarse, en el mismo sentido la STSJ-SOC Andalucía (Málaga) 1791/2021, de 19 de noviembre, que aprecia “un trato desigual entre los laborales permanentes y los laborales temporales”, por lo que se entiende que “Los anteriores razonamientos conducen a la estimación sustancial de la demanda, en el sentido de reconocer al personal laboral contratado temporal docente e investigador de las Universidades Públicas de Andalucía el derecho a la evaluación de su actividad docente, investigadora y de gestión de personal docente e investigador en las mismas condiciones que el personal laboral contratado permanente docente e investigador de las mismas, y, caso de evaluación favorable, al reconocimiento de las consecuencias jurídicas inherentes a la misma, entre las que se encuentra la percepción de los complementos por quinquenios o sexenios”.

X. Apunte final

Era difícil que la discriminación apreciada se sostuviese en el tiempo. No sólo porque es evidente que jurídicamente no se sostenía, sino también por la importancia intrínseca que el sexenio tiene en la superación de las diferentes etapas contractuales para adquirir la fijeza en el puesto de trabajo (laboral: Contratado Doctor, o funcional: Profesor Titular), lo que ha acogotado sindical y judicialmente la problemática hasta abrogarla.

Con respecto al sexenio quedan todavía por aclarar algunos aspectos relativos a las valoraciones de las aportaciones individuales^[3] y, sobre todo, a las explicaciones que se aportan para cuando la evaluación no ha sido positiva, pero es razonable reconocer que ha servido como instrumento ordenador del progreso en la Universidad, no sólo en la adquisición de la estabilidad laboral (que sólo lo ha sido tangencialmente), sino también en otras materias: participación en tribunales de oposiciones, solicitud de proyectos de investigación, ordenación de los complementos económicos autonómicos de investigación, etc.

Es de suponer que el nuevo sistema tendrá en consideración esta variable para organizar la dedicación y remuneración del profesorado universitario, aunque no parece empezar del todo bien, pues la LOSU ha decidido derogar el Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo, que en su art. 6.4 reducía la carga del funcionario docente que tenga un determinado número de sexenios (3 para un Profesor Titular, 4 para un Catedrático), en vez de ampliar la medida a profesores no funcionarios (Contratados Doctores), e incluso ahora (¿Por qué no?) a los no permanentes (Ayudantes).

Referencias:

1. ^ *Dos resoluciones del TJUE pueden aportarse sobre discriminación del profesorado universitario por la naturaleza temporal del vínculo contractual. En primer lugar, el Auto TJUE de 9 de febrero de 2017 [asunto C-443/16] Francisco Rodrigo Sanz, c. Universidad Politécnica de Madrid, en el que se analizaba la reducción unilateral de la jornada laboral, de tiempo completo a tiempo parcial, que había efectuado una Universidad pública. El Tribunal no duda en afirmar que estamos en presencia de una condición de trabajo, y que existe una diferencia en el trato dispensado a los Profesores Titulares de Escuela Universitaria interinos que no posean el rango académico de Doctor, a los que se les ha reducido la jornada [y la remuneración] a la mitad, frente a los Profesores Titulares de Escuela Universitaria (funcionarios de carrera) no doctores, que continúan desempeñando su jornada laboral como hasta entonces. Algo menos trascendente es, en segundo lugar, el ATJUE de 19 de marzo de 2019 [C-293/18] CC.OO. de Galicia c. Universidad de Santiago de Compostela, que desecha la pretendida discriminación por la suscripción de la Universidad de contratos predoctorales de investigación que carecen de indemnización a su término. Por último, ya muy lateralmente, puede traerse a colación el A TJUE de 22 de marzo de 2018 [asunto: C-315/17] Pilar Centeno c. Universidad de Zaragoza, que analiza si los funcionarios interinos (del personal de Administración y Servicios de una Universidad pública) pueden participar en la implantación de la carrera profesional horizontal, con el consiguiente percibo de la remuneración prevista.*

2. [^] *Tan trascendente se considera esta resolución que las Universidad del G-9 se vieron compelidas a evacuar un documento conjunto (“Comunicado del G-9 en relación con la evaluación de los tramos de docencia e investigación al profesorado contratado y su retribución”) en el que explicaban cuál era la situación con relación al percibo de los complementos (quinquenios y sexenios) de los profesores contratados en régimen laboral, entendiendo que “La evaluación y retribución en su caso de los quinquenios y sexenios estatales a todo el profesorado laboral son cuestiones de gran calado y con repercusiones administrativas, legales y económicas muy relevantes, que requieren de un análisis riguroso y de un tiempo adecuado para su valoración”.El informes puede verse en esta página web: <https://uni-g9.net/noticias/comunicado-del-g-9-en-relacion-con-la-evaluacion-de-los-tramos-de-docencia-e-investigacion-al-profesorado-contratado-y-su-retribucion>*
3. [^] *La STS-CON 986/2018, de 12 de junio entiende que la valoración de las aportaciones individuales al sexenio debe tener en consideración no únicamente el medio en el que se ha dado a conocer o publicado, sino principalmente su contenido.*

§ 18 ¿Debe considerarse el tiempo de espera como tiempo de trabajo?

Francisco A. Vila Tierno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga.

Resumen: *La cuestión consiste en determinar si los tiempos de espera de personas trabajadoras que prestan servicios en RENFE computan como tiempo de trabajo efectivo.*

Palabras clave: *Tiempo de trabajo, doctrina TJUE, Carta Social Europea.*

Abstract: *The question is whether the waiting times of workers who provide services in RENFE count as effective working time.*

Keywords: *Tiempo de trabajo, doctrina TJUE, Carta Social Europea.*

I. Introducción

La regulación de la jornada de trabajo se contempla, de manera aparentemente completa, en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Y decimos que “aparentemente” completa porque pueden aparecer situaciones de hechos con un difícil encaje en su contexto.

Ello no quiere decir, sin embargo, que no pueda incluirse dentro de este marco, sino que resulta compleja su identificación conceptual dentro de los parámetros que ofrece tal precepto. En este sentido, el apartado 5º del citado artículo dispone que el tiempo de trabajo se computará “de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria se encuentre en su puesto de trabajo”. De dónde debería derivarse, necesariamente que el resto del tiempo no puede tener dicha consideración.

Pero ¿qué sucede con los períodos en los que el trabajador se encuentra en una situación en la que no estando en su puesto de trabajo tampoco disfruta de un tiempo completo de ocio?

Hasta ahora, para resolver esa cuestión, y ante la parquedad de la regulación legal interna, nuestro Tribunal Supremo ha ido elaborando una doctrina que se ha basado en la interpretación que el TJUE ha realizado respecto a la Directiva 2003\88\CE, de 4 noviembre, que establece las disposiciones mínimas en la citada materia y que se supone que ha sido objeto de transposición a través de los correspondientes preceptos del ET.

A tal efecto, se ha basado en la distinción entre dos conceptos clave:

- tiempo de trabajo, como “todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales” y;

- tiempo de descanso, identificado de manera simple, como “todo período que no sea tiempo de trabajo”.

No hay, sin embargo, una definición de los períodos en los que la persona trabajadora, a pesar de seguir a disposición del empresario, no permanezca en el trabajo o en el ejercicio de sus funciones.

Una lectura simple del precepto de la Directiva (art. 2), nos llevaría a reconocerlo como tiempo de descanso, en tanto que no reúne los requisitos para ser tiempo de trabajo. No cabe, en consecuencia, otra consideración distinta a la que ya hemos adelantado, esto es, como tiempo de descanso.

No debemos obviar, sin embargo, que el mismo artículo 2 de la Directiva se completa con el concepto de “descanso adecuado”, entendiendo que este se refiere a los “períodos regulares de descanso de los trabajadores, cuya duración se expresa en unidades de tiempo, suficientemente largos y continuos para evitar que, debido al cansancio o a ritmos de trabajo irregulares, aquellos se produzcan lesiones a sí mismos, a sus compañeros o a terceros, y que perjudiquen su salud, a corto o a largo plazo”.

La duda que surge, por tanto, es si un período en el que se está a disposición de la empresa puede entenderse como descanso adecuado.

Y aún más, si la Carta Social Europea también tiene una previsión expresa sobre el tiempo de trabajo ¿debe tenerse presente como normativa de referencia para dar respuesta al problema suscitado?

Son varios interrogantes, algunos resueltos por esta resolución, mientras que otros no... e incluso plantea otros nuevos...

De ellos se pretende dar cuenta en el presente comentario que analiza una sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que, por razón de competencia, actúa como instancia.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Audiencia Nacional, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 152/2022, de 22 de noviembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: Conflictos Colectivos 0000273/2022.

ECLI: ES:AN:2022:5444.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilma. Sra. Dña. Ana Sancho Aranzasti.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema que se presenta como objeto de debate, tal y como se señala en el FJ4º, es la categorización del período que en el supuesto de hecho se identifica como tiempo de espera, en tanto que su consideración o no dentro del concepto de tiempo de trabajo, tiene una serie de consecuencias vinculadas. Concreta y esencialmente, la determinación de la jornada máxima y la posible existencia o reconocimiento de horas extras.

La situación que se analiza parte del hecho de no reconocer como tiempo de trabajo por la entidad contratante, de conformidad con la normativa interna aplicable,

siendo relevante, a estos efectos, un posible error en la categorización jurídica a los efectos antes señalados. En este sentido, es igualmente significativa las dudas sobre una posible inadecuación de procedimiento, puesto que frente al procedimiento de conflicto colectivo que se plantea, se cuestiona si lo que se discute es una posible impugnación del convenio colectivo.

Los hechos más relevantes se resumen en dos aspectos que podemos identificar como centrales:

1. Como expresamente se recoge en el Hecho probado segundo (no controvertido), “El personal de intervención, toma el tren en el que han de llevar a cabo un servicio (tiempo de toma) y dejan el mismo cuando llega a su fin (tiempo de deje). A continuación, transcurre un periodo de tiempo, de duración variable, a la espera de toma del siguiente tren que les traslade para regresar a su lugar de residencia o en el que hayan de prestar un nuevo servicio”. A ese periodo de tiempo se le denomina como “Tiempo de espera” en el Marco Regulador del Personal de Intervención Regionales, de fecha 3 de noviembre de 2003.

2. Conforme a dicho Marco Regulador, ese tiempo de espera no tiene la condición de tiempo de trabajo, salvo que concurran determinadas circunstancias. Ese período, no obstante, se computa para la puesta en valor de mecanismos compensatorios en los supuestos que se catalogan como de mayor dedicación y pueden suponer mermas del descanso. Al tiempo que se incluye también un complemento específico, el “complemento de puesto, por importe de 4.281,12 euros anuales, distribuido en 12 abonos de carácter mensual, que incluye la compensación, a todos los efectos, de las horas de mayor dedicación y merma de descanso incluidos en los límites señalados en los puntos 2.2 y 2.42 de este Acuerdo” (FJ 4º).

IV. Posición de las partes

Para definir la posición de las partes en este proceso de conflicto colectivo, es preciso, con carácter previo, identificar cada una de ellas y así señalar cuál es la posición que defienden en aquél.

Federación Servicios Ciudadanía CC.OO.

Grupo RENFE: EPE RENFE Operadora; RENFE Viajeros SA, RENFE Mercancías SA, RENFE Fabricación y Mantenimiento SA, RENFE Alquiler de Material Ferroviario SA.

Interesados: Sindicato Ferroviario Intersindical, Sindicato Federal Ferroviario CGT, Sindicato Maquinistas y Ayudantes Ferroviarios SEMAF (no comparece), Federación Movilidad y Consumo UGT.

La posición de las partes se resume de manera exhaustiva en el antecedente de hecho segundo, según el cual:

“1.- El sindicato demandante se ratificó en su demanda, alegando que recientemente se ha dictado por la Sala Cuarta sentencia atinente al sector de ambulancias que ratifica el criterio mantenido cuando el trabajador se encuentra a disposición de la empresa, concluyendo que dichos periodos son tiempo de trabajo. Se confirmó que a su juicio, los interventores, durante el tiempo que transcurre desde el deje de un servicio hasta la toma del siguiente, están a disposición de la empresa, sin que aquéllos puedan considerarse periodos de descanso sino de trabajo, en consonancia con lo solicitado en el escrito rector.

2.- Los sindicatos UGT, SFF-CGT y SFI se adhirieron a la demanda, no compareciendo SEMAF.

3.- El letrado que actuó en representación de todas las codemandadas, a excepción de Renfe Operadora se opuso a la demanda, alegando en primer término la falta de legitimación pasiva de las codemandadas Renfe Fabricación y Mantenimiento Sociedad Mercantil Estatal S.A, Renfe Mercancías Sociedad Mercantil Estatal S.A y

Renfe Alquiler de Material Ferroviario Sociedad Mercantil Estatal S.A, en tanto que ninguna de ellas cuenta con personal que ocupe la posición de interventor.

A continuación, y en cuanto al fondo del asunto, señaló que el objeto del procedimiento se circunscribía a calificar o no como tiempo de trabajo, los tiempos de espera, regulados expresamente en el Marco Regulador del Personal de Intervención Regionales de 3-11-2003 y en los que dichos tiempos de espera no son considerados tiempos de trabajo, pretendiendo el actor que dichos tiempos de espera tengan una regulación distinta a lo pactado. Añadió además que no se cumplen los presupuestos exigidos por la jurisprudencia de la Sala Cuarta ni del TJUE para considerarlos tiempos de trabajo, pues los interventores durante los tiempos de espera, tienen libertad para hacer lo que entiendan conveniente, no estando sujetos a instrucciones de la empresa. Por ello, concluyó que la demanda debía ser desestimada.

Renfe Operadora se adhirió a las manifestaciones del letrado que le precedió, oponiendo la inadecuación del procedimiento, pues sostuvo que en definitiva lo que se estaba haciendo por la parte actora era impugnar el convenio colectivo, solicitando igualmente la desestimación de la demanda.

Por el sindicato actor se contestó a las excepciones opuestas manifestando: a) su conformidad con la falta de legitimación activa de las entidades Renfe Fabricación y Mantenimiento Sociedad Mercantil Estatal S.A, Renfe Mercancías Sociedad Mercantil Estatal S.A y Renfe Alquiler de Material Ferroviario Sociedad Mercantil Estatal S.A, desistiendo de las mismas; b) su disconformidad con la inadecuación de procedimiento alegando que no se impugna el convenio sino la interpretación del mismo y del concepto de tiempo de espera como tiempo de trabajo, acorde con la nueva jurisprudencia europea y nacional”.

V. Normativa aplicable al caso

No resulta muy ilustrativa la resolución comentada respecto a las disposiciones normativas que pudieran resultar aplicables al supuesto de hecho, por lo que debemos distinguir entre aquellas que son aplicadas y la que pudieran ser aplicables. En cualquier caso, como se verá en el análisis de la doctrina básica que se efectúa en el siguiente apartado, se constata que la principal actuación del Tribunal ha consistido en reproducir la doctrina del TS amparada en las interpretaciones del TJUE sobre la Directiva de referencia, advirtiendo, eso sí, las diferencias del supuesto de hecho respecto de lo debatido en el seno de otras resoluciones. Pero ello sin hacer un amplio o exhaustivo análisis de la normativa concurrente que pudiera servir de base para la resolución del caso.

Siendo así, se alude, de manera separada, a dos cuerpos normativos distintos para solventar las dos cuestiones principales que se debaten: la inadecuación de procedimiento, de una parte y, de otra, los preceptos que entiende de utilidad para sustanciar el asunto.

Respecto a la posible inadecuación de procedimiento, se apoya en la STS de 7-2-2019 (rco. 223/2017, Roj: STS 611/2019 -ECLI:ES:TS:2019:611), para reproducir sus argumentos y el modo de aplicar, en tal caso, los arts. 163 a 166 LRJS, en especial el 163.4, para distinguir cuando debe seguirse la modalidad de conflictos colectivos o la de impugnación de convenios.

De otra parte, las referencias normativas para implementar el fallo son las siguientes reflejadas en el FJ 4º:

- “Marco Regulador del Personal de Intervención Regionales de fecha 3-11-2003 [...], regula en su apartado 2 la jornada, y en concreto, a partir de su apartado 2.21 la duración de la misma. En lo que aquí nos interesa, se han de reseñar los siguientes aspectos:

"Apartado 2.24: Se considerará trabajo efectivo el tiempo que media desde que los trabajadores se hacen cargo de su servicio, más el periodo asignado para la toma del

mismo, si lo tiene, hasta que cesen en el servicio, más el tiempo grafiado para el deje del mismo, si lo tiene, y los intervalos inferiores a noventa minutos, que transcurran entre dos servicios consecutivos de trabajo efectivo."

"Apartado 2.25: La situación de espera es la que se produce desde quince minutos antes de la hora oficial de salida del tren en que el trabajador haya de salir sin servicio para prestarlo. El tiempo que medie desde el deje de un servicio hasta la salida del primer tren que deba utilizar para el regreso a su residencia y el tiempo que transcurra entre el deje de un servicio y la toma del siguiente, dentro de la misma jornada".

"Apartado 2.26: Las esperas no se computarán como trabajo efectivo, si bien su duración será tenida en cuenta para su influencia en el cálculo del tiempo de mayor dedicación y mermas de descanso que pudiera ocasionar".

"Apartado 2.27: Si en una jornada hubiera más de una situación de espera, viaje sin servicio o de ambas a la vez, serán computadas como trabajo efectivo todas las situaciones, excepto aquella que tenga mayor duración".

"Apartado 2.42: Los diferentes excesos de horas de dedicación y merma de descanso que se puedan producir se compensarán por tiempos equivalentes de descanso, a razón de un día por cada ocho horas acumuladas, siempre que se sobrepasen las 30 horas, resultante de la suma de horas de mayor dedicación y de merma de descanso por trabajador y mes. Las horas extraordinarias que se produzcan se compensarán directamente a razón de un día por cada ocho horas acumuladas. Se podrán sumar los excesos que se produzcan con el fin de acumularlas horas necesarias para disfrutar los descansos compensatorios. La compensación por las citadas horas se disfrutará dentro de las catorce semanas siguientes a partir del cierre del mes en que se hayan contabilizado los excesos de las citadas horas y hayan alcanzado un total de ocho horas para un determinado interventor".

- La ya comentada y desglosada Directiva 2003/88/CE de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, dispone en su art. 2 que, a los efectos de la misma, se entenderá como:
 - 1) tiempo de trabajo: todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales;
 - 2) período de descanso: todo período que no sea tiempo de trabajo (...).

Respecto a la normativa que no se cita (en parte ya sugerida):

- Art. 34 ET. Jornada.

"1. La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo.

La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual [...]

2.[...] La compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan [...]

5. El tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo [...]

9. La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo [...]

- Art. 35. Horas extraordinarias:

“Tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior. Mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido [...]

No se alega por el demandante, de manera un tanto sorprendente, la doctrina del CEDS sobre la Carta Social Europea (CSE), en particular sus consideraciones sobre lo que se conocen como “guardias localizadas” -decimos sorprendente en tanto que esta organización ha presentado un procedimiento de reclamación colectiva (nº 218/2021) invocando la CSE en materia de despido-. Respecto a ellas debería tenerse presente el art. 2 cuando indica que “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a unas condiciones de trabajo equitativas, las Partes se comprometen: 1 a fijar una razonable duración diaria y semanal de las horas de trabajo [...]” De donde se deduce una doctrina que será tratada en el epígrafe siguiente.

VI. Doctrina básica

Viene a disponer la sentencia, siguiendo el esquema del apartado precedente, dos planteamientos que requieren un tratamiento separado, el primero de carácter instrumental, más vinculado al propio proceso laboral, mientras que el segundo tiene un carácter claramente sustantivo. Se reconocen, de este modo, una doble doctrina básica que extraer de esta resolución judicial.

En primer término, tal y como se ha indicado, se apoya en la STS de 7-2-2019 (rco. 223/2017, Roj: STS 611/2019 -ECLI:ES:TS:2019:611), para dar cuenta de una doctrina que no resulta novedosa, sino consolidada ya en el TS. Conforme a esta, por la vía del art. 163.4 LRJS, se puede articular la impugnación de los actos en aplicación de una norma convencional no impugnada directamente, basándose, para ello, en la inadecuación jurídica de las disposiciones de aquélla. Si así se resuelve en el proceso de conflicto colectivo, el juzgador dará traslado al Ministerio Fiscal para una posible impugnación del convenio colectivo por ilegalidad, por el procedimiento específico para ello (arts. 163 a 166 LRJS).

Al margen de ello, y como doctrina en cuanto al fondo del asunto, al hilo de las decisiones del TJUE y TS sobre tiempo de trabajo y tiempo de descanso en las guardias localizadas y guardias presenciales, se recuerda que mientras que las segundas tienen la condición de tiempo de trabajo, en las primeras existe una disponibilidad, pero al tener mayor libertad ambulatoria y menos limitaciones para organizar su ocio o intereses personales, únicamente debe computar como tiempo de trabajo la prestación efectiva de servicios. En este orden, se concluye, no será tiempo de trabajo, si concurren determinadas circunstancias que son ilustrativas de la ausencia de obligación de permanecer en determinadas instalaciones, de realizar nuevas tareas o por el hecho de que existan compensaciones por descanso y económicas a través de un complemento retributivo de naturaleza salarial.

Lo sustancial, no obstante, en esta sentencia, es que ilustra un hecho diferencial respecto de las resoluciones que provocan la anterior doctrina y es que, en todas aquellas existía una disponibilidad, mayor o menor para la empresa, mientras que en ésta, se puede colegir -o cuanto menos presumir porque no resulta muy explícita- que cuando no existe ese factor de disponibilidad no puede considerarse, en ningún caso, tiempo de trabajo.

VII. Parte dispositiva

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional entiende, de manera sucesiva y encadenada que:

-El objeto de este proceso no consiste en la impugnación de la normativa interna de RENFE -un convenio colectivo-, sino la interpretación, de acuerdo con la doctrina del TJUE y del TS, del concepto de tiempo de espera, lo que se ha realizado, de manera adecuada, por los cauces de la modalidad de conflicto colectivo, sin perjuicio de que, en caso de que prosperara la pretensión, se instara la impugnación de convenio que conculca la legalidad vigente (art. 163 LRJS);

-Que los tiempos de espera, conforme a lo previsto en la norma convencional aplicable, no se consideran tiempo de trabajo;

-Que dicha previsión es correcta y no así la pretensión de la organización sindical demandante porque:

- Resulta conforme a la doctrina del TJUE y TS sobre tiempo de trabajo y tiempo de descanso;
- No hay obligación de permanencia en un lugar concreto (las instalaciones de la empresa facilitan espacios para el descanso pero no es preciso permanecer en ellas);
- No es necesario seguir portando el uniforme y las llamadas recibidas en ese período no implican la realización de otras tareas, no existiendo, por tanto, una disponibilidad en favor de la empresa;
- Existe compensación tiempos de descanso por los excesos de horas de dedicación y merma de descanso que se puedan producir y una compensación económica a través del "complemento de puesto" que "incluye la compensación, a todos los efectos, de las horas de mayor dedicación y merma de descanso incluidos en los límites señalados en los puntos 2.2 y 2.42 de este Acuerdo", respecto de la limitación consistente en la permanencia en un lugar distinto al de la residencia de la persona trabajadora "lo que nos conduce a concluir que tal elemento no puede servir de base para corroborar la presenciade un "tiempo de trabajo" efectivo y a disposición del empresario, como se intenta hacer ver por el sindicato demandante".

VIII. Pasajes decisivos

La parte sustancial de la sentencia es la que se corresponde con el FJ 4º, en el que se elabora una argumentación que descansa, de manera íntegra, en los razonamientos que sobre esta materia ha elaborado el TS, de manera que se afirma lo siguiente:

"De la citada normativa [*Marco Regulador del Personal de Intervención Regionales*] se desprende que los denominados "tiempos de espera" previstos en su apartado 2.25 no se computan como tiempo de trabajo salvo que concurran más de uno, viaje sin servicio o ambos a la vez dentro de una jornada de trabajo, o cuando la duración entre un servicio y otro sea inferior a 90 minutos de duración.

Entiende sin embargo el sindicato accionante que dichos "tiempos de espera" deben considerarse tiempos de trabajo a la luz de la jurisprudencia europea y la dictada en consonancia con la misma por el Tribunal Supremo. Y esta Sala, a la vista de la prueba practicada, ha de desestimar la pretensión ejercitada.

La Directiva 2003/88/CE de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, dispone en su art. 2 (...)

(...) En interpretación de los conceptos "tiempo de trabajo" y "tiempo de descanso", el TJUE dictó sentencia el 21-2-2018, asunto C518/15 (Asunto Matzak) que ha sido

evaluada por STS de 6-4-2022 (rcud.85/2020, Roj: STS2747/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2747) en la que el Alto Tribunal dispone que " la sentencia analiza la diferencia entre tiempo de trabajo y periodo de descanso, para sentar el criterio de que son dos conceptos que se excluyen mutuamente y no admiten una consideración intermedia, de tal manera que "en el estado actual del Derecho de la Unión, el tiempo de guardia que un trabajador pasa en el marco de las actividades que realiza para su empresario debe calificarse, bien de "tiempo de trabajo", bien de "período de descanso"" (ap.55); siendo irrelevante a estos efectos "la intensidad del trabajo desempeñado por el trabajador por cuenta ajena ni el rendimiento de éste" (ap.56)".

La STJUE precisa que las guardias de disponibilidad que exigen la presencia física del trabajador en las instalaciones de la empresa constituyen tiempo de trabajo, y que esa misma calificación debe atribuirse a las situaciones en las que el trabajador "está obligado a hallarse físicamente presente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad". En efecto, estas obligaciones, que impiden que los trabajadores afectados elijan su lugar de estancia durante los períodos de guardia, deben considerarse comprendidas en el ejercicio de sus funciones" (ap. 59).

Por el contrario, no ocurre lo mismo cuando el trabajador no está obligado a permanecer en un lugar concreto fijado por la empresa, y lo que realiza es "una guardia según el sistema de guardia localizada", que implica que esté accesible permanentemente y a disposición de la empresa para atender cualquier eventualidad, pero dispone sin embargo de plena libertad deambulatoria y puede "administrar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus intereses personales", en cuyo caso "sólo debe considerarse "tiempo de trabajo" en el sentido de la Directiva 2003/88 el tiempo dedicado a la prestación efectiva de servicios" (ap. 60)".

(...) Es cierto que el supuesto de hecho que ahora examinamos no encaja exactamente con los estudiados por el Tribunal Comunitario ni por el Tribunal Supremo, pero las consideraciones que se realizan en las sentencias previas para definir "tiempo de trabajo" no encajan en el concepto definido por la jurisprudencia comunitaria (...) conclusión de que los interventores, durante los tiempos de espera, no se encuentran a disposición de la empresa para realizar funciones adicionales a las previstas en su jornada laboral (...) en dichos periodos podía recibir llamadas del centro de gestión, maquinistas, taquillas, supervisión de estaciones o servicio atendo, a la pregunta de si dichas llamadas obedecían al requerimiento de prestación de servicios distintos a los asignados contestó sin duda alguna que no.

Por otro lado, pese a que dicho testigo refirió que durante los periodos de espera continuaba vestido con el uniforme de trabajo, y portaba la recaudación del servicio ya realizado, tampoco puede obviarse que los interventores cuentan con salas de descanso en determinadas estaciones que disponen de taquillas y mobiliario suficiente para permanecer en dicho lugar, si así se desease por el trabajador, lo que resulta incompatible con la obligación de permanecer uniformado o de continuar portando la recaudación. No existe prueba alguna que avale el hecho de que la empresa obligue a los interventores a permanecer en sus dependencias de la empresa (...) nunca había sido requerido para realizar función alguna en los tiempos de espera, que no existía la obligación de permanecer con el uniforme y que se disponían de taquillas en las salas de descanso en las que pueden permanecer o no, según decidan.

Por último, se ha de indicar que es cierto que desde que termina un servicio hasta el inicio del siguiente, el trabajador no se encuentra en su lugar de residencia, lo que pudiera interpretarse como un elemento más para entender que no existe plena libertad de deambulación o de gestión del tiempo por parte del interventor, no puede obviarse que el apartado 2.26 del marco regulador reconoce que dichos tiempos de espera otorgan el derecho a las compensaciones equivalentes de descanso en los términos previstos en el art. 2.42, y que el apartado 3.1 de la misma normativa prevé la percepción por dichos interventores del llamado "complemento de puesto", por importe de 4.281,12 euros anuales, distribuido en 12 abonos de carácter mensual, que " incluye la compensación, a todos los efectos, de las horas de mayor dedicación y

merma de descanso incluidos en los límites señalados en los puntos 2.2 y 2.42 de este Acuerdo", de manera que esa limitación derivada de la presencia en un lugar distinto al de su residencia habitual, ya se encuentra compensada con la propia normativa interna, lo que nos conduce a concluir que tal elemento no puede servir de base para corroborar la presenciade un "tiempo de trabajo" efectivo y a disposición del empresario, como se intenta hacer ver por el sindicato demandante".

IX. Comentario

La resolución judicial que se ha glosado, a nuestro entender, no termina de cerrar el tema que afronta, dado que, por momentos, realiza un desarrollo superficial de sus argumentos, sin profundizar excesivamente en las fuentes de referencia. No se quiere, sin embargo, valorar la sentencia ni como técnicamente defectuosa, ni desprovista de sentido, sino que parece querer resolver de un modo que, de manera gráfica, podría definirse como excesivamente rápido.

En este sentido, no puede afirmarse que se aparte de la doctrina básica del TJUE o TS sobre las guardias localizadas y el tiempo de trabajo (v.gr. STS 4471/2020, de 2 de diciembre), pero, no obstante, en ese afán de agilidad obvia una consideración e introduce otra que carece de sustento, al menos, aparentemente.

Entrando en el contenido de la misma, dos cuestiones preliminares merecen señalarse: de una parte, que nada hay que objetar respecto a la fundamentación de la vía del conflicto colectivo para interpretar el modo de aplicación de una norma convencional; de otra, que resulta cuestionable la ausencia de cualquier referencia a la norma estatutaria, por cuanto que la Directiva Comunitaria, por su propia naturaleza, no es directamente aplicable, sino mediante la oportuna norma de transposición que, en este caso, serían los preceptos del Estatuto de los Trabajadores que regulan el tiempo de trabajo. Cierto es que, a partir de los mismos o de su insuficiencia, o incluso de su inadecuación respecto de la normativa comunitaria, es desde dónde se puede construir la fundamentación jurídica contando con la interpretación de ésta por el TJUE, o de aquellos -de los preceptos estatutarios- por el TS con relación a lo expresado por la corte judicial comunitaria.

A estos efectos el art. 34 ET sí delimita lo que es el tiempo de trabajo. Incluye diferentes elementos que pueden ser considerados a la hora de resolver la pretensión del sindicato demandante, porque establecen criterios de cómputo de la jornada que son determinantes para la misma. Definiciones que deben ser completadas con la intervención del TJUE sobre lo que debe entenderse por tiempo de trabajo y tiempo de descanso, pero ello no justifica obviar nuestra norma interna.

En cualquier caso, en esta resolución se debate sobre un período de tiempo, el tiempo de espera, en el que una persona trabajadora no está en su puesto de trabajo, pero tampoco se encuentra en tiempo de descanso. Y esta es la cuestión que se viene resolviendo por los órganos judiciales internos y comunitarios utilizando los conceptos del art. 2 de la Directiva.

La diferencia, en este caso, como de forma certera se apunta en la sentencia, es que éste no es un supuesto que se identifique con los que previamente se han resuelto en aquellas instancias, ya que, a diferencia de aquellos, lo que se aprecia en éste, es que la persona trabajadora no tiene que estar realmente a disposición de la empresa, mientras que en los anteriores sí. Lo que se puede compartir, o no, es que con base a los hechos probados y descritos, exista, o no, esa disponibilidad.

No parece preciso, en este punto, reiterar la dotrina del TS o del TJUE sobre guardias localizadas, pero sí algunos elementos claves que merecen ser destacados.

Y así, en un primer acercamiento a la disponibilidad la STJUE 10-9-2015 (C 266/14, asunto TYCO) afirma que "para que se pueda considerar que un trabajador está a disposición de su empresario, este trabajador debe hallarse en una situación en la que esté obligado jurídicamente a obedecer las instrucciones de su empresario y a ejercer su actividad por cuenta de éste" (Vid. tb. STJUE de 21-2-2018, C-518/15,

asunto Matzak). Se insiste, al respecto, en la Sentencia analizada que, de la testifical se concluye que no se acredita en momento alguno que exista la obligación de obedecer órdenes empresariales en el tiempo de espera o ejercer alguna actividad.

No se tiene en cuenta, sin embargo, otra parte del art. 2 de la Directiva que pasa inadvertida y que se refiere -como ya adelantamos- al “descanso adecuado”. Se trata éste, de períodos de tiempo suficientemente largos para garantizar lesiones o un perjuicio a la salud. La duda que surge entonces es si la simple obligación de tener que responder a llamadas de la empresa es ya de por sí un deber de obediencia a órdenes empresariales o una actividad para aquella. Una actividad que imposibilita el descanso adecuado.

Por otra parte, se queda el Tribunal en la doctrina más básica sobre guardias localizadas, es decir, la que excluye su consideración como tiempo de trabajo, pero no alude a los matices que se han ido sumando a la misma por diferentes resoluciones judiciales comunitarias. Y así “el propio TJUE ha ido estableciendo posibles factores que permiten salvar aquella regla general, de manera que, en determinadas circunstancias, se entienden que son tiempo de trabajo y no tiempo de descanso. Son las limitaciones que afectan a la libertad del trabajador (derivadas de la norma legal o convencional o de las obligaciones contractuales), así como el mayor o menor tiempo de respuesta (no siendo finalmente éste el elemento determinante frente al primero citado), o la frecuencia en que es requerida la persona trabajadora, lo que lleva al TJUE a concretar si estamos ante la regla general -tiempo de descanso- o ante un supuesto en el que aquellas limitaciones no permiten calificarlo de este modo (vid. SSTJUE 21-2-2018, Matzak, C-518/15; 9-3-2021 Radiotelevizija Slovenija C-344/19, Stadt Offenbach am Main, C-580/19; 9-9-2021, XR, C-107/19; 11.11.2021, Dublin City Council, C-214/20)” (VILA TIERNO, 2023).

No entra la Sala en esta valoración, que no llega a citar el contenido de estos matices, pero queremos entender que es porque insiste en la inexistencia de disponibilidad para la empresa por no concurrir obligación alguna para con ella (lo que insistimos, puede ser discutible).

Por otra parte, la Sala tampoco se plantea una posible solución conforme al contenido de la Carta Social Europea. En su descargo debemos decir que la doctrina del TS en esta materia tampoco lo hace y solo alguna sentencia de instancia se está introduciendo por esta vía (v.gr. SJS n.3 de Barcelona, 321/2015, de 27 de octubre o SJS n.2 de Guadalajara 3017/2022, de 28 de enero). También habría que decirse que la parte demandante tampoco la invoca, pero ¿no opera el principio *iura novit curia*? Sin querer entrar en este debate, que no es objeto de este comentario, si es necesario recordar que se trata de un instrumento que ha sido expresamente ratificado por España (también en su versión revisada) y, por tanto, es plenamente aplicable, teniendo en cuenta, a estos efectos, la doctrina emanada por el CEDS, como su intérprete auténtico.

De manera expresa el CEDS en sus Conclusiones XX-3 (2014) para España indica que “el hecho de equiparar a tiempo de descanso los periodos de guardia durante los cuales no se ha realizado ningún trabajo efectivo constituye una infracción del art. 2. 1º de la Carta” ya que “la ausencia de trabajo efectivo, observada con posterioridad para un período temporal del cual el asalariado no pudo disponer libremente a priori, no constituye un criterio suficiente de equiparación de este período a uno de descanso. El Comité estima que una equiparación de los periodos de guardia en general al tiempo de descanso atenta contra el derecho a una duración razonable del trabajo, aunque se trate de un tiempo de guardia en el lugar de trabajo o en el domicilio” (en el mismo sentido: Decisión de Fondo de 23.VI.2010, Confederación General del Trabajo contra Francia, Reclamación colectiva nº 55/2009, y en la Decisión de Fondo de 19.V.2021, Confederación General del Trabajo y Confederación General de directivos-Confederación General de Ejecutivos contra Francia, Reclamación colectiva nº 149/2017).

Argumentos suficientes para, al menos, tenerlos presentes.

Por último, no parece que el argumento de la compensación por tiempo de descanso en los términos del art. 2.42 del marco regulador, sirvan para excluir su consideración como tiempo de descanso ya que, precisamente la necesidad de compensar habrá de nacer de un exceso previo de tiempo de trabajo. De igual modo, compensar la posible disponibilidad económicamente mediante el complemento de puesto de trabajo, exige o reconoce, expresamente una disponibilidad que es justamente el factor que parece negarse en la sentencia -al margen que una cosa es pagar la disponibilidad de manera estricta y otra la existencia de trabajo efectivo (como cuando se pacta disponibilidad y se generan horas extraordinarias)-.

X. Apunte final

Cuando una persona trabajadora está a disposición de la empresa, aunque sea para responder a llamadas de la misma, lo hace porque ello se comprende en el marco de sus obligaciones laborales, por lo que, podría decirse que, en tales circunstancias, ese período de tiempo en el que está sujeto a ese deber no puede considerarse, de manera automática como tiempo de descanso. No se comparte, por tanto, el criterio asumido por la sentencia comentada al respecto.

No se entra en que se pernocte fuera de su domicilio o que se realicen o no otras tareas, basta el hecho de restricción de la libertad de aquel para organizar su tiempo y la necesidad de estar a disposición de la empresa para atender a las llamadas que le pueda realizar. Ciertamente es que podríamos discutir sobre la mayor o menor intensidad de la prestación, pero lo que queda es que innegable es que en el supuesto de hecho concurren dudas más que suficientes como para que se excluya de manera automática la consideración de tiempo de trabajo por tener únicamente que responder a llamadas de la empresa.

Pero más aún desconocemos si la sentencia ha sido o no recurrida, pero se habría abierto una nueva posibilidad para revisar si en las guardias localizadas había que adaptarse a la aplicación de la Carta Social Europea, ya que “que el propio TS no tiene una postura frontal frente a la aplicabilidad de la CSE, sino que la reconoce y admite en el propio Sistema de fuentes. Cuestión distinta es la interpretación sobre su alcance. En este sentido, tiene particular interés la STS núm. 268/2022, de 28 de marzo (Ponente: Sempere Navarro). En dicha resolución, siguiendo la doctrina que se establece, entre otras, en la STC 140/2018, de 20 de diciembre (sobre el control de convencionalidad); reconoce que “la jurisprudencia constitucional viene entendiendo que cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de Ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto. El análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de Derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional [SSTC 10/2019 (FJ 4º), 23/2019 (FJ 2º), 35/2019 (FJ 2º), 36/2019 (FJ 2º), 80/2019 (FJ 3º) y 87/2019]”.

A partir de aquí, sin embargo, introduce dudas sobre la aplicabilidad del conjunto del contenido de la CSE, pero no descarta, en absoluto, su eficacia, sino que lo hace depender de la cuestión a dilucidar y del contenido concreto: “Puesto que el contenido de la CSE es muy heterogéneo, no es seguro que todo él posea la misma aplicabilidad directa en el ámbito de una relación de Derecho Privado como es el contrato de trabajo. Más bien creemos, incluso tras la vigencia de la versión revisada, solo a la vista de cada una de las prescripciones que alberga cabe una decisión sobre ese particular. En tal sentido, la solución que ahora adoptamos no prejuzga lo que proceda en otras materias [...]”

Concluye, sobre el particular, no obstante, de un modo categórico: “Las reservas sobre aplicabilidad directa de la CSE antes de ratificar su versión revisada [...] deben ser superadas por todos los argumentos expuestos. Como cualquier otra norma, la

CSE forma parte del ordenamiento jurídico, y ha de interpretarse en concordancia con las restantes, no de forma aislada [...]” (VILA TIERNO, 2023).

¿Debería, entonces, plantearse otra solución completamente distinta? Concluimos, por tanto, con más dudas de las que comenzábamos...

Véase:

JIMENA QUESADA, L., “El Comité Europeo de Derechos Sociales: valor jurídico de sus resoluciones”, *Documentación Laboral*, nº 125, 2022.

MONEREO PÉREZ, J.L y MUROS POLO, A., “De nuevo sobre los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para calificar las guardias como tiempo de trabajo y su compatibilidad con la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales de la Carta Social Europea”, *La Ley Unión Europea*, nº 98, 2021, (versión on line)

SALCEDO BELTRÁN, C. “Las guardias de disponibilidad no presencial a examen según la carta social europea: la decisión sobre el fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales de 19 de mayo de 2021, Confederación General del Trabajo (CGT) y Confederación Francesa de Directivos-Confederación General de Ejecutivos (CFE-CGC) contra Francia”. *Revista General de Derecho Europeo*, nº 56, 2022.

VILA TIERNO, F. (2023). Una necesaria revisión de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el tiempo de trabajo en las guardias localizadas conforme al contenido de la Carta Social Europea y su interpretación por el Comité Europeo De Derechos Sociales. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 13 (1), 1–15.

§ 19 ¿Discriminación laboral por parentesco? Sus límites (en especial, en pequeñas empresas)

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona

Resumen: *La sentencia objeto de estudio trata sobre una problemática poco frecuente en el ámbito de las relaciones de trabajo, la discriminación por razón de parentesco; es decir, por la vinculación, de hecho o de derecho, con otro trabajador de la empresa. Frente a la alegación de haber sido discriminada la persona trabajadora despedida por dicho motivo, la sentencia procede al examen detallado del caso y concluye que no existe tal discriminación, tanto por no haber quedado acreditados los indicios de aquella, como por la normalidad real de tales relaciones familiares en empresas de pequeña dimensión, y tal era el caso de la empresa en la que se produjo el conflicto.*

Palabras clave: *Discriminación. Despido. Trabajador. Empresa. Parentesco.*

Abstract: *The judgment under study deals with a not very frequent problem in the field of employment relations, namely discrimination on the grounds of kinship, i.e. because of a de facto or de jure relationship with another worker in the company. Faced with the allegation that the dismissed worker had been discriminated against for this reason, the judgement proceeds to a detailed examination of the case and concludes that there is no such discrimination, both because the evidence of discrimination has not been accredited, and because of the real normality of such family relationships in small companies, which was the case of the company in which the conflict arose.*

Keywords: *Discrimination. Dismissal. Worker. Company. Kinship.*

I. Introducción

Es objeto de examen en este artículo la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia el 7 de diciembre de 2022 (rec 5479/2022), de la que fue ponente el magistrado Fernando Lousada Arochena, un muy destacado y reconocido especialista en materia de igualdad y no discriminación en las relaciones de trabajo ^[1].

Soy del parecer que el especial interés de la sentencia^[2], que desestima el recurso de suplicación interpuesto por la parte trabajadora contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de A Coruña el 30 de mayo de 2022 en procedimiento instado por despido y que estimó parcialmente la demanda y declaró la improcedencia de aquel, radica en el muy cuidado y riguroso análisis que efectúa de la regulación de la discriminación por parentesco en el ordenamiento jurídico laboral español, que es a la vez un estudio doctrinal y una resolución de un caso concreto, en el que, así me lo parece, se reconfigura esta causa de discriminación y se establecen los límites a la misma, mucho más teniendo en cuenta sus orígenes históricos de etapas

predemocráticas, y las circunstancias específica del caso enjuiciado, una empresa familiar en la que las relaciones de parentesco eran mucho más que una mera anécdota como puede comprobarse tras la lectura de los hechos probados de la sentencia de instancia.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del TSJ de Galicia.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 5654/2022, de 15 de diciembre.

Tipo y número recurso: Recurso de suplicación núm. 2031/2022.

ECLI: ES:TSJGAL:2022:8249

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Fernando Lousada Arochena.

Votos Particulares: carece.

III. Breve acercamiento previo a la discriminación por parentesco

No es la discriminación por parentesco una temática que haya merecido especial atención por la doctrina laboralista si la comparamos con otras causas reconocidas en la CE, en la LET, o en la normativa comunitaria como el TUE o la CDFUE, además por supuesto de la Directiva sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación, sin olvidar la reciente Ley 15/2012 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación.

Es de obligada referencia el muy interesante y documentado estudio de la profesora Francisca Ferrando “La circunstancia de parentesco en la tutela antidiscriminatoria laboral”^[3].

Tal como se explica en el resumen del artículo, “... estudia la naturaleza y configuración del parentesco como causa de discriminación en el ámbito laboral, y su trascendencia en materia de carga de la prueba y justificación de la medida. Asimismo, examina la repercusión del vínculo de parentesco en la empresa familiar, a efectos de la acreditación del móvil discriminatorio”, así como también “analiza el vínculo de parentesco como vehículo de discriminación “por asociación”, figura de construcción judicial que ha permitido ampliar subjetivamente la tutela antidiscriminatoria a sujetos en los que no concurre directamente la causa de la discriminación”.

En la jurisprudencia constitucional, encontramos la sentencia núm. 92/1991, de 6 de mayo, de la que fue ponente el magistrado Francisco Rubio, que estima el recurso de amparo y reconoce el derecho de la parte recurrente “a la igualdad ante la Ley y a no ser discriminada en su afiliación en el Régimen especial del servicio doméstico por el solo hecho de ser pariente en primer grado de afinidad de su empleador”, tras exponer en la fundamentación jurídica que “... Aunque el parentesco entre titular del hogar familiar y empleado doméstico pueda justificar diferencias de tratamiento en materia de afiliación y alta al correspondiente Régimen Especial de la Seguridad Social (STC 109/1988), no permite justificar toda diferencia sino sólo aquella que resulta razonable a la luz del conjunto del ordenamiento (STC 79/1991). Y, comoquiera que en éste genera normalmente sólo una presunción iuris tantum de que el pariente no es trabajador (arts. 1.3 e) E.T., 2.1 b)], R.D. 1424/1985 y 7.2 LGSS -tanto en su antigua como en su actual redacción-, en el Régimen Especial de Empleados domésticos tal circunstancia sólo podrá ser tenida en cuenta a estos efectos, so riesgo de incurrir en discriminación por una circunstancia personal contraria al art. 14 C.E”.

IV. Problemas suscitados. Hechos y antecedentes

La lectura de los hechos probados de la sentencia de instancia, transcritos en el antecedente de hecho segundo de la dictada en suplicación, nos permite conocer la vida de una empresa familiar, que bien podría ser objeto de una serie de televisión, en la que, como he dicho con anterioridad, las relaciones de parentesco, de derecho y de hecho, son algo más que una mera anécdota, siendo el despido disciplinario de un trabajador, “contratado en representación de la empresa por quien era y es su pareja, Doña Adela, gerente de dicha empresa, sin que ninguno de los socios de la empresa conociera la existencia de dicha relación sentimental” el detonante del conflicto en sede judicial, habiéndose justificado la extinción contractual al amparo del art. 54.2 e) de la LET por disminución continuada y voluntaria del rendimiento en el trabajo normal “durante los últimos cuatro meses al no alcanzar los objetivos mínimos previstos por esta organización”.

Para demostrar la existencia de relaciones familiares mucho más amplias que la del trabajador despedido, basta acudir al hecho probado duodécimo, en el que podemos leer que “José Enrique es hijo de una socia de la empresa y fue contratado en el año 2011 a través de un contrato en prácticas con periodo de prueba de 2 meses, que fue transformado en indefinido en 2015. Don Luis Andrés (ex cónyuge de Doña Adela, pareja del actor) fue contratado en el año 2020 a través de un contrato temporal eventual por circunstancias de la producción, que fue transformado en indefinido en julio de 2021. Don Alonso, hijo del representante legal y socio de la empresa Don Bartolomé, fue contratado a través de un contrato indefinido de apoyo a los emprendedores el 19.3.2018”. Si bien los “líos familiares”, llevaron al juzgador a atribuir a Don Luis Andrés la condición de ex cónyuge de Doña Adela que no tenía, siendo ello corregido en el auto de aclaración de 15 de julio. También tenemos amplia constancia en los hechos probados de las discrepancias entre los socios de la empresa familiar, y las reticencias de uno de ellos a que “las parejas fueran contratadas para prestar servicios en la empresa”.

V. Recurso de suplicación

1. Cuestiones formales

Contra la sentencia de instancia se interpuso recurso de suplicación al amparo de los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS, es decir solicitando la modificación de varios hechos probados y alegando infracción de normativa y jurisprudencia aplicable, reiterando la pretensión de declaración de nulidad del despido y la condena a la empresa al pago de una indemnización de 15.000 euros.

La Sala pasa revista de forma muy detallada a las peticiones de modificación de hechos probados, en las que solicita primeramente una modificación del hecho probado quinto en términos, entre otros contenidos, que no se vinculara la contratación del trabajador por la empresa en virtud de la “relación sentimental” mantenida con quien le contrató, ya que ello “solo se podría acreditar con inscripción registral como matrimonio o como pareja de hecho, que no constan unidas a las actuaciones”, y que además la contratación fue motivada por los conocimientos y valía profesional del trabajador.

De la muy cuidada argumentación de la Sala para desestimar la petición, vale la pena reproducir el quinto párrafo: “Mientras que el relato fáctico judicial se encuentra debidamente justificado, el relato fáctico alternativo se construye sobre la, a juicio del recurrente, imposibilidad de acreditar una relación sentimental previa a la contratación más que con un certificado de matrimonio o la inscripción en el registro de parejas de hecho, lo que es incierto pues la existencia de una relación sentimental previa a la contratación se puede acreditar a través de cualquier medio de prueba y acudiendo, en su caso, a la prueba de indicios, como sería la propia contratación de una persona sin experiencia en el sector de marketing (aunque lo tuviera como visitador médico), atendiendo a no tener trabajo y a su situación precaria (así lo declaró quien efectivamente lo contrató, lo que, dicho sea de paso, no se contradice con la

circunstancia de que estuviera en ERTE), y a la constatación de una relación sentimental con posterioridad a la contratación (lo que no niega ni siquiera el propio recurrente, aunque pretende modificar el relato fáctico para que, donde se dice "se hizo patente", se diga "intuyeron", en una precisión diferencial cuyo alcance no es claro pues tanto en uno como en otro caso lo relevante es que el personal de la empresa se percató de la relación)".

Por lo demás, las restantes modificaciones son desestimadas, tras un extenso examen, bien por no ajustarse a los requisitos requeridos por la normativa procesal, bien por introducir valoraciones subjetivas que, en todo caso, pueden ser debatidos en la fundamentación jurídica sustantiva o de fondo, bien por carecer de trascendencia para la modificación del fallo.

Hay, deseo destacarlo, una manifestación de la Sala que pone de manifiesto su clara crítica, educada en las formas y contundente en el fondo, a una tesis del recurso, y que se plasma en estos términos: "... es desconcertante invocar como documento revisorio la propia sentencia objeto del presente recurso en relación con el inciso de que "Don José manifestó sus reticencias a que las parejas fueran contratadas para prestar servicios en la empresa", y es desconcertante esa invocación porque efectivamente eso es lo que dice en la sentencia objeto del presente recurso y al mismo tiempo lo que se pretende que diga con la revisión. En todo caso, si lo que se quiere es llamar la atención de la Sala acerca de ese inciso, el lugar apropiado para hacerlo es en la sede jurídica de la suplicación".

2. Cuestiones sustantivas o de fondo

El núcleo duro de la sentencia se encuentra a mi parecer en el fundamento de derecho tercero, en el que se da respuesta a las alegaciones de infracción normativa de la sentencia de instancia al no haber acogido la tesis principal de la parte actora de ser nulo el despido al haberse producido una discriminación por parentesco.

Se alega la vulneración de los arts. 55.5 LET y 108.2 LRJS en relación con los arts. 18 y 14 de la Constitución, en los términos que así recoge la Sala: "... el despido del trabajador se efectuó únicamente por ser la pareja sentimental de la gerente y «yerno» del presidente del consejo de administración de la empresa y socio mayoritario ... resultando obvio que, si Don Adriano no hubiera iniciado una relación sentimental con la gerente de la empresa, hija del antiguo presidente del consejo de administración, actualmente continuaría trabajando para la empresa", e igualmente se ha producido una vulneración de la intimidad pues "(aunque) el demandante y la gerente de la empresa no tuvieron nunca intención de hacer pública su relación sentimental en su entorno laboral ... dicha relación terminó siendo conocida por todos los compañeros de trabajo tras el conflicto ocasionado como consecuencia de la revocación de poderes de Doña Adela y del despido de Don Adriano ... (lo que) supone una clara vulneración del derecho a la intimidad de ambos trabajadores que, además, padecieron que se les cuestionase su desempeño laboral y su buen hacer en la empresa, únicamente, por su condición de pareja, sin tener presente su trayectoria profesional".

Primera observación relevante en la sentencia: la discriminación por razón de parentesco no aparece expresamente recogida en el art. 14 CE (que se refiere a "nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"), y tampoco lo está en el art. 2 de la reciente Ley 15/2022 de 12 de julio integral para la igualdad de trato y no discriminación ("... nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social").

En efecto, como ya he apuntado con anterioridad, no hay mención expresa a tal posible discriminación ni en nuestro texto constitucional ni en la reciente norma (Ley 15/2012) que ha ampliado considerablemente los posibles supuestos de

discriminación. Si está, como inmediatamente explicaré en la LET, y en la LISOS (art. 8.12: "... vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa..."). Tampoco aparece, al menos de forma expresa, en el art. 21 de la CDFUE. No obstante, cabe plantearse obviamente su aplicación por la vía de la alegación de una discriminación directa o indirecta según cual sea el supuesto planteado, aun cuando este debate escapa de las reflexiones que efectúo en el presente artículo^[4].

Se plantea la Sala como hipótesis, ciertamente plausible, la posibilidad de incluirla dentro de la cláusula general de cierre, pero manifiesta su discrepancia con una sólida argumentación de carácter conceptual sobre cuándo debe entenderse que existe una discriminación, ya que todas las enunciadas en la CE y en la Ley 15/2022 "se caracterizan por generar o ahondar en una situación de inferioridad o de marginación para una persona por el solo hecho de ostentar una condición o circunstancia personal o social que afecta a todas las personas con esa misma condición o circunstancia personal, mientras que el parentesco no es, en sí mismo considerado, una condición o circunstancia personal que se vincule a la protección de personas o colectivos en situación de inferioridad o marginación; o, dicho más sencillamente, las causas de discriminación siempre encubren un prejuicio contra personas o colectivos, mientras que el parentesco no es una condición o circunstancia personal o social que, en sí misma considerada, encubra un prejuicio contra personas o colectivos".

Sí está, la discriminación, directa o indirecta, por razón de parentesco, en la norma laboral de obligada referencia, la LET. Si bien no aparece en el art. 4, entre los derechos de la persona trabajadora en su relación de trabajo (no discriminación por "... sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español", sí aparece concretamente en el art. 17 que versa más ampliamente sobre la discriminación en las relaciones laborales y dispone en su apartado 1 que "Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, **vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa** y lengua dentro del Estado español".

Por consiguiente, un despido basado en tal motivación sería nulo de acuerdo a lo dispuesto en la normativa sustantiva y procesal antes referenciadas. La reconfiguración y límites de esta causa de discriminación viene a colación por la manifestación contenida en la sentencia, con buen conocimiento, y recuerdo, de la normativa laboral predemocrática, de que la inclusión de esta causa de discriminación bien pudiera tener relación "con la finalidad de acabar con las cláusulas de reserva o preferencia de contratación de los parientes de las personas trabajadoras habituales en las reglamentaciones y ordenanzas franquistas".

Tesis, las de la Sala, que llevan a concluir, con rigurosidad, que el sustento de esta causa de discriminación no es constitucional sino meramente legal, yendo aún más lejos al manifestar, en plena sintonía con la conceptualización de discriminación que se ha hecho con anterioridad, que podría estar considerándose impropia el parentesco como una causa de discriminación, ya que "... no es una condición o circunstancia personal o social que, en sí misma considerada, encubra un prejuicio contra personas o colectivos", siendo esta la razón de no encontrar expresa cobertura ni en el marco constitucional ni en la norma más reciente reguladora de la discriminación en el ámbito laboral^[5].

La diferenciación jurídica que se acaba de efectuar tiene especial trascendencia por cuanto puede no ser de aplicación al caso enjuiciado, o más exactamente si hemos de hacer caso al criterio de la Sala no lo será “con la misma intensidad” que en los supuestos recogidos en ella, la regla del art. 2.2 de la Ley 15/2022, basada sin duda en la normativa comunitaria y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de solo poderse establecer excepciones al principio de igualdad y no discriminación cuando “los criterios para tal diferenciación sean razonables y objetivo”; y mucho menos, tal como ocurre en el caso enjuiciado, cuando se trata de una empresa “con un importante componente familiar” tal como queda perfectamente recogido en los hechos probados de la sentencia de instancia.

Así lo manifiesta de forma clara e indubitada la sentencia: “En estas empresas el vínculo de parentesco pierde el carácter apriorístico de elemento sospechoso como causa de discriminación prohibida, pues suele ser un factor que planea sobre muchas de las decisiones contractuales, de manera que, estando la circunstancia del parentesco presente de forma cotidiana en el desenvolvimiento de las relaciones laborales, resulta necesario distinguir entre los supuestos de discriminación por razón de parentesco, que entrarían dentro de la prohibición del artículo 17 del ET, y un mero trato perjudicial de carácter injustificado que no entra en esa prohibición”.

VI. Doctrina básica

Importante diferenciación, pues, la que se establece entre “trato discriminatorio”, al que se anudan unas determinadas consecuencias jurídicas, entre ellas la nulidad del despido, y “trato perjudicial”, del que se derivan otras diferentes y que en el plano de la extinción de una relación contractual pueden conllevar, si queda probado, la declaración de improcedencia.

Ahora bien, podría darse el supuesto, aceptado por la jurisprudencia constitucional, de estar ante un despido pluricausal, es decir aquel en el que concurren diversas posibles causas^[6], una de ellas también de posible impacto discriminatorio, y de ello es de lo que trata la segunda parte del fundamento jurídico cuarto, ya que se da la circunstancia, alegada como motivo de discriminación por el trabajador, de haber sido despedido por su relación sentimental con quien le contrató, y al mismo tiempo la empresa extingue el contrato, sin ninguna mención por supuesto al dato anterior, por razones disciplinarias.

La prudencia de la Sala en este punto es bien patente, ya que confirmará la tesis de la sentencia de instancia, con repetidas menciones a la circunstancia de tratarse de una empresa familiar y a sus peculiaridades (si entendemos por tales, tal como ocurre en el presente caso, que la contratación “por parentesco” era habitual).

Y llega a esta conclusión desde una muy correcta, a mi parecer, perspectiva de análisis jurídico: en primer lugar, para evitar que una causa tipificada para evitar situaciones discriminatorias, llevara a que “... quien fue contratado precisamente por su vinculación de parentesco acabase blindado frente a sanciones por incumplimientos laborales, con una consecuencia diferente a la que históricamente justificó la introducción del parentesco como causa de discriminación en el artículo 17 del ET. O, dicho en otros términos, la empresa demandada, frente a la alegación de una discriminación por vínculos de parentesco en el contexto de una empresa familiar, ha acreditado, atendiendo a ese contexto, que los hechos motivadores de la decisión son legítimos, aunque la empresa haya optado por reconocer la improcedencia del despido y la indemnización consiguiente...”.

La reiteración en la importancia de tratarse de una empresa con claro componente familiar, y que por ello deja la puerta abierta a la reconsideración de la tesis mantenida en la sentencia si se tratara de empresa de otro tipo, quedan nuevamente reflejada en las menciones a que existían otras relaciones familiares en la empresa que no se vieron afectadas en modo alguno en sus vínculos contractuales, lo que lleva a la Sala a confirmar que la decisión empresarial estuvo basada, con independencia de que

posteriormente reconociera su improcedencia, en motivos o causas disciplinarias debidamente tipificadas en la LET.

Por último, se desestima con mayor concisión la alegación de haberse producido la vulneración del art. 18 CE, y más concretamente el derecho a la intimidad del trabajador, en cuanto que, tal como queda recogido en los inalterados hechos probados, no fue la empresa sino el propio trabajador y su pareja quienes “posibilitaron el conocimiento de su relación sentimental dentro de la empresa”, ya que “... al poco del inicio de la relación laboral, se hizo patente que ambos eran pareja para todos los trabajadores y miembros del consejo de administración de la empresa, por acudir al centro de trabajo en el mismo vehículo y tener muestras de complicidad, sin que lo ocultaran en ningún momento”).

VII. Fallo

Por todo lo anteriormente expuesto, el TSJ desestima el recurso de suplicación interpuesto por la parte trabajadora contra la sentencia dictada por el JS, por no apreciar la existencia de discriminación por razón de parentesco.

VII. Nota final

Concluyo mi comentario, reiterando mi afirmación de tratarse de una sentencia de recomendable lectura por el esfuerzo conceptual realizado por la Sala para llegar al fallo. A la espera de un posible RCU, me ha parecido muy interesante, y así he tratado de explicarlo en este artículo, la construcción jurídica sobre la discriminación por parentesco y las muchas matizaciones que pueden hacerse al respecto, no teniendo encaje constitucional y sí meramente legal.

Referencias:

1. [^] Así lo prueba su acreditado currículum siendo codirector y coautor de la reciente obra “Igualdad y diversidad en las relaciones laborales” (Ed. Tirant Lo Blanch, 2022), junto con el profesor Jaime Cabeza y la profesora Pilar Núñez-Cortés. Es además, miembro de la Comisión de Igualdad de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cuya página web <https://wikigualdad.org/> considero de obligada consulta para el estudio de la discriminación en el ámbito laboral y protección social.
2. [^] La resolución judicial ha merecido la atención de los medios de comunicación. Sirva como ejemplo el artículo publicado en CincoDías/El País por su redactor Víctor Borreguero, titulado “Los jueces fallan que despedir a la pareja de un jefe no es sinónimo de discriminación”, acompañado del subtítulo “Una reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia marca los límites de la exclusión por parentesco” https://cincodias.elpais.com/cincodias/2023/01/17/legal/1673976537_851549.html (consulta: 5 de marzo). En el artículo se expone que “Según el fallo, relevante porque marca los límites de la conocida como discriminación por parentesco, la administradora orquestó la contratación y ocultó a los socios que el candidato era su pareja sentimental; el despido, bajo el prisma de la justicia, no es discriminatorio”.
3. [^] Artículo publicado en Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social núm.2/2020 <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/article/view/5540/3915> (consulta: 3 de marzo)
4. [^] Para un análisis detallado, vid. Fernández López, María Fernanda, “Igualdad y prohibición de discriminación en el ámbito laboral”, en Casas

Baamonde, María Emilia, y Gil Alburquerque, Román (directores), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia* (ed. Francis Lefevre), 2018, págs.. 207-29.

5. [^] sobre la Ley 15/2022 remito a Rojo Torrecilla, Eduardo. “La entrada Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Una historia que empezó en 2011 y acabó (bien) en 2022. Notas a la Ley 15/2022 de 12 de julio, con especial atención al contenido laboral” <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/08/ley-integral-para-la-igualdad-de-trato.html> (consulta: 8 de marzo) . Haciendo un recuerdo de sus antecedentes, expuse que “deseo destacar que, siendo importante la nueva ley por la muy amplia la regulación de la protección de todas las personas contra cualquier tipo de discriminación, no es menos cierto que su historia no empieza en 2021, el 21 de enero y además con la presentación, no de un proyecto de ley por el gobierno, sino por la de una proposición de ley por parte de un grupo parlamentario, concretamente el socialista, sino que sus lejanos orígenes se encuentran diez años antes, en 2011, cuando se aprobó por el gobierno, también socialista en aquel entonces, en el Consejo de Ministros celebrado el 27 de mayo, un proyecto de ley cuyo título era idéntico al de la norma aprobada este año, y que finalmente no llegó a debatirse en sede parlamentaria al caducar la iniciativa. El intento de debatir dicho texto, entonces convertido en proposición de ley presentada por el grupo parlamentario socialista inmediatamente después de celebradas las elecciones generales que dieron la victoria al Partido Popular, en concreto el 13 de diciembre de 2011, no tuvo éxito al ser rechazada su tramitación por el nuevo Congreso en el que había mayoría del grupo político vencedor en aquellas elecciones”.
6. [^] Sobre el despido pluricausal, vid STC 41/2006, de 13 de febrero de 2006 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2006-4755>, ponente magistrada Elisa Pérez Vera (consulta: 9 de marzo) , que se refiere a los mismos en estos términos: “Los despidos «pluricausales» son aquellos despidos disciplinarios en los que, frente a los indicios de lesión de un derecho fundamental, como puede ser el invocado en este recurso de amparo, el empresario alcanza a probar que el despido obedece realmente a la concurrencia de incumplimientos contractuales del trabajador que justifican la adopción de la medida extintiva. El verdadero sentido de la doctrina sentada por este Tribunal Constitucional en Sentencias como la STC 7/1993, de 18 de enero, o más recientemente en la STC 48/2002, de 25 de febrero, sobre dichos despidos «pluricausales», consiste en que, como se dice en la primera de ellas, «cuando se ventila un despido 'pluricausal', en el que confluyen una causa, fondo o panorama discriminatorio y otros eventuales motivos concomitantes de justificación, es válido para excluir que el mismo pueda considerarse discriminatorio o contrario a los derechos fundamentales que el empresario acredite que la causa alegada tiene una justificación objetiva y razonable que, con independencia de que merezca la calificación de procedente, permita excluir cualquier propósito discriminatorio o contrario al derecho fundamental invocado» (FJ 4)”.

§ 20 **El reconocimiento del cobro de una indemnización por despido superior a 33 días en cumplimiento del Convenio nº 158 de la OIT y del art 24º de la Carta Social europea: ¿un cambio de paradigma?**

Inmaculada Ballester Pastor

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón.

Resumen: *El despido acausal de trabajadores con escasa antigüedad da lugar a una indemnización exigua que no disuade a las empresas de despedir ilegalmente. En el caso aquí planteado el Tribunal Superior de Justicia, basándose en el Convenio nº 158 de la OIT y el art. 24 de la Carta Social europea, reconoce el derecho a la percepción de una indemnización que supera los 33 días por año de servicio y que es abonada -adicionalmente y en concepto de lucro cesante- a una trabajadora contratada hace pocos meses y despedida ilegalmente para compensarla por unos daños, extraordinarios y cuantificados, que la empresa genera con su actuación.*

Palabras clave: *Despido. Indemnización. COVID. Lucro cesante. Convenio nº 158 OIT. Carta Social Europea.*

Abstract: *Unlawful dismissal of workers with little seniority results in meager compensation that does not deter companies from firing illegally. In the case presented here, the Superior Court of Justice, based on ILO Convention No. 158 and art. 24 of the European Social Charter, recognizes the right to receive compensation that exceeds 33 days per year of service and that is paid -additionally and as loss of earnings- to a worker hired a few months ago and illegally fired to compensate her. for some extraordinary and quantified damages that the company generates with its actions.*

Keywords: *Dismissal. Compensation. COVID. Loss of earnings. ILO Convention No. 158. European Social Charter.*

I. Introducción

El presente pronunciamiento resuelve el recurso de suplicación interpuesto por una trabajadora despedida por causas objetivas el 27 de marzo de 2020. Dicho despido tiene lugar cuando la trabajadora acredita 5 meses de antigüedad en la mercantil y ocurre dos días antes de que su empresa solicite, el 1 de abril 2020, un ERTE con apoyo en la normativa de emergencia COVID. La empresa justifica el despido en la carta de despido por la existencia de causas productivas pero le abona también, en ese momento, la indemnización máxima de 33 días por año de servicio. La trabajadora presenta demanda por despido y el Juzgado de lo Social nº 6 de Barcelona declara la procedencia del mismo.

El presente recurso de suplicación revoca dicha Sentencia del Juzgado de lo Social, rechaza declarar el despido nulo y reconoce la improcedencia del despido objetivo. Se entiende que el despido es acausal porque éste se produce por causas económicas y productivas que son verdaderamente coyunturales -el COVID- y porque no atiende, como debería, a la concurrencia de causas estructurales, las que no aparecen acreditadas. Pero, además y lo que es más relevante en este caso es el que la trabajadora ya ha percibido la indemnización de 33 días, la presente Sentencia concede, también, el extravagante abono de una indemnización adicional, añadida a la legalmente tasada en el art. 56 ET.

El Tribunal entiende que, en este supuesto -que resulta ser extraño e inusual- la indemnización legal tasada, que no llega a los 1.000 euros por la escasa antigüedad de la trabajadora, es claramente insignificante, no compensa el daño producido por la pérdida del puesto de trabajo ni tiene efecto disuasorio para la empresa; a juicio del Tribunal la decisión extintiva supone un excesivo ejercicio del derecho a despedir porque la trabajadora no sólo pierde su empleo sino que, también, queda excluida del ERTE y eso implica no tener derecho a disfrutar de las medidas extraordinarias de protección por desempleo que son aprobadas unos días después. Por ello, el Tribunal concede el derecho a percibir una indemnización por despido, adicional a la legalmente tasada y derivada del lucro cesante, una indemnización a la que se accede una vez cuantificada ésta -ex. art. 1106 en relación con el art. 1101 CC- a la luz de los datos que se aportan.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 469/2023, de 30 de enero.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de suplicación núm. 6219/2022.

ECLI: ES:TSJCAT:2023:2.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Felipe Soler Ferrer.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Lourdes trabaja para BRS, RELOCATION SERVICES, desde el 4 de noviembre de 2019, con un contrato indefinido a tiempo completo. BRS RELOCATION SERVICES es una sociedad que presta servicios relacionados con la movilidad y traslado internacional de trabajadores y familiares de empresas que contraten sus servicios. El 27 de marzo de 2020 Lourdes recibe comunicación de la empresa en la que se le informa de la extinción de su contrato al amparo del art. 52.c) ET, con efectos desde ese mismo día. La mercantil alega la necesidad objetiva de amortizar el puesto de trabajo a través de causas productivas derivadas de la profunda caída de ventas y la cancelación de servicios sufridos como consecuencia de la crisis del coronavirus. BRS comunica su intención de pagar a la trabajadora la indemnización máxima (33 días) equivalente a 941,78 euros, importe que se le abona junto a la liquidación de saldo y finiquito. La empresa le adeuda 1041,67 euros en concepto de preaviso (15 días).

El día 1 de abril de 2020 BRS solicita un ERTE derivado de fuerza mayor derivada de la emergencia sanitaria a través del cual se suspende-reduce los contratos de cinco trabajadores de una plantilla de siete, un ERTE que se mantiene desde el 1 de abril de 2020 hasta el fin de la vigencia de las medidas laborales. Queda acreditado también que, en los meses siguientes al despido, BRS acoge a dos estudiantes en prácticas y contrata a una abogada especialista en inmigración y a una Jefa de sección. La

trabajadora interpone entonces demanda por despido y reclamación de cantidad acumulada. La Sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Barcelona, de fecha de 2 de noviembre de 2021, declara la procedencia del despido y acoge parcialmente la reclamación de cantidad acumulada al despido, condenando a BRS a abonar a la trabajadora 1041,67 euros, más el interés de demora del 10%.

Frente a dicha Sentencia se alza en el presente suplicación la trabajadora, solicitando la nulidad de las actuaciones, la revisión de los hechos probados y, en sede de censura jurídica, la infracción del art. 2º del RDL 8/2020, de 17 de marzo y demás normativa de emergencia, así como del art. 14 CE en relación con el art. 55 ET y los arts. 108.2º y 182.1º LRJS. La Sala inadmite la nulidad de las actuaciones, aunque consiente en añadir más Hechos declarados probados^[1]. En sede de censura jurídica se pide en el recurso la nulidad del despido y, subsidiariamente, la declaración de la improcedencia de éste y, junto a ello, el pago de una indemnización adicional a la tasada legalmente.

Como se verá en el siguiente apartado, la Sala deniega la petición principal del recurso, que es la solicitud de la nulidad del despido, pero sí admite la petición subsidiaria de la recurrente, declarando la improcedencia del despido y concediendo la petición adicional que consiste en el pago por la empresa a la recurrente de una indemnización en concepto de lucro cesante que queda cuantificada en 3.393,3 euros, indemnización que se añade a la que ya ha sido abonada por la mercantil, quien ya había reconocido la improcedencia del despido y había abonado los 33 días por año.

IV. Posición de las partes

Se postula en el recurso la declaración de nulidad del despido en base a la infracción del art. 2º del RDL 8/2020, de 17 de marzo y demás normativa de emergencia COVID y el art. 14 CE en relación con el art. 55.5º ET y con los arts. 108.2º y 182.1º LRJS.

Subsidiariamente, se solicita, también, la declaración de improcedencia del despido, denunciándose la infracción del art. 52.c) ET en relación con el art. 51º del ET y los arts. 6º y 7º CC y, unido a ello, el pago de una indemnización adicional a la tasada legalmente, por daños morales, daños que quedan cuantificados en 20.000 euros y por lucro cesante, lucro que queda objetivizado en la cuantía de la prestación extraordinaria por desempleo que le hubiera correspondido a la recurrente de haber sido incluida en el ERTE.

Sostiene la recurrente que el despido es acausal porque la empresa refleja, como causa productiva, la derivada del COVID 19 en marzo de 2020 y se le abona la indemnización por despido improcedente reconociendo la improcedencia del despido efectuado simultáneamente a la aprobación del RDL 9/2020, de 27 de marzo, una vez se conocen ya el contenido de las medidas. Se alega el carácter fraudulento de las contrataciones posteriores y que no se realizara prueba alguna tendente a acreditar la causa productiva estructural, más allá de la mera documentación fiscal, documentación de la que resulta que, tanto en 2019 como en 2020 la empresa supera los 200.000 euros de beneficios, y que los clientes, lejos de cancelar contratos, los aplazan por un periodo de uno o dos meses.

Asimismo, a juicio de la recurrente se produce una vulneración de derechos fundamentales que comporta la nulidad del despido y se pide que se condene a la empresa a la readmisión y al abono de una indemnización adicional por daños y perjuicios de 20.000 euros. Se insiste en que la única causa para efectuar el despido es el fraude de ley, sin aparecer causa legal alguna que evite la aplicación del art. 2 del RDL 9/2020, de 27 de marzo y el resto de normativa de emergencia dictada, aprovechando el escaso coste económico del despido por la escasa antigüedad de la trabajadora, con un claro abuso de derecho prohibido por el art. 6.4 CC, dando un trato distinto a la trabajadora recurrente respecto del resto de trabajadores que, pocos días después, sí fueron incluidos en el ERTE por fuerza mayor.

V. Doctrina básica

La Sala rechaza la primera pretensión de la recurrente, que es la declaración de nulidad del despido, aunque sí se declara por la Sala la improcedencia del despido, petición ésta que se introduce de forma subsidiaria.

1. *El despido no es nulo*

- *El despido sin causa o en fraude de ley no es nulo*

El despido se produce el 27 de marzo de 2020, esto es, el día anterior a la publicación en el BOE del RDL 9/2020, de 27 de marzo^[2] y este RDL no prevé aplicación retroactiva alguna, por lo que no puede cometerse un fraude respecto de una ley no dictada. En consecuencia, la improcedencia del despido no puede ampararse en dicha norma. Pero tampoco la nulidad puede ampararse en el RDL 9/2020 por la limitación de las causas de nulidad, dado que, tal como sostiene la jurisprudencia, las causas de nulidad del despido son las del artículo 108.2 LPL y el fraude de Ley no constituye razón para calificar la nulidad del despido pues tanto el artículo 55.5 ET como el artículo 108.2 LPL señalan que la nulidad aparece cuando la decisión empresarial es discriminatoria o vulnera derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Incluso, aunque a efectos dialécticos pudiera entenderse de aplicación el art. 2º del RDL 9/2020, la consecuencia sería también la improcedencia del despido pues el Tribunal Supremo concluye en su Sentencia de 19 de octubre de 2022^[3] que los ceses provocados por el impacto económico u organizativo del coronavirus en las empresas son improcedentes y no nulos, pues no existe una verdadera prohibición de despedir.

Por lo tanto, los despidos acausales, según la doctrina jurisprudencial, son reconducibles a la calificación de improcedentes, sin que las consecuencias de un despido fraudulento conduzcan a su nulidad, salvo que exista previsión normativa expresa.

2. *No se ha discriminado a la trabajadora por su escasa antigüedad en la empresa*

La trabajadora recurrente alega, asimismo, que aparece discriminación por su escasa antigüedad en la empresa y por el mínimo coste que conllevaba (su despido), a lo que se añade que 4 días después de dicho despido la empresa solicita la declaración de un ERTE por causa de fuerza mayor y propone una suspensión/reducción de los contratos de 5 trabajadores de una plantilla de 7 hasta el fin de la vigencia de las medidas laborales previstas con el estado de alarma.

Entiende la Sala, sobre este particular, que, según la STSJ Madrid de 29 de octubre de 2021^[4], la rentabilidad extintiva por la escasa antigüedad del trabajador no es factor protegido por el art. 14 de la CE que enlace con los contemplados en el art. 55 del ET y que, acudiendo también a lo previsto en la STSJ Cantabria de 28 de marzo de 2007^[5], no toda diferencia establecida en razón de la antigüedad ha de ser calificada como discriminatoria^[6].

3. *La empresa decide el trabajador afectado por los despidos objetivos a no ser que concurra abuso de derecho, fraude de ley o discriminación*

Con apoyo en la misma Sentencia recurrida se argumenta que es potestativo para la empresa decidir las medidas de flexibilidad interna o externa a adoptar en caso de crisis a fin de procurar la viabilidad de la empresa y decidir qué trabajadores se conservan, incluyéndolos en el ERTE, y corresponde también al empresario la libre elección del trabajador afectado en los despidos objetivos individuales pues es el empresario quien valora las circunstancias concretas de la vida de su empresa y su decisión solo es revisable por los órganos judiciales cuando se aprecie fraude de ley o abuso de derecho o cuando se realice por móviles discriminatorios (por todas STS 15-10-2003), sin que la escasa antigüedad constituya causa de discriminación en nuestro ordenamiento jurídico. Y no constan en hechos probados las circunstancias laborales de los otros trabajadores que sí fueron incluidos en el ERTE, por lo que no

hay parámetros para comparar la situación de éstos con las de la trabajadora despedida, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional, sin que conste que la situación de la recurrente fuera igual a la de los compañeros de trabajo.

4. El despido objetivo es improcedente porque la causa es coyuntural, ligada a la pandemia y no estructural

Acerca de si concurre la causa productiva alegada por la empresa para justificar la amortización del puesto de trabajo, entiende la Sala (FJ 4º) que aunque la Sentencia de instancia acoge la concurrencia de causas económicas para justificar el despido en la carta de despido, las causas invocadas son de carácter productivo y, junto a ello, en la carta de despido se apunta también a un posible escenario de pérdidas futuras, aunque, en realidad, la situación descrita es coyuntural. Respecto a las pérdidas, éstas no tienen lugar a la vista de la cuenta de pérdidas y ganancias, aunque sí se observa una disminución persistente del nivel de ingresos a merced de las declaraciones tributarias de IVA^[7] y una mengua el volumen de operaciones de la entidad. Pero, a pesar de ello, lo relevante es que la concurrencia de las causas económicas y productivas se ha de valorar en el momento del despido de la trabajadora, es decir, a fecha de 27 de marzo de 2020 y teniendo en cuenta que el 1 de abril la empresa tramita un ERTE por fuerza mayor derivada de la situación de emergencia sanitaria, y que en la carta de despido objetivo no se contienen razones de índole estructural (al margen de la caída de actividad derivada de la situación pandémica) para extinguir el contrato de trabajo.

Tras traer a colación, después, la regulación contenida en el RDL 8/2020, de 17 de marzo, donde se contemplan las medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19^[8] la Sala acude, también, a la doctrina del Tribunal Supremo en la que el Alto Tribunal concluye que no cabe aducir como causa de despido aquella que deriva de la pandemia y es esencialmente temporal, en cuyo caso el empresario debe proceder a las suspensiones de jornada de carácter temporal y que solamente en el caso en que la empresa acredite la existencia de una situación estructural puede acordar el despido^[9].

Se concluye, por tanto, que, en el presente caso, nos encontramos ante unas causas que, al tiempo del despido, son coyunturales y previsiblemente temporales y prueba de ello es que la empresa, cinco días después del cese de la recurrente, acude a un ERTE por fuerza mayor derivado de la pandemia. Por ello, entiende la Sala que, como incumbe a la empresa la carga de acreditar que las circunstancias que motivan el despido son estructurales y no meramente coyunturales, y no se ha probado que las causas aducidas para despedir son distintas de las que dan lugar al ERTE, el despido se considera improcedente.

5. La concesión de una indemnización adicional a la tasada legalmente requiere circunstancias excepcionales y daños cuantificados

En este mismo motivo se pide también una indemnización adicional a la tasada legalmente.

Para resolver esta cuestión la Sala comienza desarrollando la situación que rige legal y tradicionalmente en el contrato de trabajo, que es bien distinta a la que tiene lugar en el derecho civil y que se basa en el sistema de la indemnización tasada, es decir, la que se calcula en atención al salario y los años de prestación de servicios, prescindiendo de otros parámetros como el daño emergente, el lucro cesante o los daños morales causados. Ello implica que el empresario puede decidir extinguir el contrato de manera unilateral en cualquier momento, sabiendo con exactitud cuál va a ser el coste de la indemnización por despido y sin que el trabajador pueda reclamar una indemnización adicional por los daños y perjuicios causados. Y esta regla -explica la Sala- sólo tiene una excepción: cuando la decisión extintiva ha sido adoptada por

motivos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales y otras libertades públicas.

Pero -continúa argumentando el tribunal en su FJ 5º- en los últimos tiempos estamos viendo como cada vez un mayor número de Sentencias -todas ellas de la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña- que admiten la posibilidad de reconocer a los trabajadores una indemnización superior a la establecida legalmente, basándose en lo dispuesto en el Convenio 158 de la OIT y en el art. 24 de la Carta Social Europea.

Así, continúa la Sala, esto ocurre en las SSTSJ Cataluña 23 de abril de 2021^[10] y de 14 de julio de 2021^[11] pronunciamientos donde se plantean supuestos en los que la indemnización correspondiente por despido improcedente es exigua y no tiene efecto disuasorio para la empresa, ni se compensa suficientemente a la persona trabajadora por la pérdida de ocupación, concurriendo, asimismo, una clara y evidente ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato. Y ocurre asimismo en la más reciente STSJ de Cataluña, de 11 de noviembre de 2022^[12], pronunciamiento que matiza que la posibilidad de la percepción de una indemnización adicional a la legal y tasada debe adecuarse a límites objetivos, pues en caso contrario se incurriría en subjetivismos, aplicándose, por analogía, el art. 281.2.b) LRJS, único precepto que permite el incremento de los límites del art. 56 ET en hasta quince días por año de servicio y un máximo de 12 mensualidades, aunque se destaca que, ciertamente, la medida del art. 281.2.b) LRJS está diseñada para la ejecución de sentencias pero la existencia de este precepto pone en evidencia la voluntad legislativa de superar los umbrales ordinarios. Ello es lo que permite, pues, imponer un límite superior a los umbrales ordinarios, lo que puesto en relación con el art. 1106 y 1110 del CC exige que los conceptos resarcitorios o los daños causados sean cuantificados en la demanda y acreditados de oficio por el órgano judicial^[13], siendo éste un criterio que igualmente mantiene las sentencias de la misma Sala del TSJ de Cataluña de 4 de julio de 2022^[14], de 13 de mayo de 2022^[15] o de 14 de julio de 2021^[16].

VI. Pasajes decisivos

Sentado lo anterior, concluye la Sala, en el caso de autos la indemnización legal tasada, que no llega a los 1.000 euros, es claramente insignificante, no compensa el daño producido por la pérdida del puesto de trabajo, ni tiene efecto disuasorio para la empresa. La decisión extintiva ciertamente no es acasual, pues se basa en causas económicas y productivas, eso sí de carácter meramente coyuntural, pero revela en todo caso un excesivo ejercicio del derecho a despedir, porque supuso excluir a la actora del ERTE iniciado pocos días después, lo que, de no haber sido así, hubiera posibilitado que la misma, además de conservar su puesto de trabajo, se hubiera acogido a las medidas extraordinarias sobre protección de desempleo contempladas en el art. 25 del RD 8/2020, de 17 de marzo.

En el recurso la parte actora distingue entre los daños morales derivados de la extinción del contrato y el lucro cesante equivalente a la prestación extraordinaria de desempleo que le hubiera correspondido de haber sido incluida en el ERTE. En cuanto a los daños morales, cuantificados por la parte en 20.000 euros, se alegan de forma genérica, pero del relato histórico de la sentencia no se infiere la existencia de daños y perjuicios morales indemnizables, no existiendo una mínima base fáctica, objetiva, que delimite los perfiles y elementos de esta parte de la indemnización que se solicita, por lo que no existiendo el sustrato fáctico y objetivo preciso, no es dable indemnización reparadora alguna por daño moral. Recalcaremos que no estamos en el caso ante un despido nulo por vulneración de derechos fundamentales (...) En cuanto al lucro cesante, la trabajadora afirma que no pudo acceder a la prestación de desempleo ordinaria por falta de cotizaciones suficientes, pero la falta de carencia no es directamente imputable a la empresa ni puede volverse contra la misma. No se aporta resolución denegatoria del SEPE, aunque de acuerdo con el informe de vida laboral y el certificado de empresa al tiempo de cesar en BSR COLOCACION SERVICES SL la

trabajadora solo contaba con 146 días cotizados, por lo que no reunía el mínimo de cotización en los últimos seis años que le permitiera acceder a la prestación contributiva de desempleo.

No consta, pues, que la trabajadora hubiera percibido subsidio por desempleo asistencial alguno, y es indudable que de no haber actuado la empresa de manera abusiva, amparada en el mínimo coste que suponía su despido por su escasa antigüedad en la empresa, tenía una expectativa cierta y real de haber sido incluida en el inminente ERTE tramitado por fuerza mayor, con lo que se habría podido acoger a las medidas extraordinarias sobre protección de desempleo contempladas en el art. 25 del RDL 8/2020, con reconocimiento de la prestación aun careciendo de las cotizaciones mínimas necesarias para ello.

A estos efectos, la trabajadora calcula como lucro cesante la prestación extraordinaria por desempleo que le hubiera correspondido desde el 29/3/2020 al 29/11/2020, pues ya el 30/11/2020 encuentra trabajo en otra empresa, cifrando el lucro cesante en 10.544,90 euros; no obstante, se toma el día 21 de junio de 2020 (Real Decreto 555/2020) como día final de cómputo de la prestación reclamada como lucro cesante. Por lo que, a razón de 1.310,10 euros mensuales, desde el 1 de abril al 20 de junio de 2020, la cuantía a tener en cuenta sería de 3.493,3 euros, siendo ésta la indemnización adicional resultante, de forma que se estima, así parcialmente, el motivo suplicatorio.

VII. Parte dispositiva

La Sala estima, en parte, el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de 2/11/2021, dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Barcelona y revoca en parte dicha resolución y, con estimación parcial de la demanda, declara la improcedencia del despido objetivo de la trabajadora demandante de fecha 27 de marzo de 2020, condenando a BRS COLOCATION SERVICES a optar en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución entre la readmisión de la trabajadora en su puesto de trabajo, con abono de una cantidad igual al importe de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido y la fecha de notificación de la presente sentencia, a razón de 68,49 euros diarios brutos, o bien a indemnizarle en la cantidad de 4.435,08 euros (de los que 941,78 ya han sido abonados).

VIII. Comentario

Se trata ésta, sin duda, de una Sentencia pionera y que ha levantado, por qué no decirlo también, no poca polémica, pues, asumiendo la doctrina ya previamente asumida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, concede efectivamente una indemnización por despido adicional a la legalmente tasada. Ello supone, ni más ni menos que una poderosa llamada de atención a un defecto de la norma que genera desprotección porque afecta al juego de equilibrios que rige en la relación laboral en trabajadores que acrediten escaso tiempo de prestación de servicios y que, claramente también incide sobre la evidente incompatibilidad y/o desajuste de la normativa laboral española con el art. 10º del Convenio nº 158 de la OIT^[17] sobre la terminación de la relación de trabajo y el art. 24º de la Carta Social europea. Y ello ocurre en un momento en el que la doctrina española sigue empeñada en combatir o en restar legitimidad al control de convencionalidad, minusvalorando la asunción de dichas normas internacionales^[18], acudiendo al erróneo argumento del posible peligro para la seguridad jurídica, una cuestión que podría dar un vuelco si se diera respuesta positiva a la reclamación colectiva registrada el 24 de marzo de 2022 contra España por parte del sindicato UGT sobre la disconformidad de la normativa española con el art. 24º de la Carta Social europea^[19].

Estamos ante un despido que tiene lugar en fraude de ley, pues la mercantil despidió a sabiendas de que actúa contra legem -prueba de ello es que paga más de lo que debería- pero sin que los efectos disuasorios de la norma -que, tal como está configurada, no protege a los trabajadores con una antigüedad breve- sean efectivos.

Por tanto, se vé claramente cómo la normativa no es capaz de coartar una actuación ilegal de la mercantil, que, libremente, y sin temer represalias o el pago de altos costes por despido, adopta una decisión empresarial acausal que no atiende al perjuicio causado y que, en este caso, en particular, claramente no ofrece una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada, contrariando lo exigido en los arts 10º del Convenio nº 158 de la OIT y el art. 24º de la Carta Social europea, pues nuestro ordenamiento incluye el carácter compacto de una horquilla que limita el que puedan tomarse en consideración circunstancias individuales y personales, lo que afecta al equilibrio de intereses que debe proteger la norma laboral, pues una indemnización adecuada debiera quedar cercana a la entidad del daño sufrido por el trabajador, algo que, en este caso en concreto no había ocurrido.

Es cierto que el caso que aquí se debate genera un daño extrañamente dañoso porque conduce a la trabajadora no sólo a la pérdida de su empleo, sino, también, a la imposibilidad de que, en un momento excesivamente complejo y de alta incertidumbre económica y social como es el comienzo de la pandemia, ésta no acceda a la prestación de desempleo contributivo, pues no cuenta con el período mínimo de carencia preciso. Y es en estas concretas y singulares circunstancias cuando el Tribunal -recogiendo la doctrina de varias Sentencias previas de la misma Sala emitidas recientemente, doctrina que reproduce ahora- vé necesario aplicar analógicamente el art. 208 LRJS y extender el carácter tasado y legal de la indemnización por despido para, de este modo, poder compensar el lucro cesante que la trabajadora ha sufrido con la decisión empresarial, un lucro cesante que – a diferencia de lo que había ocurrido en casos anteriores planteados ante la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña- puede ser, aquí, calculado u objetivizado, pues provoca un daño que es posible calcular.

Para ello se calcula la prestación por desempleo que la trabajadora no cobra por haber quedado afectada por una decisión empresarial ilegal, que no se ha podido anular ni prohibir. En este pronunciamiento queda claro que la norma laboral no sirve para proteger y/o equilibrar las relaciones de trabajo y que los trabajadores con poca antigüedad son, simplemente, blancos fáciles, que quedan expuestos a daños. En este caso se aprecia claramente la especial vulnerabilidad a la que aboca a los trabajadores con poco tiempo de prestación de servicios, y se añade, aquí, la posibilidad de que acudiendo a la normativa civil y en cumplimiento del Convenio nº 158 de la OIT y del art. 24º de la Carta Social la trabajadora pueda ser resarcida, una vez queda cuantificado el daño producido.

IX. Apunte final

El actual ordenamiento laboral contempla, en casos de despidos acausales, la percepción de una indemnización tasada y legal máxima calculada de acuerdo con dos parámetros: el salario y el período de prestación de servicios. En el caso aquí planteado queda patente que esta regulación es insuficiente para trabajadores con escasa antigüedad pues esta indemnización no tiene efectos disuasorios y no compensa tampoco el daño efectivamente producido. Lejos de levantar polémicas -se habla de una falsa inseguridad jurídica que esta vía ofrece ahora- este conflicto ofrece la posibilidad de actuar y corregir que, en casos flagrantes de incumplimientos empresariales manifiestos, e incluso reconocidos, no quepa defensa alguna, algo que debiera atajarse, no sólo para equilibrar la balanza de los poderes que empleador y trabajador exhiben en el contrato de trabajo, que también, sino, además, para cumplir con el mandato del Convenio nº 158 OIT y del art. 24º de la Carta Social europea y para acabar con una triste peculiaridad de la normativa española, y ello no tiene porqué provocar tampoco que el “destope” sea, desde ahora, la regla general puesto que el daño generado ha de ser probado y resultar manifiesto -tal como aquí ocurre.^[20]

Referencias:

1. ^ Se incorpora, así, a los Hechos declarados probados, lo siguiente: "Tras la publicación del estado de alarma la empresa anunció la preparación de ERTE a aplicar a las empleadas contratadas, tanto en el centro de Barcelona (2 Operation Manager y limpiadora) como a las cinco de Madrid. Manifestaciones y previsión mantenidas hasta el 27 de marzo de 2020, en que efectuaron el despido, en la misma mañana que se aprobaba el RDL 9/2020, que en su art. 2 regulaba la prohibición de los despidos por la situación de COVID, medida pública y anunciada en los días previos. El despido (sucede, sic) cuando la trabajadora estaba tele trabajando y en plena actividad productiva". (...) "Tras el despido la demandante se inscribió en el SEPE y en SOC y (no) encontró trabajo hasta el 30/11/2020, sin percibir prestación alguna, por no acreditar cotizaciones suficientes".
2. ^ Por el que se adoptan medidas complementarias en el ámbito laboral para paliar los efectos derivados del COVID-19.
3. ^ N° de Sentencia 841/2022. Sentencia que es continuada por otras posteriores, más recientemente, como la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2022, Sentencia nº 955/2022.
4. ^ nº rec. 743/2021.
5. ^ N° rec. 249/2007
6. ^ Se puede leer en esta Sentencia que: "(...) por lo que se refiere a un tratamiento diferenciado en razón de la antigüedad en la empresa, que es en definitiva uno de los motivos de discriminación que se esgrime en el presente recurso, es cierto que la doctrina de la Sala IV ha considerado que no es razonable establecer diferencias retributivas entre unos y otros trabajadores simplemente por el hecho de haber ingresado en la empresa en una fecha distinta (entre otras, STS de 20 de abril de 2005), pero habrá que convenir que la antigüedad en la empresa, lo mismo que ocurre con la temporalidad del vínculo laboral a que se refiere la sentencia citada en el párrafo anterior, no es criterio diferenciador comprendido en las causas de discriminación prohibidas por el art. 14 CE o por los art. 4.2.c) y 17.1 del ET, ni tampoco tiene ni ha tenido la misma significación histórica que los factores de exclusión mencionados en los preceptos mencionados, por lo que, en principio, no toda diferencia establecida en razón de la antigüedad habría de ser calificada como discriminatoria, ya que la misma puede ser una causa objetiva y razonable que justifique un diferente trato".
7. ^ Señala la Sala que el TS ha señalado que la aportación de las declaraciones tributarias de IVA resulta idónea para justificar la situación económica negativa de la empresa puesto que a los documentos contables no debe atribuirseles poder probatorio con carácter excluyente ni son determinantes para la fundamentación de un despido individual por causas económicas (STS 26 de junio de 2020, nº rec 4405/2017).
8. ^ Explica la Sala que, como es bien sabido la situación excepcional causada por la pandemia derivada del COVID-19 conllevó que se dictara una normativa específica. Así, el RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, ya vigente al tiempo del despido enjuiciado en autos, adoptó una serie de prevenciones orientadas a un triple objetivo: primero, reforzar la protección de los trabajadores, las familias y los colectivos vulnerables; segundo, apoyar la continuidad en la actividad productiva y el mantenimiento del empleo; y tercero, reforzar la lucha contra la enfermedad. El capítulo II de esta norma estableció una serie de medidas

de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos. De esta forma, las medidas adoptadas en materia de suspensión temporal de contratos y reducción temporal de la jornada (ERTEs) perseguían evitar que una situación coyuntural, como la derivada de la pandemia, tuviera un impacto negativo de carácter estructural sobre el empleo.

9. [^] Como nos recuerda la Sala Cuarta del TS en sus sentencias de 22/02/2022 (nº rec. 232/2021) y 20/04/2022 (nº rec. 241/2021) "en cumplimiento de los citados preceptos, no cabe aducir como causa de despido aquélla que deriva de la pandemia y es esencialmente temporal, en cuyo caso el empresario debe proceder a las suspensiones o / reducciones de jornada de carácter temporal. (...) En resumen, si concurren las causas coyunturales previstas en los arts. 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020 no se considerará justificado el despido o la extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, sino que dichas circunstancias facultan, en su caso, para proceder a la suspensión de contratos o reducción de jornada por fuerza mayor (art. 22) o para la suspensión o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 23). Por el contrario, si la empresa acredita la existencia de una situación estructural, sí que puede acordar el despido colectivo".
10. [^] Nº rec. 5233/2020
11. [^] Nº rec. 6762/2021
12. [^] Nº rec. 5986/2022
13. [^] Señala literalmente la Sentencia Cataluña de 11 de noviembre de 2022 que: "(...) Sin embargo, esta posibilidad inusual ha de adecuarse a límites objetivos, en tanto que en caso contrario se incurriría en posibles subjetivismos que conllevarían desconcierto entre los operadores jurídicos e incertidumbres jurídicas. Pues bien, cabe indicar que nuestra legislación positiva regula un concreto supuesto de disponibilidad sobre las indemnizaciones tasadas; en concreto, el artículo 281.2 b) permite el incremento de los límites del artículo 56 ET en hasta quince días por año de servicio y un máximo de 12 mensualidades. Ciertamente la medida está diseñada para la ejecución de sentencias firmes en materia de despido; sin embargo, a nuestro juicio es este un precepto aplicable por analogía en los singulares supuestos analizados, al poner en evidencia la voluntad legislativa de permitir superar los umbrales ordinarios, imponiendo otro límite superior, por lo que mutatis mutandi dicho precepto podría resultar de aplicación en estos casos. Por otra parte, tampoco resulta descartable que la "indemnización adecuada" en las descritas y limitadas situaciones pueda integrar también otros conceptos resarcitorios cuando la conducta extintiva del empleador cause perjuicios a la persona asalariada que superen el mero lucro cesante. Sin embargo, habrá que observar que dicha posibilidad se inserta en el marco del artículo 1106 CC -en relación al 1101 del mismo cuerpo legal - lo que exige que esos daños sean cuantificados en la demanda y acreditados en el acto del juicio, lo que descarta la mera aplicación de oficio por el órgano judicial. En resumen: aceptamos que con el apoyo del sustrato normativo expuesto, en el que nuestro propio legislador ya ha abierto fisura y admite ampliaciones, será posible en circunstancia excepcional como la expuesta, en que la indemnización legal y tasada resulte notoriamente insuficiente, podrá fijarse otra superior que alcance a compensar los totales daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daño moral...) que el ilícito acto del despido haya podido causar para eliminar así del mundo jurídico sus

totales perniciosos efectos. Pero en todo caso, para evitar cualquier atisbo de arbitrariedad sobre la posibilidad de ampliación de la indemnización legal o sobre la concreta fijación de su quantum, preservando así la igualdad de partes y toda posible situación de indefensión que en el petitum de la demanda del trabajador despedido se concrete los daños y perjuicios que necesitan de compensación y la prueba contradictoria de su quantum”.

14. ^ N° rec. 3909/2022
15. ^ N° rec. 500/2022
16. ^ N° rec. 1811/2021
17. ^ *La última ratio del Convenio n° 158 no es otra que la de buscar el equilibrio transaccional entre el mantenimiento del derecho de los empleadores a despedir por causas justificadas y la garantía de que esos despidos sean justos y no tengan un impacto desproporcionado en los trabajadores, según apunta MOLINA NAVARRETE, C., Actualidades y críticas del Convenio n° 158 OIT en los derechos europeos: ¿el renacer del sentido del límite jurídico a la libertad (de empresa) en favor de la seguridad (en el empleo), en Revista Internacional y comparada de Relaciones laborales y derecho del empleo, volumen 7, 2019.*
18. ^ *Algo que ya ocurre hace años, Vid, así, FALGUERÁ BARÓ, M., La normativa de la OIT y su traslación en el ordenamiento interno por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Algunas reflexiones de futuro tras la última reforma laboral, en Lex Social, Revista Jurídica de derechos sociales, vol. 6, n° 1, 2016.*
19. ^ *Con más amplitud, haciendo referencia las reclamaciones colectivas resueltas en otros países -Italia, Finlandia y Francia- Vid, JIMENA QUESADA, L., SALCEDO BELTRÁN, C., Carta social europea, despido y control de convencionalidad: la odisea por alcanzar el reconocimiento de los derechos y sus garantías navegando en las procelosas aguas de las instancias superiores, en Lex Social, Revista Jurídica de los Derechos sociales, volumen 12, n° 1, 2022. SALCEDO BELTRÁN, C., La Carta Social europea y el procedimiento de reclamaciones colectivas: un nuevo y excepcional escenario en el marco legislativo laboral, en Trabajo y Derecho, n° 91, La Ley 6229, 2022 y JIMENA QUESADA, L., El comité europeo de derechos sociales: valor jurídico de sus resoluciones, en Documentación Laboral, n° 125, 2022. Vid, también, ROJO TORRECILLA, E., Blog, Hacia la ratificación definitiva del Protocolo adicional a la Carta Social europea y notas a la reclamación presentada por la UGT sobre la disconformidad de la normativa española (indemnización tasada en caso de despido según salario y antigüedad) con el art. 24 CSE revisada.*
20. ^ *Y, a mayor añadidura, como apunta BALLESTER PASTOR, MªAmparo, tampoco es difícil anticipar que dicha cuantía adicional, si se aprobara, terminaría siendo relativamente objetiva por referencia a baremos o doctrinas interpretativas más o menos homogéneas. Vid. Sobre el precio del despido y otras perversiones: reflexiones en torno a la indemnización por despido contra legem, Briefs AEDTSS.*

§ 21 **Tiempo de trabajo. Descanso diario y descanso semanal: dos periodos de tiempo claramente diferenciados.**

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona

Resumen: *La sentencia objeto de examen trata sobre la interpretación de los art 3 (descanso diario) y 5 (descanso semanal) de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en relación con el art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El TJUE falla que las disposiciones más favorables que establece la normativa nacional con respecto a la Directiva en lo que se refiere a la duración mínima del descanso semanal no pueden privar al trabajador de otros derechos que le concede esta Directiva, y más concretamente, del derecho al descanso diario. Concluye que el descanso diario debe concederse con independencia de la duración del descanso semanal establecida por la normativa nacional aplicable.*

Palabras clave: *Tribunal de Justicia UE. Descanso diario. Descanso semanal. Tiempo de trabajo.*

Abstract: *The judgment under review concerns the interpretation of Articles 3 (daily rest) and 5 (weekly rest) of Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 concerning certain aspects of the organisation of working time, in relation to Article 31(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. The CJEU rules that the more favourable provisions laid down by national legislation with respect to the Directive as regards the minimum weekly rest period cannot deprive the worker of other rights granted by that Directive, and more specifically, of the right to daily rest. It concludes that daily rest must be granted irrespective of the length of weekly rest laid down by the applicable national legislation.*

Keywords: *Court of Justice EU. Daily rest. Weekly rest. Working time.*

I. Introducción

Tiene indudable interés a mi parecer la sentencia dictada por la Sala segunda del TJUE el 2 de marzo (asunto C-477/21), con ocasión de la cuestión prejudicial planteada, al amparo del art. 267 del Tratado de funcionamiento de la UE, por el Tribunal General de la ciudad húngara de Miskolc mediante resolución de 28 de junio de 2021.

Versa sobre la interpretación de los art 3 (descanso diario) y 5 (descanso semanal) de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre

de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en relación con el art. 31.2 de la CDFUE.

La citada sentencia mereció una nota de prensa del gabinete de comunicación del TJUE^[1], titulada “El descanso diario se añade al descanso semanal, aunque preceda directamente a este último”, con el subtítulo “Ello también es así cuando la normativa nacional concede al trabajador un período de descanso semanal superior al que exige el Derecho de la Unión”, en la que efectúa una breve síntesis de la resolución judicial y de la que reproduce un breve fragmento que marca claramente la decisión del tribunal: “El Tribunal de Justicia también señala que las disposiciones más favorables que establece la normativa húngara con respecto a la Directiva en lo que se refiere a la duración mínima del descanso semanal no pueden privar al trabajador de otros derechos que le concede esta Directiva, y más concretamente, del derecho al descanso diario. Así pues, **el descanso diario debe concederse con independencia de la duración del descanso semanal establecida por la normativa nacional aplicable**” (la negrita en el texto).

El resumen oficial de la sentencia es el siguiente: “Procedimiento prejudicial — Política social — Protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores — Ordenación del tiempo de trabajo — Artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Directiva 2003/88/CE — Artículos 3 y 5 — Descanso diario y descanso semanal — Normativa nacional que establece un período de descanso semanal mínimo de 42 horas — Obligación de conceder el descanso diario — Condiciones de concesión”.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia de 2 de marzo de 2023.

Tipo y número de recurso: cuestión prejudicial. Asunto C-477/21.

ECLI:EU:C:2023:140

Fuente: CURIA.

Ponente: Excm. Sra. Dña. María Lourdes Arastey Sahún.

III. Problema suscitado y posiciones de las partes

Los datos fácticos del litigio están recogidos en los apartados 15 a 27 de la sentencia, y las cuestiones prejudiciales planteadas en el núm. 28.

En apretada síntesis, cabe indicar que se trata de un trabajador que presta servicios para una empresa como maquinista, con sujeción a un convenio colectivo. Según este, descansaba 12 horas diarias entre dos períodos de trabajo, y una vez por semana tenía un descanso semanal de un mínimo de 48 horas consecutivas en computo mensual, de tal manera que el período de descanso ininterrumpido no era inferior a 42 horas. Ahora bien, primer dato para el posterior debate jurídico, cuando se le concedía este período de descanso semanal, “no se le concedía ni descanso diario ni tiempo de desplazamiento”.

Al estar en desacuerdo con esta interpretación de la normativa convencional, el trabajador presentó una demanda en reclamación salarial, siendo su tesis de la que “tenía derecho al período de descanso diario inmediatamente antes o después de sus períodos de descanso semanal o de sus permisos o períodos de descanso retribuidos”.

¿Cuál fue la respuesta de la parte empresarial para defender la legalidad de su decisión? La encontramos en el apartado 21: acepta la concesión del descanso diario cuando existen “dos períodos de trabajo que se suceden durante un mismo período de veinticuatro horas, pero no cuando no se prevé ningún nuevo período de trabajo, por ejemplo, cuando se concede un descanso semanal o se disfruta de permisos o períodos de descanso retribuidos”, justificándola “por el objeto del descanso diario, consistente en permitir al trabajador recuperar fuerzas entre dos períodos de trabajo”, y que “además, durante cada período de siete días, es necesario conceder un período de descanso semanal de una duración más larga, que sustituye al descanso diario”.

IV. Cuestiones prejudiciales

El órgano jurisdiccional nacional remitente de la petición de decisión prejudicial es del parecer que con arreglo a la Directiva 2003/88 y al Código de Trabajo húngaro, la normativa convencional es más favorable para el trabajador con respecto al descanso diario, porque (además de un tiempo añadido para el desplazamiento) las 12 horas fijadas en el convenio superan las 11 del art. 3 de la Directiva.

Con respecto al descanso semanal, pone de manifiesto que la versión húngara de la Directiva difiere en su redacción de la de otras lenguas, con cita de la alemana, inglesa y francesa, exponiendo que en la húngara el descanso semanal, cada período de siete días, ha de ser de 24 horas, y “además” de las 11 horas del descanso diario. Se plantea la duda (de ahí que me haya parecido conveniente recoger las dos hipótesis de trabajo presentadas por el abogado general en sus conclusiones) de si los dos períodos son independientes o bien “se suman”, de tal manera que si se acepta la segunda tesis, que le parece la correcta al tribunal, y con independencia de la duración de cual fuera la duración del descanso semanal, “el período de 24 horas y el de 11 horas se suman para formar conjuntamente el período mínimo de descanso semanal, de tal modo que el trabajador debe disfrutar, en total, de un descanso semanal mínimo de 35 horas consecutivas”.

Recuerda después que la normativa legal húngara, que ha sido acogida en el convenio colectivo aplicable, fija la duración del tiempo de descanso semanal en 48 horas, con un mínimo de 42 horas, y que “el concepto *de tiempo de descanso semanal*, tal como se utiliza en el Código de Trabajo y en el convenio colectivo, no contiene ninguna referencia al descanso diario ni a la duración de este”. También se le suscitan dudas, que quedarán reflejadas en una cuestión prejudicial, de si debe concederse el descanso diario “entre el final del trabajo diario de que se trate y el comienzo del trabajo al día siguiente (o, el mismo día, entre el final de un período de trabajo y el comienzo del siguiente período de trabajo) o bien, de manera más general, entre el final de una jornada laboral y el comienzo de la jornada de trabajo siguiente, **aun cuando esta última comience varios días más tarde**” (la negrita es mía).

Por todo lo anteriormente expuesto, el tribunal húngaro planteó estas cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 5 de la Directiva [2003/88], en relación con el artículo 31, apartado 2, de la Carta, en el sentido de que el descanso diario del artículo 3 [de la citada] Directiva forma parte del descanso semanal?

2) [...] ¿Debe interpretarse el artículo 5 de la Directiva [2003/88], en relación con el artículo 31, apartado 2, de la Carta, en el sentido de que, de conformidad con el objetivo de [dicha] Directiva, el citado artículo únicamente establece la duración mínima del descanso semanal, es decir, debe el descanso semanal tener una duración de al menos 35 horas consecutivas, siempre que no existan condiciones objetivas, técnicas o de organización del trabajo que lo excluyan?

3) ¿Debe interpretarse el artículo 5 de la Directiva [2003/88], en relación con el artículo 31, apartado 2, de la Carta, en el sentido de que, cuando el Derecho del Estado miembro y el convenio colectivo aplicable establecen la concesión de un descanso semanal continuado de 42 horas como mínimo, es obligatorio conceder

también, después de un trabajo que haya sido realizado en el día laborable previo al descanso semanal, el descanso diario de 12 horas garantizado junto a aquel en el Derecho del Estado miembro pertinente y en el convenio colectivo aplicable, siempre que no existan condiciones objetivas, técnicas o de organización del trabajo que lo excluyan?

4) ¿Debe interpretarse el artículo 3 de la Directiva [2003/88], en relación con el artículo 31, apartado 2, de la Carta, en el sentido de que el trabajador también tiene derecho a un período mínimo de descanso que debe concederse en el transcurso de veinticuatro horas en el supuesto de que, por cualquier motivo, no tenga que trabajar en las veinticuatro horas siguientes?

5) En caso de respuesta afirmativa a la cuarta cuestión, ¿deben interpretarse los artículos 3 y 5 de la Directiva [2003/88], en relación con el artículo 31, apartado 2, de la Carta, en el sentido de que el descanso diario debe concederse con carácter previo al descanso semanal?”.

V. Conclusiones del Abogado General

El abogado general, Giovanni Pitruzzella, presentó sus conclusiones , el 13 de octubre de 2022, que han sido acogida en casi su integridad por el TJUE, siendo su tesis la de que el Derecho de la Unión obliga a los Estados miembros a “conceder a los trabajadores el descanso diario como derecho autónomo e independiente del descanso semanal, incluso en el supuesto de que se conceda un tiempo de descanso (semanal) superior al mínimo establecido en la Directiva”.

De especial interés me parecen las “observaciones preliminares” que efectúa el abogado general antes de entrar a analizar el caso y emitir su criterio, ya que plantea que la resolución dependerá de la utilización de uno u otro de los dos “enfoques interpretativos” que enuncia, y quedando claro y de manera diáfana a lo largo de toda su exposición que opta, muy acertadamente en mi opinión, como también lo hará el TJUE, por el segundo:

El primer criterio sería que “el objetivo perseguido por la Directiva es que se garantice al trabajador un tiempo global de descanso durante el transcurso de una semana, adecuado para proteger su seguridad y salud, con independencia de la previsión por separado del derecho al descanso diario. Por lo tanto, **debe garantizarse que, en el transcurso de una semana laboral, el trabajador disfrute de un tiempo mínimo de descanso de treinta y cinco horas (veinticuatro horas de descanso semanal y once de descanso diario), sin distinción formal entre el descanso semanal y el descanso diario**” (tesis defendida por la parte empresarial y por el gobierno húngaro) (la negrita es mía)

El segundo, sería que el trabajador “**debe disfrutar de un tiempo mínimo de descanso igual a la suma de dos períodos distintos, que se basan en dos instituciones jurídicas diferentes a las que corresponden derechos independientes y autónomos entre sí: el descanso diario y el descanso semanal**. Ello con independencia de la suma de las horas que resulten de los dos tipos de descanso, de forma que los Estados y los interlocutores sociales tienen libertad para establecer una cantidad de horas incluso superior al número (mínimo) garantizado en la Directiva” (la negrita es mía).

VI. Normativa aplicable

EL TJUE pasa revista a la normativa europea y estatal aplicable.

De la primera, son referenciados el art. 1 (disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo), 3 (descanso diario), 5 (descanso semanal) y 15 (disposiciones más favorables) de la Directiva 2003/88/CE.

De la normativa húngara, en concreto del Código de Trabajo de 2012, los arts. 105 y 106, siendo de especial importancia el apartado 1 del segundo precepto, que

dispone que “en lugar de los días de descanso semanal podrá concederse al trabajador un período de descanso semanal ininterrumpido de al menos 48 horas por semana”.

En relación con la actividad profesional del trabajador demandante, se cita la Ley sobre el tráfico ferroviario de 2005, art. 68A y 68B, fijando el segundo un período de descanso de 12 horas consecutivas, como mínimo, por cada período de 24 horas. Igualmente, es mencionado el convenio colectivo de aplicación en la empresa, siendo de especial relevancia el art. 47.4, cuyo contenido ya ha sido mencionado con anterioridad.

VII. Doctrina básica

Al entrar en la resolución del conflicto, el TJUE responderá conjuntamente a las dos primeras cuestiones prejudiciales. Se trata de determinar si el descanso diario “forma parte del período de descanso semanal”, o bien que el art. 5 “sólo fija la duración mínima de dicho período de descanso semanal”.

La respuesta es la segunda, y a ella llegará la Sala después de un amplio recordatorio de su jurisprudencia sobre la Directiva de 2003, habiendo dictado con anterioridad varias sentencias en la que se ha pronunciado sobre la importancia de tomar en consideración que la norma precisa el alcance del derecho fundamental recogido en el art. 31.2 de la CDFUE (“Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas”) y que sus disposiciones “no pueden ser objeto de una interpretación restrictiva en perjuicio de los derechos que la Directiva concede al trabajador”.

Las sentencias citadas en la respuesta a las dos primeras cuestiones prejudiciales son, por el orden de cita, las de 9 de mayo de 2021 (asunto C-344/19), 4 de junio de 2020 (asunto C-588/18), 14 de mayo de 2019 (asunto C-55/18), y 11 de abril de 2019 (asunto C-254/18)^[2].

Por todo lo anteriormente expuesto, el TJUE concluye que los períodos de descanso diario y semanal son autónomos e independientes, y que por consiguiente **el primero, previsto en el art. 3 de la Directiva, “no forma parte (del descanso semanal), sino que se añade a este”** (la negrita es mía).

Para llegar a la conclusión expuesta, el TJUE subraya los siguientes planteamientos:

La interpretación de la Directiva debe hacerse “teniendo en cuenta la importancia del derecho fundamental de todo trabajador a períodos de descanso diario y semanal”. A fin de velar por su seguridad y salud los trabajadores deben disfrutar “de períodos mínimos de descanso diario y semanal”, debiendo los Estados miembros adoptar las medidas oportunas para regular ese derecho, entendiendo por tal que el descanso diario debe **añadirse** al semanal (la negrita es mía), no pudiendo en consecuencia adoptar medidas que vacíen de contenido “los derechos consagrados en el artículo 31, apartado 2, de la Carta y en los artículos 3 y 5 de esta Directiva”.

Trasladadas estas consideraciones generales al litigio concreto enjuiciado, la Sala hace suya la tesis del abogado general de estar en presencia de dos derechos (al descanso diario y al semanal) plenamente autónomos e independientes y que persiguen “objetivos distintos”, por lo que hay que garantizar el disfrute efectivo de “cada uno de estos derechos”. No lo garantizaría en modo alguno la tesis de la “suma” de ambos, o dicho de otra forma la subsunción del primer en el segundo, y además ello se deduce claramente de la dicción del art. 5 cuando dispone que el descanso semanal “se añadirá” al período de descanso semanal.

Conclusión clara y definitiva es la que se plasma en el apartado 43, y por supuesto en el fallo: “el período de descanso diario, previsto en el artículo 3 de la Directiva 2003/88, no se añade a las 24 horas de descanso previstas en el artículo 5 de esta

Directiva para formar un período total de descanso semanal de al menos 35 horas, sino al período de descanso semanal, autónomo y distinto, de al menos 24 horas previsto en dicha disposición”.

Pasa a continuación el TJUE a responder a la tercera cuestión prejudicial, que tiene especial interés, por cuanto ahora se pregunta qué ocurre cuando la normativa nacional, como en el presente caso, regula un período de descanso semanal más amplio (mínimo de 42 horas) que la “suma” de los descansos mínimos diario y semanal fijados en la Directiva (11+ 24 =35), habiendo tratado de sustentar su tesis el tribunal húngaro, como ya he explicado con anterioridad, en que la normativa nacional utiliza la expresión “período de descanso semanal” y no contiene referencia alguna al descanso diario ni a su duración.

Dada la respuesta formulada a las dos primeras cuestiones prejudiciales, no es de extrañar en absoluto, y con pleno acierto a mi parecer, que el TJUE desactive o rechace dicha argumentación.

En primer lugar, al constatar que la normativa comunitaria, en concreto ahora el art. 5, no se remite a su concreción por parte de los Estados miembros, y de ahí que el concepto nacional de período de descanso semanal no influya en absoluto en la interpretación del art. 5 de la Directiva, por cuanto los conceptos que se contienen en este “deben entenderse como conceptos autónomos del Derecho de la Unión y deben interpretarse de manera uniforme en el territorio de esta, con independencia de las calificaciones utilizadas en los Estados miembros”.

En segundo término, porque aun cuando la normativa húngara sea más favorable al trabajador que la comunitaria por lo que respecta a la duración mínima de descanso semanal, ello no puede implicar de ninguna manera “privar al trabajador de otros derechos que le concede esta Directiva, y más en concreto el derecho al descanso diario”, dado que se trata de un nivel mínimo de protección que no puede menoscabarse.

Por todo ello concluye en el apartado 53, y en el fallo, que los arts. 3 y 5 de la Directiva, en relación con el art. 31.2 de la CDFUE deben interpretarse “en el sentido de que, cuando una normativa nacional establece un período de descanso semanal que excede de 35 horas consecutivas, debe concederse al trabajador, además de ese período, el descanso diario garantizado por el artículo 3 de dicha Directiva”.

En apoyo de su tesis, se citan en este bloque de la sentencia las dictadas con anterioridad el 9 de noviembre de 2017 (asunto C-306/16) y el 19 de noviembre de 2019 (asunto C-609/17), y se reitera la referencia ya hecha a la de 4 de junio de 2020 (asunto C-588/18)^[3].

Por último, la Sala da respuesta conjunta a la cuarta y quinta cuestión prejudicial. Es decir, si el art. 3 de la Directiva, el descanso diario, debe interpretarse en el sentido de que “cuando se concede a un trabajador un período de descanso semanal, este tiene también derecho a disfrutar de un período de descanso diario precedente a dicho período de descanso semanal”.

La respuesta es afirmativa, con sustento en jurisprudencia anterior, para recordar que tras un período de trabajo “todo trabajador debe disfrutar inmediatamente de un período de descanso diario, con independencia de si dicho período de descanso va o no seguido de un período de trabajo. Además, cuando el descanso diario y el descanso semanal se conceden de manera contigua, el período de descanso semanal solo puede empezar a correr una vez que el trabajador haya disfrutado del descanso diario”.

En sustento de esta tesis se remite a la sentencia de 14 de octubre de 2010 (C-428/09), en cuyo apartado 51 se afirma que “Con objeto de garantizar una protección eficaz de la seguridad y de la salud del trabajador debe preverse, en general, una alternancia regular entre un período de trabajo y un período de descanso. En efecto, para poder descansar efectivamente, el trabajador debe disfrutar de la

posibilidad de apartarse de su entorno laboral durante un número determinado de horas que no sólo deben ser consecutivas, sino que también deben suceder directamente a un período de trabajo, para permitir al interesado distraerse y eliminar el cansancio inherente al ejercicio de sus funciones. Esta exigencia resulta aún más necesaria cuando, como excepción a la norma general, el tiempo de trabajo normal diario se prolonga por la prestación de un servicio de atención continuada (sentencia Jaeger, antes citada, apartado 95)".

VIII. Parte dispositiva

Por todo lo anteriormente expuesto, el TJUE falla que el art .5 de la Directiva 2003/88/CE, en relación con el art. 31.2 de la CDFUE debe interpretarse en el sentido de que el descanso diario previsto en el artículo 3 de esta Directiva no forma parte del período de descanso semanal contemplado en dicho artículo 5, sino que se añade a este.

Que los arts. 3 y 5 de la citada Directiva, nuevamente en relación con el art. 31.2 de la CDFUE, deben interpretarse en el sentido de que, cuando una normativa nacional establece un período de descanso semanal que excede de 35 horas consecutivas, debe concederse al trabajador, además de ese período, el descanso diario garantizado por el artículo 3 de dicha Directiva.

Que el art. 3 de la Directiva 2003/88, en relación con el ar.31.2 de la CDFUE debe interpretarse en el sentido de que cuando se concede a un trabajador un período de descanso semanal, este tiene también derecho a disfrutar de un período de descanso diario precedente a dicho período de descanso semanal.

IX Apunte final

En la conclusión de este comentario no cabe sino decir que la decisión judicial, no por esperada en los términos expuestos deja de ser menos importante. Los derechos al descanso diario y semanal deben disfrutarse ambos, no quedando el primero subsumido^[4] (en lenguaje más coloquial, perdido) en el segundo.

Y en apoyo de esta tesis hay que acudir a la muy reciente Comunicación interpretativa de la Comisión Europea, publicada el 24 de marzo, sobre la Directiva que ha centrado este comentario, que debe leerse juntamente con el Informe^[5] presentado nueve días antes sobre la aplicación por parte de los Estados miembros de dicha Directiva, junto con un documento de trabajo de acompañamiento, elaborado por los servicios técnicos.

El texto actualiza una Comunicación anterior de 2017, incorporando las referencias y comentarios (obsérvese la importancia de esta temática) a "las más de treinta sentencias y autos que ha dictado (el Tribunal) desde entonces", constituyendo por ello un material de incalculable valor para el estudio de la Directiva, y también para conocer el parecer de la Comisión sobre los preceptos que aún no han sido interpretados por el TJUE al no haber sido planteada ninguna cuestión prejudicial, ya que, desde que se aprobara la Directiva 93/104/CE del Consejo de 23 de noviembre de 1993, más de ochenta sentencias y autos dictados han estado relacionados con esta y la de 2003, por lo que han interpretado sus disposiciones y "en particular, el alcance y las limitaciones de la flexibilidad que ofrece". Es claro, y así lo recuerda la Comisión que la Comunicación "no pretende crear normas nuevas, y los elementos incluidos en la misma, por tanto, siguen estando sujetos a cambios ulteriores y complementos por parte del Tribunal" (la negrita es mía).

La Comunicación de la Comisión repasa, como ya he indicado, más de ochenta sentencias y autos dictados desde la entrada en vigor de la Directiva 93/104/CE, encontrándose referencias a prácticamente todas ellas en las 421 notas a pie de página, si bien en la introducción hace mención expresa a cuatro sentencias que considera las "más significativas" del período posterior a la publicación de la Comunicación de 2017. Son las dictadas el 21 de febrero de 2018 (asunto C-518/15),

14 de mayo de 2019 (asunto C-55/18), 17 de marzo de 2021 (asunto C.585/19), y 15 de julio de 2021 (asunto C-742/19).

Se presta primeramente atención al ámbito de aplicación, tanto personal como material, de la Directiva, es decir las personas a las que afecta y los sectores incluidos en aquel.

Me interesa ahora destacar como la Comunicación enfatiza, a partir de la jurisprudencia del TJUE, que la aplicabilidad de aquella no deriva del estatuto de la persona en virtud del derecho nacional, sino que dependerá “de si la persona interesada se considera «trabajador» con arreglo a la definición de trabajador de la jurisprudencia de la UE. Esta definición se basa en aspectos de sus disposiciones laborales concretas, concretamente, en si la persona realiza actividades reales y efectivas bajo la dirección y supervisión de otra persona y por una remuneración”.

Y en relación directa con la sentencia que ha sido objeto de comentario en el presente artículo, una aportación importante de la Comunicación, a mi parecer, se refiere al cómputo del descanso diario y el semanal de forma diferenciada, y así se expone con total claridad en estos términos: “Tal como se ha expuesto anteriormente, el artículo 5 de la Directiva sobre el tiempo de trabajo regula que los trabajadores disfruten, «por cada período de siete días», de un período de descanso de veinticuatro horas, a las que se añadirán las once horas de descanso diario, lo que significa que este período de once horas de descanso diario no puede restarse del período de descanso semanal.

Por tanto, esta disposición implica un período de descanso continuo de treinta y cinco horas (la negrita es mía)

Como se ha indicado previamente, este requisito es una disposición mínima. Los Estados miembros tienen libertad para establecer períodos superiores de descanso siempre que se cumpla este mínimo”.

Referencias:

1. [^] <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2023-03/cp230039es.pdf> (consulta: 30 de marzo)
2. [^] Sobre las tres primeras remito a mis artículos “A vueltas con los conceptos de “tiempo de trabajo” y “tiempo de descanso”, y las puertas abiertas que deja el TJUE a los tribunales nacionales. Notas a las sentencias de 9 de marzo de 2021 (asuntos C-580/19 y C- 344/19)” <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/07/previsible-final-de-la-saga-disfrute-de.html> (consulta: 4 de abril). “Previsible final de la saga “¿disfrute de permisos en días laborables o naturales?”. Notas a la sentencia de la AN de 6 de julio de 2020, tras la sentencia del TJUE de 4 de junio (asunto C-588/18), y recordatorio de la conflictividad jurídica anterior” <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/07/previsible-final-de-la-saga-disfrute-de.html> (consulta: 4 de abril) “Registro obligatorio de la jornada diaria de trabajo a tiempo completo. 12, 13 y 14 de mayo de 2019: Tres días que cambiarán la vida laboral de muchas empresas en España. Atención especial a la sentencia del TJUE de 14 de mayo (asunto C-55/18)” <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/05/registro-obligatorio-de-la-jornada.html> (consulta: 4 de abril) Con respecto a la cuarta, remito al artículo del magistrado Juan Martínez Moya, “Flexibilidad y limitaciones en el establecimiento de periodos de referencia para la fijación de la duración máxima del tiempo de trabajo semanal”, publicado en el núm. 2 /2019 esta

- Revista https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2019-00000000361 (consulta: 4 de abril)
3. ^ Sobre las dos primeras sentencias citadas, remito a mis artículos “Pues sí, se puede trabajar doce días seguidos (según la normativa europea) y once días (según la normativa española). Notas a la sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2017 (asunto C-306/16)” <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/11/pues-si-se-puede-trabajar-doce-dias.html> (consulta: 4 de abril) “UE. Nuevamente sobre el derecho a vacaciones. Los límites al efecto directo horizontal del art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales. Notas a la sentencia del TJUE de 19 de noviembre de 2019 (asuntos C-609/17 y C-610/17)” <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/11/ue-nuevamente-sobre-el-derecho.html> (consulta: 4 de abril)
 4. ^ https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2023.109.01.0001.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2023%3A109%3ATOC%20. (consulta: 10 de abril)
 5. ^ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=COM:2023:72:FIN> (consulta: 10 de abril)

§ 22 ¿Los servicios sanitarios prestados en residencias privadas de personas mayores computan como experiencia profesional en los procesos selectivos de personal estatutario temporal del Sistema Nacional de Salud?

María Areta Martínez

Secretaria de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

Resumen: La STS-CONT núm. 147/2023, de 8 de febrero, dictamina que los servicios sanitarios desempeñados en residencias privadas de personas mayores han de valorarse como experiencia profesional en los procesos selectivos de personal estatutario temporal del Servicio Extremeño de Salud; y ello es así porque se trata de servicios prestados en una “institución sanitaria”. La unidad de asistencia sanitaria de una residencia de la tercera edad, con independencia de su titularidad pública o privada, tiene la consideración de “institución sanitaria” porque: 1º) en ella se presta una “actividad sanitaria” en los términos del art. 2.1.d) del Real Decreto 1277/2003; y 2) es un “servicio sanitario” en los términos del art. 2.1.b) del Real Decreto 1277/2003, solo que prestado fuera de un “centro sanitario”. La STS-CONT núm. 147/2023 invita a reflexionar sobre la valoración de los servicios sanitarios prestados en una organización no sanitaria (prisión, empresa, balneario, residencia de la tercera edad, etc.) como experiencia profesional en los procesos selectivos de personal estatutario del Sistema Nacional de Salud.

Palabras clave: Bolsas de trabajo de personal estatutario temporal. Sistema Nacional de Salud. Experiencia profesional como mérito en los procesos selectivos. Actividad sanitaria en residencias privadas de personas mayores (tercera edad).

I. Introducción

Las páginas que siguen a continuación tienen por objeto comentar los Antecedentes de Hecho, los Fundamentos de Derecho y el Fallo de la STS-CONT núm. 147/2023, de 8 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:317), que resuelve el recurso de casación núm. 4455/2020 interpuesto frente a la STSJ de Extremadura-CONT núm. 66/2020, de 25 de junio (ECLI:ES:TSJEXT:2020:570), sobre valoración de los servicios sanitarios prestados para fijar el orden de prelación de los aspirantes inscritos en la Bolsa de Trabajo de personal estatutario temporal en la categoría de Enfermero/a y para Unidades de Especiales Características del Servicio Extremeño de Salud.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 147/2023, de 8 de febrero.

Tipo y número de recurso: Recurso de casación núm. 4455/2020.

ECLI:ES:TS:2023:317.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La selección de personal estatutario temporal del Sistema Nacional de Salud (SNS) suele realizarse previa constitución de una Bolsa de Trabajo (de empleo), que es única para cada categoría y, en su caso, especialidad, y tiene carácter abierto y permanente. El orden de prelación de los aspirantes inscritos en la Bolsa de Trabajo se determina por la puntuación obtenida en concurso de méritos de acuerdo con el baremo establecido en la normativa que regula el procedimiento de selección de personal estatutario temporal y en las bases de la correspondiente convocatoria. La experiencia profesional va referida a los servicios sanitarios prestados y suele ser el mérito que tiene asignada mayor puntuación en el baremo.

El 17 de enero de 2013, el Servicio Extremeño de Salud y las organizaciones sindicales CSI-F, SATSE, SIMEX y USAE suscribieron el “Pacto por el que se regulan los procedimientos de selección de personal temporal y provisión de plazas con carácter temporal en los centros, servicios y establecimientos sanitarios públicos dependientes del Servicio Extremeño de Salud” (DO Extremadura núm. 45, de 6 marzo 2013). Este Pacto ha sido modificado una vez en 2016^[1] y dos veces en 2020^[2]. En relación con el caso ahora examinado, interesan dos de sus Cláusulas:

- Cláusula Segunda. Sistemas de selección del personal estatutario temporal: la selección del personal estatutario temporal del Servicio Extremeño de Salud se realizará mediante la constitución de una Bolsa de Trabajo única por cada categoría y, en su caso, especialidad, que tendrán carácter abierto y permanente. El procedimiento de selección de los aspirantes inscritos en la Bolsa de Trabajo consiste en un concurso de méritos de acuerdo con el baremo establecido en cada convocatoria.

- Cláusula Sexta. Procedimiento de constitución de las Bolsas de Trabajo: para formar parte de una Bolsa de Trabajo, el aspirante debe reunir una serie de requisitos y solicitar su inscripción. Una vez inscrito, el orden de prelación de los aspirantes dentro de la Bolsa de Trabajo se determina por la puntuación obtenida en la valoración de determinados méritos conforme al baremo establecido. Entre los méritos puntuables figura la experiencia profesional. La Cláusula 6.4.1 del Pacto precisa los servicios que son objeto de valoración como experiencia profesional y la puntuación otorgada.

En el caso ahora examinado, la cuestión de fondo consiste en determinar si, a efectos de establecer el orden de prelación de los aspirantes inscritos en una Bolsa de Trabajo de personal estatutario temporal del Servicio Extremeño de Salud, los servicios sanitarios en residencias privadas de personas mayores puntúan como experiencia profesional por considerarse prestados en “institución sanitaria”. Se trata de clarificar si las residencias de la tercera edad tienen la consideración de “institución sanitaria” solo cuando son de titularidad pública o también cuando su naturaleza es privada. En última instancia, la cuestión pasa por determinar si la naturaleza privada de una residencia de personas mayores no impide que los servicios sanitarios que en ella se prestan estén insertos en un sistema general y organizado, como es la red pública de residencias de mayores, alcanzando la categoría de “institución sanitaria”.

IV. Posiciones de las partes

1. La parte recurrente (aspirante de la Bolsa de Trabajo)

La parte recurrente está inscrita en la Bolsa de Trabajo en la Categoría de Enfermero/a y para Unidades de Especiales Características del Servicio Extremeño de Salud. La recurrente considera que, a efectos de establecer el orden de prelación de los aspirantes inscritos en la referida Bolsa de Trabajo, debe computarse como experiencia profesional los servicios sanitarios que prestó en dos residencias privadas de personas mayores durante los periodos señalados a continuación; a saber:

- Servicios prestados en el periodo comprendido entre el 17/03/2010 y el 26/04/2010 en la Residencia para personas mayores de la Congregación religiosa "Hermanitas de los Ancianos Desamparados", sita en Astorga (León), que quedan acreditados con la aportación del contrato de trabajo y del certificado de empresa.

- Servicios prestados en el periodo comprendido entre el 11/10/2010 y el 12/03/2011 en la Residencia de Mayores "Brañuelas", perteneciente a la Asociación "Edad Dorado Mensajeros de la Paz", de Castilla y León, que quedan acreditados con la aportación del contrato de trabajo, su prórroga y renuncia.

La parte recurrente formaliza escrito de interposición de recurso de casación, en el que suplica a la Sala Tercera del TS que se dicte sentencia por la que, casando y anulando la STSJ de Extremadura-CONT recurrida, se estime plenamente el recurso en los términos expuestos.

2. La parte recurrida (Servicio Extremeño de Salud)

El Servicio Extremeño de Salud, como parte recurrida, considera que a la parte ahora recurrente no se le pueden computar los servicios prestados en dos residencias de la tercera edad por ser de titularidad privada.

El Servicio Extremeño de Salud finaliza su escrito de oposición al recurso de casación suplicando a la Sala que se dicte sentencia por la que, con desestimación del recurso, se confirme la STSJ de Extremadura-CONT núm. 66/2020 recurrida.

V. Normativa aplicable al caso

La STS-CONT núm. 147/2023 fundamenta el Fallo en la normativa vigente y en la jurisprudencia señaladas a continuación:

Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios (BOE núm. 254, de 23 octubre 2003):

- Artículo 2. Definiciones

1. A los efectos de este real decreto, se entiende por:

- a) **Centro sanitario**: conjunto organizado de medios técnicos e instalaciones en el que profesionales capacitados, por su titulación oficial o habilitación profesional, realizan básicamente actividades sanitarias con el fin de mejorar la salud de las personas. Los centros sanitarios pueden estar integrados por uno o varios servicios sanitarios, que constituyen su oferta asistencial.

- b) **Servicio sanitario**: unidad asistencial, con organización diferenciada, dotada de los recursos técnicos y de los profesionales capacitados, por su titulación oficial o habilitación profesional, para realizar actividades sanitarias específicas. Puede estar integrado en una organización cuya actividad principal puede no ser sanitaria.

- c) [...].

d) *Actividad sanitaria*: conjunto de acciones de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento o rehabilitación, dirigidas a fomentar, restaurar o mejorar la salud de las personas realizadas por profesionales sanitarios.

• Anexo I (Clasificación de centros, servicios y establecimientos sanitarios). Apartado C.3. *Servicios sanitarios integrados en una organización no sanitaria*.

• Anexo II.C.3. *Servicios sanitarios integrados en una organización no sanitaria*: servicios que realizan actividades sanitarias, pero que están integrados en organizaciones cuya principal actividad no es sanitaria (prisión, empresa, balneario, residencia de tercera edad,...).

STS-CONT núm. 1282/2022, de 13 de octubre (Recurso de casación núm. 3832/2020) (ECLI:ES:TS:2022:3614).

VI. Doctrina básica

La Sala Tercera (Contencioso-Administrativo) del TS señala que para determinar si los servicios sanitarios prestados en una residencia privada de personas mayores computan o no como experiencia profesional en el proceso selectivo de personal estatutario temporal del Servicio Extremeño de Salud:

• Hay que prestar atención a la actividad sanitaria realizada en la residencia de personas mayores, y no a la titularidad, pública o privada, de esta.

• Los servicios sanitarios prestados en una residencia de personas mayores deben computar como experiencia profesional porque se prestan en una “institución sanitaria”.

• La unidad de asistencia sanitaria constituida en una residencia de personas mayores tiene la consideración de “institución sanitaria” por las razones expuestas a continuación:

• Se configura como un “servicio sanitario” en los términos del art. 2.1.b) del Real Decreto 1277/2003; a saber: *unidad asistencial, con organización diferenciada, dotada de los recursos técnicos y de los profesionales capacitados, por su titulación oficial o habilitación profesional, para realizar actividades sanitarias específicas. Puede estar integrado en una organización cuya actividad principal puede no ser sanitaria*.

• En ella se presta una “actividad sanitaria” en los términos del art. 2.1.d) del Real Decreto 1277/2003; a saber: *conjunto de acciones de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento o rehabilitación, dirigidas a fomentar, restaurar o mejorar la salud de las personas realizadas por profesionales sanitarios*.

En definitiva, la unidad de asistencia sanitaria constituida en una residencia de personas mayores se configura como un servicio sanitario con la particularidad de que no está integrado en un centro sanitario, es decir, con la particularidad de que la actividad sanitaria se presta fuera del centro sanitario.

El propio Anexo I.C.3 del Real Decreto 1277/2003 contempla la existencia de servicios sanitarios integrados en una organización no sanitaria, que el Anexo II.C.3 define como aquellos *que realizan actividades sanitarias que están integrados en organizaciones cuya principal actividad no es sanitaria*, y a modo de ejemplo (lista abierta) cita las prisiones, las empresas, los balnearios y las residencias de la tercera edad.

VII. Parte dispositiva

La Sala Tercera (Contencioso-Administrativo) del TS, *en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución*, ha decidido:

- Estimar el recurso de casación núm. 4455/2020 interpuesto frente a la STSJ de Extremadura-CONT núm. 66/2020, de 25 de junio (ECLI:ES:TSJEXT:2020:570), que anula.

- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Servicio Extremeño de Salud contra la sentencia núm. 19/2020 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Badajoz, de 26 de febrero (ECLI:ES:JCA:2020:221).

- Sin imposición de costas.

VIII. Comentario

1. Introducción

El Sistema Nacional de Salud es el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas (art. 44.2 Ley 14/1986). El art. 84.3 de la Ley 14/1986 dispone que la selección de personal se hará por las Administraciones responsables de los servicios a que estén adscritos los diferentes efectivos. Por tanto, la selección del personal estatutario de los distintos Servicios Autonómicos de Salud se llevará a cabo conforme al procedimiento establecido por cada Comunidad Autónoma y teniendo en cuenta la normativa básica estatal en la materia. En relación con el personal estatutario temporal, el art. 33.1 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, establece los aspectos esenciales de los procedimientos de selección, que son los siguientes:

- Serán establecidos previa negociación en las mesas generales o sectoriales correspondientes.

- Se basarán en todo caso en los principios de igualdad, mérito, capacidad, competencia, publicidad y celeridad.

- Tendrán por finalidad la cobertura inmediata del puesto.

- Permitirán la máxima agilidad en la selección.

El procedimiento de selección de personal estatutario temporal del Servicio Extremeño de Salud se ajusta a lo dispuesto en el art. 33.1 del EMPE por las razones siguientes:

- Procedimiento negociado. El procedimiento ha sido negociado y acordado en el seno de la Mesa Sectorial de Sanidad; se trata del “Pacto por el que se regulan los procedimientos de selección de personal temporal y provisión de plazas con carácter temporal en los centros, servicios y establecimientos sanitarios dependientes del Servicio Extremeño de Salud”, suscrito el 17 de enero de 2013 entre el Servicio Extremeño de Salud, de una parte, las Organizaciones Sindicales (CSI-F, SATSE, SIMEX y USAE), de otra parte. Posteriormente, el Pacto ha sido posteriormente modificado en 2016 (una vez) y 2020 (dos veces).

- Principios del procedimiento. La Cláusula Primera del Pacto de 17 de enero de 2013 señala expresamente que la selección de personal estatutario temporal se llevará a cabo de conformidad con los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y competencia en el acceso al empleo público.

- Procedimiento ágil de selección e inmediata cobertura del puesto. El procedimiento cuenta con un instrumento que permite la máxima agilidad en la selección de personal estatutario temporal y la inmediata cobertura del puesto, que es la constitución de Bolsas de Trabajo para cada categoría y, en su caso, especialidad.

2. Los servicios sanitarios prestados en organizaciones no sanitarias

Uno de los méritos que se toman en cuenta para fijar el orden de prelación de aspirantes en las Bolsas de Trabajo del personal estatutario temporal del Servicio Extremeño de Salud es la experiencia profesional, referida a los servicios prestados.

Concretamente, este mérito se valora con un máximo de 55 puntos, sobre un total de 100 puntos. Por tanto, la experiencia profesional representa el 55 % de la puntuación total que el aspirante puede obtener.

La Cláusula 6.4.1 del Pacto de 17 de enero de 2013 precisa los servicios que son objeto de valoración como experiencia profesional y la puntuación otorgada; a saber:

- Los servicios prestados en Instituciones Sanitarias Públicas del Sistema Nacional de Salud o de los países miembros de la Unión Europea en plazas de la misma categoría y, en su caso, especialidad a la que se opte, o bien los servicios prestados, bajo otro régimen jurídico, en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, dentro del Cuerpo, Escala, Categoría o Especialidad equivalente, de conformidad con la tabla de homologación que figura como Anexo II al Decreto 203/2006, de 28 de noviembre, por el que se establecen los procedimientos para la integración del personal funcionario y laboral en el régimen de personal estatutario de los Servicios de Salud^[3]. Los servicios prestados se valorarán con 0,25 puntos por mes trabajado. Los días restantes que no completen un mes se valorarán a 0,0083 puntos por día.

- Los servicios prestados en Instituciones Sanitarias Públicas en categoría estatutaria distinta a la que se opta y, en su caso, especialidad del Sistema Nacional de Salud o de países miembros de la Unión Europea se valorarán con 0,10 puntos por mes trabajado. Los días restantes que no completen un mes se valorarán a 0,0033 puntos por día. Los servicios prestados en las categorías sanitarias de Médico/a de Atención Continuada, Enfermero/a de Atención Continuada, Médico/a de Urgencia de Atención Primaria y de Enfermero/a de Urgencias de Atención Primaria se valorarán con 0,15 puntos por mes trabajado para cuando se opte a plazas de Categorías equivalentes de Médico de Familia de EAP y de Enfermero, y viceversa. En ambos casos los días restantes que no completen un mes se valorarán a 0,005 puntos por día.

- Los servicios prestados en plazas de la misma categoría y, en su caso, especialidad a la que se opte en Hospitales Generales, Hospitales Especiales y Hospitales de Media y Larga Estancia incluidos en el apartado de Centros Privados del Registro de Centros, Establecimientos y Servicios Sanitarios de Extremadura. Los servicios se valorarán con 0,10 puntos por mes trabajado. Los días restantes que no completen un mes se valorarán a 0,0033 puntos por día.

- Los servicios prestados en otras Administraciones Públicas, en plaza de la misma categoría y, en su caso, especialidad o en plaza equivalente de otro régimen jurídico a la que se opte. Los servicios prestados se valorarán con 0,20 puntos por mes trabajado. Los días restantes que no completen un mes se valorarán a 0,0067 puntos por día.

- Los periodos de tiempo en los que se haya disfrutado de beca de investigación oficial o de contrato de investigación en el Sistema Nacional de Salud o de las Instituciones Sanitarias públicas de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo, siempre que esas actividades de investigación estén relacionadas con la categoría y, en su caso, especialidad a la que se opta. Se valorarán con 0,15 puntos por mes trabajado. Los días restantes que no completen un mes se valorarán a 0,005 puntos por día.

Mediante Resolución de 23 de septiembre de 2014, la Dirección Gerencia del Servicio Extremeño de Salud convoca la constitución de una Bolsa de Trabajo de personal estatutario temporal en la categoría de Enfermero/a y para Unidades de Especiales Características (DO Extremadura núm. 191, de 3 octubre 2014). El proceso selectivo para formar parte de la referida Bolsa de Trabajo consiste en un concurso de méritos de acuerdo con el baremo establecido en la Base 4 de la convocatoria. A tal efecto, la valoración de la experiencia profesional se corresponde exactamente con lo dispuesto en la Cláusula 6.4.1 del Pacto de 17 de enero de 2013. La parte que ahora recurre en casación participa en esta convocatoria y reclama que los servicios

sanitarios que prestó en dos residencias privadas de personas mayores computen como experiencia profesional.

Ciertamente, no hay inconveniente en afirmar, como hace la STS-CONT núm. 147/2023, que la unidad de asistencia sanitaria de una residencia de personas mayores, con independencia de su titularidad pública o privada, alcanza la categoría de "institución sanitaria"; y ello es así porque es un servicio sanitario que presta una actividad sanitaria, con la sola particularidad de que se inserta en una organización no sanitaria, es decir, fuera de un centro sanitario.

No obstante, tanto la Cláusula 6.4.1 del Pacto de 17 de enero de 2013 como la Base 4.1.1 de la convocatoria realizada en 2014, al referirse a los servicios que se valoran (puntuán), no se limitan a indicar los prestados en "instituciones sanitarias", sin más, sino en "instituciones sanitarias públicas del SNS". La STS-CONT núm. 147/2023 deja claro que los servicios sanitarios integrados en una organización no sanitaria tienen, con independencia de su titularidad pública o privada, la categoría de servicios prestados en una "institución sanitaria". Sin embargo, el TS no analiza la exigencia de que los servicios se hayan prestado en una institución sanitaria pública del SNS, y no lo hace por los términos en los que se ha planteado el recurso de casación. Concretamente:

- La cuestión de interés casacional no es si los servicios prestados en residencias privadas de personas mayores tienen la consideración de servicios prestados en instituciones sanitarias públicas del SNS.

- La cuestión de interés casacional consiste en determinar si los servicios sanitarios prestados en residencias de mayores solo pueden alcanzar la categoría de "instituciones sanitarias" cuando las residencias son de titularidad pública o también cuando son de naturaleza privada.

Más allá de los términos en los que se ha planteado en este caso el debate casacional y el criterio adoptado al respecto por la STS-CONT núm. 147/2023, resulta conveniente recordar que tanto el Pacto de 17 de enero de 2013 como las diversas convocatorias de Bolsas de Trabajo para la selección de personal estatutario temporal en el Servicio Extremeño de Salud no se limitan a valorar los servicios prestados en "instituciones sanitarias", sino los prestados en "instituciones sanitarias públicas del SNS".

No hay duda de que, a los efectos de valoración de la experiencia profesional y por las razones jurídicas expuestas más arriba, una residencia de personas mayores, con independencia de su titularidad pública o privada, puede reputarse como "institución sanitaria" cuando cuenta con un "servicio sanitario" que presta asistencia sanitaria. La cuestión pasa ahora por determinar si dicha residencia puede reputarse "institución sanitaria del SNS". La STS-CONT núm. 1765/2018, de 12 de diciembre (Recurso de casación núm. 622/2016) (ECLI:ES:TS:2018:4183), señaló que: 1) desde un punto de vista orgánico, esa residencia no se integra en la red de instituciones sanitarias del SNS, conformada por áreas de salud, zonas básicas, más los centros y servicios incardinados en los mismos; y 2), desde un punto de vista prestacional, la asistencia sanitaria que presta esa residencia no forma parte de la cartera de servicios comunes del SNS (Real Decreto 1030/2006), y tampoco hay constancia de que forme parte de la cartera de servicios complementaria del correspondiente Servicio Autonómico de Salud. Aun admitiendo tales consideraciones, hay dos aspectos que, tal vez, sea oportuno tener en cuenta para computar como experiencia profesional los servicios sanitarios prestados en residencias privadas de personas mayores y que no están presentes en otras organizaciones no sanitarias que también realizan actividades sanitarias. Se trata de dos aspectos que ponen de manifiesto la relación directa de la asistencia sanitaria dispensada por una residencia de personas mayores y por las instituciones sanitarias del SNS; y son los siguientes:

- **Primer aspecto. La asistencia sociosanitaria prestada en una residencia de personas mayores, ya sea de titularidad pública o privada, se enmarca dentro**

del Sistema Público de Servicios Sociales, y en muchos casos es continuación de la prestada en SNS. El caso más claro va referido a personas mayores con enfermedades crónicas que, tras el alta médica en el SNS, continúan recibiendo la asistencia sanitaria en la residencia. También tiene aquí cabida el caso de las residencias que cuentan con un número de plazas destinadas a personas mayores dependientes que necesariamente precisan de asistencia sanitaria, siendo esta dispensada por las propias residencias.

• **Segundo aspecto. La necesaria coordinación, prevista legalmente, entre la asistencia sociosanitaria dispensada en una residencia de personas mayores y por el SNS.** Las leyes autonómicas de servicios sociales contemplan la necesaria coordinación entre el Sistema Público de Servicios Sociales y los demás sistemas públicos de protección social, entre los que se incluye expresamente el sanitario. Sobre la estrecha relación entre la asistencia sociosanitaria que dispensa una residencia de personas mayores y el SNS da buena cuenta la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS). El art. 7.1. párrafo 21 de la LCCSNS incluye la atención sociosanitaria dentro del catálogo de prestaciones del SNS. *La atención sociosanitaria comprende el conjunto de cuidados destinados a aquellos enfermos, generalmente crónicos, que por sus especiales características pueden beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones o sufrimientos y facilitar su reinserción social.* En el ámbito sanitario, la atención sociosanitaria se llevará a cabo en los niveles de atención que cada comunidad autónoma determine (art. 14.1 LCCSNS). En lo que aquí interesa, hay que destacar que la atención sociosanitaria no se dispensa únicamente en el ámbito sanitario, sino también en el ámbito de los servicios sociales. Así, el art. 14.3 de la Ley 16/2003 dispone que *La continuidad del servicio será garantizada por los servicios sanitarios y sociales a través de la adecuada coordinación entre las Administraciones públicas correspondientes.*

IX. Apunte final

Llegados a este punto, y a modo de apunte final, conviene destacar que la normativa reguladora de los procesos selectivos de personal estatutario temporal de los distintos Servicios Autonómicos de Salud no coincide plenamente. Aunque la normativa de todas las Comunidades Autónomas contempla la experiencia profesional como mérito, existen diferencias en los criterios para valorarla, la puntuación asignada o el modo de acreditarla. Por ello, parece oportuno analizar si el criterio adoptado por la STS-CONT núm. 147/2023 para valorar como experiencia profesional los servicios sanitarios prestados en residencias privadas de personas mayores queda circunscrito al ámbito del Servicio Extremeño de Salud o resulta extensible a los procesos selectivos de personal estatutario temporal de los Servicios de Salud de las demás Comunidades Autónomas. Nótese que la precedente STS-CONT núm. 1282/2022 adopta el mismo criterio que la STS-CONT núm. 147/2023, que también va referido al Servicio Extremeño de Salud. Todo apunta a que habrá que estar a los términos en los que los procedimientos selectivos de personal estatutario de otras Comunidades Autónomas valoran la experiencia profesional. No parece que haya inconveniente en extender a los Servicios de Salud de otras Comunidades Autónomas el criterio adoptado por el TS para el Servicio Extremeño de Salud cuando la normativa de aquellas coincida con la extremeña al valorar los servicios sanitarios prestados en instituciones sanitarias.

Referencias:

1. ^ *Vid., Resolución de 21 de abril de 2016, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la publicación del “Pacto de 13 de abril de*

2016, por el que se modifica el Pacto de 17 de enero de 2013 por el que se regulan los procedimientos de selección de personal temporal y provisión de plazas con carácter temporal en los centros, servicios y establecimientos sanitarios públicos dependientes del Servicio Extremeño de Salud” (DO Extremadura núm. 94, de 18 mayo 2016). La modificación alcanzó a las Cláusulas Quinta, Sexta, Decimotercera, Decimocuarta y Decimoquinta.

2. [^] Vid., Resolución de 2 de junio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la publicación del “Pacto de 13 de febrero de 2020, que modifica el Pacto de 17 de enero de 2013 por el que se regulan los procedimientos de selección de personal temporal y provisión de plazas con carácter temporal en los centros, servicios y establecimientos sanitarios públicos dependientes del Servicio Extremeño de Salud” (DO Extremadura núm. 108, de 5 junio 2020). La modificación alcanzó a las Cláusulas Sexta y Novena. Vid., Resolución de 16 de octubre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la publicación del “Pacto de 30 de septiembre de 2020, que modifica el Pacto de 17 de enero de 2013 por el que se regulan los procedimientos de selección de personal temporal y provisión de plazas con carácter temporal en los centros, servicios y establecimientos sanitarios públicos dependientes del Servicio Extremeño de Salud” (DO Extremadura núm. 208, de 27 octubre 2020). La modificación alcanzó a las Cláusulas Novena y Décima.
3. [^] DO Extremadura núm. 142, de 5 diciembre 2006; Corr. Err., DO Extremadura núm. 21, de 20 febrero 2007.

§ 23 Sobre el modo de impugnar los servicios mínimos y sus lesivas consecuencias.

Antonio V. Sempere Navarro

Director de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Universidad (s.e.)

Resumen: Se discute sobre la jurisdicción competente (social o contenciosa) para impugnar los servicios mínimos fijados por la Autoridad Gubernativa. La sentencia comentada sienta dos grandes principios: 1º) Cuando se impugnen los servicios mínimos, impuestos por la autoridad gubernativa, la competencia para conocer el litigio corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. 2º) Cuando se cuestiona un comportamiento empresarial, relacionado con la ejecución de los servicios mínimos, el conocimiento del litigio corresponde a la jurisdicción social. A su vez, esa dualidad jurisdiccional conduce a que el plazo de prescripción para reclamar en el orden social no puede activarse hasta la firmeza de la sentencia contenciosa.

Palabras clave: Servicios mínimos. Competencia jurisdiccional. Huelga.

Abstract: The competent jurisdiction (social or contentious) to challenge the minimum services set by the Government Authority is discussed. The commented sentence establishes two main principles: 1º) When the minimum services imposed by the governmental authority are challenged, the competence to hear the dispute corresponds to the contentious-administrative jurisdictional order. 2º) When a business behavior is questioned, related to the execution of the minimum services, the knowledge of the litigation corresponds to the social jurisdiction. At the same time, this jurisdictional duality leads to the fact that the statute of limitations to claim in the social order cannot be activated until the finality of the contentious sentence.

Keywords: Minimum services. Jurisdictional jurisdiction. Strike.

I. Introducción

Aunque el art. 117.3 CE residencia el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, a los que corresponde, con carácter exclusivo, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos - atribución que reitera la LOPJ en su art. 2º.1-, la Administración laboral (sea estatal o autonómica) conserva todavía algunas facultades residuales de carácter "cuasi-jurisdiccional"^[1] o "arbitral", es decir, actuaciones por medio de las cuales resuelve conflictos jurídicos *inter privados*^[2]. Desaparecida la potestad antaño reconocida a los órganos administrativos laborales para el conocimiento de los litigios sobre clasificación profesional -competencia actualmente asumida por la jurisdicción social (art. 137 LRJS)-, a esta modalidad de intervención administrativa responde la adopción de las decisiones necesarias para garantizar que el ejercicio del derecho de huelga

respetar los servicios esenciales para la comunidad, tal y como exige el artículo 28.2 CE.

Sobre ese trasfondo recae la sentencia ahora comentada. Una vez convocada huelga (en el ámbito de empresa privada), la Administración decide establecer límites a la misma, de forma que una parte del personal potencialmente afectado por esa acción conflictiva ha de permanecer prestando su actividad laboral, precisamente, a fin de evitar graves daños a otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos.

El problema ahora surgido se produce porque determinado sindicato, en representación de personas afectadas por el establecimiento de los servicios mínimos, impugna la decisión adoptada por la Administración. ¿Cuál es la jurisdicción competente para ello? ¿Por qué? ¿Es la misma que si se desea cuestionar las decisiones empresariales que la apliquen? ¿Es posible reclamar daños y perjuicios derivados de haber prestado actividad, con sacrificio del derecho de huelga, una vez que se conozca que los mismos eran abusivos? ¿Dónde puede reclamarse a la Administración por la vulneración del derecho de huelga padecida?

La STS-CONT 199/2023 constituye ocasión adecuada para revisar estos temas, en parte afrontados por ella. Vaya por delante que la ausencia de una Ley postconstitucional sobre el derecho de huelga ha conferido importancia enorme a su delimitación jurisprudencial. También vale la pena reseñar el esfuerzo de esta sentencia para concordar su posición con la mantenida tanto por la Sala Cuarta del mismo Tribunal Supremo cuanto por alguna decisión de su Sala especial de Conflictos de Competencia^[3].

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sección Cuarta de la Sala Tercera (De lo Contencioso-Administrativo) del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia núm. 199/2023, de 16 febrero.

Tipo y número de recurso: Recurso de casación núm. 7222/2020.

ECLI:ES:TS:2023:510

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. Celsa Picó Lorenzo.

Votos Particulares: carece.

III. Problemas suscitados. Hechos y antecedentes

La sentencia glosada surge en el marco de un procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, en concreto cuestionando la decisión adoptada por el Govern de la Generalitat de Catalunya por la que se establecen servicios mínimos respecto de huelga convocada en empresa de seguridad.

1. La Orden Autonómica impugnada

A) El Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya de 16 de julio de 2019 publica la Orden del Departamento de Trabajo, Asuntos Sociales y Familia TSF/140/2019, de 15 julio, "por la que se garantizan los servicios de seguridad privada declarados esenciales que presta la empresa Ombuds Seguridad, SA, en Catalunya". Se dicta ante las convocatorias de huelga indefinida presentadas por el sindicato "ADN Sindical Seguridad y Servicios de Catalunya" y por el sindicato Asociación Profesional de Seguridad y Servicios de Tarragona (APSS-T)^[4].

Su artículo 1º dispone que la huelga convocada se condiciona al mantenimiento de los servicios mínimos que indica por cada turno de trabajo: el 75% del servicio habitual

en relación a las actividades de transportes públicos (puertos, ferrocarriles etc.), así como idéntico porcentaje en relación a las actividades en centros y sedes de medios de comunicación social.

BI Disconforme con el tenor de la referida Orden, el sindicato ADN activó el procedimiento de tutela de derechos fundamentales y la impugnó ante la Sala de lo Contencioso del TSJ de Cataluña.

2. Autos del TSJ de Cataluña

A) Mediante Auto de 14 de noviembre de 2019 la Sala del TSJ (Sección Tercera) inadmite el recurso por falta de jurisdicción a favor del orden jurisdiccional social, al que se acuerda remitir las actuaciones

Considera que el artículo 2.f de la LRJS atribuye a ese orden el conocimiento a las actuaciones de las Administraciones públicas de exclusiva aplicación sobre personal laboral. Por el contrario, la LRJS remite a la Jurisdicción Contenciosa el conocimiento de las pretensiones de tutela de los derechos de libertad sindical y del derecho de huelga relativa a los funcionarios públicos y personal asimilado.

B) El posterior Auto de 8 de febrero de 2020 desestima el recurso de reposición interpuesto por la Generalitat y reitera las líneas argumentales avanzadas.

3. Auto de la Sala de Admisiones

Disconforme con esa remisión al orden social, la Generalitat de Cataluña interpuso el recurso de casación ahora resuelto.

Mediante Auto de 6 de julio de 2022 la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo admite a trámite el recurso y precisa la cuestión que posee interés casacional: determinar la jurisdicción competente (social o contencioso-administrativa) para conocer de las órdenes de servicios mínimos o esenciales de la comunidad en caso de huelga^[5].

Al tiempo, identifica como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 2.f) y 3.d) de la LRJS.

IV. Posición de las partes

1. La Administración Autonómica

La Generalitat recurrente sostiene que el Auto impugnado vulnera el art. 3.d) LRJS, a los efectos de delimitar correctamente la extensión de dicha jurisdicción con relación a las cuestiones litigiosas relativas al derecho de huelga.

Recalca que la Sala de instancia ha cambiado el criterio hasta ahora seguido sobre la jurisdicción competente para conocer de las órdenes de servicios mínimos cuando resultaba pacífico que la fijación de servicios mínimos era una actividad administrativa, cuyo control corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Invoca en favor de su posición diversas resoluciones de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, de la Sala Cuarta y de la propia Sala Tercera.

2. El Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal considera que la competencia es del orden contencioso y se inclina por la estimación del recurso de casación interpuesto, declarándose nulo el Auto recurrido, con devolución de las actuaciones al Tribunal de procedencia para que, con libertad de criterio, resuelva el asunto que ha sido sometido a su consideración.

Pone de relieve que el objeto del recurso es una resolución de la Administración competente (el Departamento de Trabajo, Asuntos Sociales y Familia de la Generalidad de Cataluña) que, ante una convocatoria de huelga, establece servicios mínimos a cubrir por el personal de seguridad de una empresa privada en las

actividades de transporte público (puertos, ferrocarriles, etc.) y medios de comunicación social. Motiva al respecto haciendo referencia a la naturaleza de los servicios de seguridad privada, su relación con determinados servicios esenciales y sus instalaciones y, por añadidura, la especial situación de alerta antiterrorista en el momento de los hechos.

Subraya que el artículo 3.d) de la LJRJS tiene un objeto administrativo inequívoco: exclusión del conocimiento del orden jurisdiccional social, como claro es que las órdenes de servicios mínimos o esenciales de la comunidad a las que se está refiriendo la cuestión casacional son esas "*disposiciones*" que menciona el precepto.

V. Normativa aplicable al caso

1. Constitución Española

El artículo 28.2 CE, relativo al derecho de huelga, establece que "*la Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*".

2. Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo

El art. 10.II del RDL 17/1977, de 4 marzo, sobre Relaciones de Trabajo, en concordancia con el art. 28. 2 de la Constitución, relativo al derecho de huelga, establece que "*la Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*".

Eso significa que atribuye a la autoridad gubernativa la posibilidad de establecer, entre otras medidas que aseguren el mantenimiento de los servicios esenciales en caso de huelga, los servicios mínimos que se consideren indispensables para permitir la satisfacción, bien que incompleta o anormal, de los derechos y/o bienes constitucionales que los ciudadanos reciben con tales servicios, pudiendo a tal efecto limitarse el derecho de huelga de determinados trabajadores cuya prestación laboral resulta debida en orden al cumplimiento de tales mínimos de actividad^[6].

3. Ley Reguladora de la Jurisdicción Social

El artículo 2º LRJS dispone que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan "Sobre tutela de los derechos de libertad sindical, huelga y demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de la discriminación y el acoso, contra el empresario o terceros vinculados a éste por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios; sobre las reclamaciones en materia de libertad sindical y de derecho de huelga frente a actuaciones de las Administraciones públicas referidas exclusivamente al personal laboral; sobre las controversias entre dos o más sindicatos, o entre éstos y las asociaciones empresariales, siempre que el litigio verse sobre cuestiones objeto de la competencia del orden jurisdiccional social, incluida en todos los supuestos de este apartado la responsabilidad por daños; y sobre las demás actuaciones previstas en la presente Ley conforme al apartado 4 del artículo 117 de la Constitución Española en garantía de cualquier derecho".

Por otro lado, el artículo 3.d) LRJS excluye del conocimiento por los órganos del referido orden social las disposiciones que establezcan las garantías tendentes a asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga y, en su caso, de los servicios o dependencias y los porcentajes mínimos de personal necesarios a tal fin, sin perjuicio de la competencia del orden social para conocer de las impugnaciones exclusivamente referidas a los actos de designación concreta del personal laboral incluido en dichos mínimos, así como para el conocimiento de los restantes actos dictados por la autoridad laboral en situaciones de conflicto laboral conforme al Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo.

4. Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa

El artículo 2.º de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), dispone que ésta será competente para conocer sobre: a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos.

El procedimiento de tutela de derechos fundamentales en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo se regula en los arts. 114 y siguientes, de manera que, de considerarse que una resolución administrativa ha vulnerado el derecho de huelga, cabe su conocimiento por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, quien resolverá, así mismo, sobre las indemnizaciones que fueran procedentes.

VI. Doctrina básica

La sentencia comentada se basa en lo previamente establecido por las resoluciones que cita el recurso.

1. Auto 3/1994 de la Sala de Conflictos de competencia

Es pertinente el Auto 3/1994, de 28 de marzo, pronunciado por la Sala de Conflictos de Competencia resolviendo un conflicto de competencia negativa entre los órdenes social y contencioso-administrativo en materia de impugnación de resoluciones sobre servicios mínimos de un servicio público hospitalario en caso de huelga. En su fundamento Cuarto entiende que los destinatarios de la resolución impugnada no son los trabajadores en huelga sino los usuarios del servicio público que se presta.

2. STS-SOC 12 marzo 1997 (RCUD 3182/1996)

La STS 12 marzo 1997 (rcud. 3182/96) posee especial relevancia, porque se dicta en procedimiento de casación unificadora. Conforme a su doctrina, no es competente el orden judicial social sino el contencioso-administrativo para valorar la corrección de la actuación administrativa fijando los servicios mínimos durante una huelga y declarar si son abusivos y atentatorios contra el derecho fundamental de huelga, a efectos de ordenar la variación de su contenido u ordenar el cese de las medidas adoptadas gubernativamente y fijar una posible indemnización.

Tras pasar revista a los presupuestos que la jurisprudencia constitucional y ordinaria han venido estableciendo en materia de fijación de los servicios mínimos por parte de las AA.PP.^[7], con una finalidad didáctica a la par que propedéutica de la solución ofrecida a renglón seguido al específico problema litigioso precisado de unificación doctrinal, concluye que cuando la autoridad gubernativa fija tales servicios actúa con la pretensión de servir con objetividad los intereses generales de la comunidad, procurando equilibrar los sacrificios mutuos que han de experimentar los derechos y bienes constitucionales en liza (el de huelga y el de funcionamiento de las referidas actividades esenciales). Por tanto, el control de legalidad que eventualmente lleven a cabo los tribunales recaerá sobre una materia esencialmente administrativa aunque de la misma se derive una limitación a un derecho prioritariamente social, cual el derecho fundamental de huelga, de ahí que su conocimiento quede atribuido al orden judicial contencioso-administrativo (arts. 9.º. 4 y 5 LOPJ; 1.º,3,a) y b) LPL y 1.º.1 LRJCA de 27.12.1956).

No obsta a la proclamada exclusión del orden jurisdiccional social el que no se haya impugnado directamente la nulidad del acto administrativo estableciente de los servicios mínimos, sino que se haya planteado el enjuiciamiento del cumplimiento de los presupuestos exigibles a la actuación de la autoridad gubernativa que los señaló, a los efectos de pretender desgajar entre la jurisdicción laboral y la contencioso-administrativa el conocimiento de una y otra cuestión. Tal disociación resulta conceptual y lógicamente inviable, pues aunque sólo se juzgara aisladamente la

conurrencia de los referidos presupuestos, se estaría realmente decidiendo sobre la adecuación a la legalidad del proceder administrativo al fijar los servicios mínimos para el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga, cuyo funcionamiento es de interés general, y no sobre un conflicto que afectara exclusivamente al interés de empresas y trabajadores relacionados con la huelga cuyas condiciones de ejercicio se cuestionan^[8].

VII. Parte dispositiva

Tras haber expuesto los argumentos indicados, la sentencia concluye estimando el recurso de casación interpuesto por la Generalitat.

Por tanto, anula los Autos de la Sala de lo Contencioso del TSJ de Cataluña, con devolución de las actuaciones, para que resuelva el asunto sometido a su consideración.

En cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 93 y 139 LJCA, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

VIII. Pasajes decisivos

El conciso Fundamento de Derecho Sexto contiene la respuesta a la cuestión de interés casacional, que formula del siguiente modo:

Se fija como doctrina que la jurisdicción competente para conocer de las órdenes de servicios mínimos o esenciales de la comunidad en caso de huelga es la contencioso administrativa.

IX. Comentario

Desde la perspectiva que ahora interesa, el examen de esta resolución judicial sirve para traer a colación algunos criterios sobre los límites al derecho de huelga como consecuencia de la necesidad de preservar otros derechos fundamentales y libertades públicas.

1. Los servicios esenciales de la comunidad

Además de reconocer el derecho de huelga, el art. 28.2 Const. se preocupa de disponer que la ley que regule el ejercicio de este derecho habrá de establecer como contenido necesario las «garantías precisas» para que se mantengan los «servicios esenciales» de la comunidad^[9]. Estos servicios —que no tienen por qué coincidir necesariamente con los servicios públicos (TC 53/1986, de 5.5)— son aquellos sin los cuales peligraría la vida, la salud y la seguridad (CLS, Informes 338, caso 2326, y 1329, caso 2195, etc.); dicho de otro modo, son los servicios destinados a satisfacer derechos fundamentales y bienes protegidos constitucionalmente (TC 17.7.1981; 51/1986, de 24.4; 53/1986, de 5.5; 27/1989, de 3.2; 43/1990, de 15.3), «que priman sobre el derecho de huelga» (TC 123/1990, de 2.7). El Comité de Libertad Sindical considera servicios esenciales los hospitalarios, abastecimiento de agua y electricidad, teléfonos, policía, bomberos, etc.

El rasgo característico de la huelga en servicios esenciales es el afectar, más allá del empresario (su natural destinatario), al público usuario del servicio, «en cuyas manos no está atender las demandas laborales» (AN/SOC 31.3.1990).

En todo caso, las «garantías precisas» para que esos servicios puedan mantenerse serán de tal naturaleza que no supongan, salvo casos muy excepcionales, la supresión lisa y llana del derecho a la huelga^[10].

El procedimiento típico de fijación y puesta en práctica de los servicios esenciales que la huelga debe respetar se ajusta a las siguientes fases:

A) En primer término, la autoridad gubernativa^[11] (a la que alude el art. 10 DLRT, así como TC 51/1986, de 24.4, que habla de «instancia pública imparcial») determina por Decreto los servicios que considera esenciales en el ámbito de la huelga, y fija los criterios para establecer los «servicios mínimos», que han de estar justificados y ser proporcionados (TS/CA 11.5.2007, 6.3.2009, 12.6.2013 y 1.10.2014, entre otras muchas) servicios que la huelga debe respetar^[12]. La doctrina ha resaltado la «práctica viciosa» de las Administraciones Públicas al fijar servicios mínimos excesivos.

B) En segundo término, el propio Decreto de servicios mínimos encomienda a la dirección de las empresas afectadas la especificación o porcentaje, mediante resolución motivada, de tales servicios. Tal concreción puede ir precedida de negociaciones entre empresarios y comités de huelga, que, sin embargo, no vinculan a la autoridad gubernativa.

C) En tercer lugar, el Decreto atribuye la designación de los singulares trabajadores que han de mantener los servicios mínimos a la dirección de las empresas afectadas, que puede nombrar incluso a trabajadores huelguistas o miembros activos del sindicato declarante de la huelga, siempre que la decisión patronal no sea arbitraria (TC 123/1990, de 2.7, y 14.3.2016). Esta misma jurisprudencia establece la doctrina de que el trabajador designado para cumplir un servicio mínimo no está facultado para enjuiciar la legalidad de las medidas gubernativas y empresariales que impongan tal servicio, pues ello «generaría un riesgo de inseguridad y aleatoriedad en el cumplimiento de los servicios esenciales».

2. Otras sentencias de la Sala Cuarta

A) La STS 19 diciembre 2011 (rec. 218/2010) examina impugnación de la Resolución de la Secretaría de Estado de la Función Pública relativa a la fijación de servicios mínimos en relación a la huelga convocada en el Instituto Cervantes.

Aplica doctrina previa y declara la incompetencia del orden jurisdiccional social, no sólo con fundamento en estrictos defectos procedimentales sino que también con tal fin deben controlar su regularidad en orden al cumplimiento de los presupuestos esenciales del contenido del acto por parte de la autoridad gubernativa, como son los relativos a la necesidad de las medidas, su acomodación constitucional, adecuación o proporcionalidad, su motivación o fundamentación y su neutralidad e imparcialidad.

B) La STS 929/2017 de 27 noviembre (rec. 1/2017) afronta supuesto en el que el sindicato actor denuncia que la empresa demandada (Atento Teleservicios SA) vulnera los derechos fundamentales a la huelga y a la libertad sindical. Consta que, convocada huelga en el ámbito empresarial por el sindicato actor, por orden de la autoridad laboral de 11 julio 2014 se estableció que debería prestar servicios mínimos el personal necesario para atender las comunicaciones telefónicas de todo tipo de urgencias y emergencias. Y en el día de huelga prestaron servicios los mismos trabajadores que un día normal de trabajo.

La sentencia de instancia declara la nulidad radical de la conducta empresarial por vulneración del derecho a la huelga de los trabajadores y condena a la empresa a abonar una indemnización de 6.251 €. Considera que lo impugnado no es la Orden fijando servicios mínimos, sino su interpretación por parte de la empresa, cuestión que sí puede ser abordada por el orden social. Esa conducta empresarial vulnera los derechos fundamentales invocados por el sindicato, al haberse fijado unos servicios mínimos del 100%.

C) La STS 1092/2021 de 4 noviembre (rec. 129/2021) reitera que no le corresponde al orden social conocer la impugnación de las resoluciones gubernativas que fijan servicios mínimos para una huelga cuando la controversia versa sobre la legalidad de dichas resoluciones, y no sobre el ejercicio del del derecho de huelga de la Confederación General del Trabajo (CGT).

La clave del asunto estuvo en la clarificación de si el objeto de la demanda de conflicto colectivo, promovida por CGT-A, tiene objetivamente por finalidad la nulidad de las resoluciones, que fijaron los servicios mínimos en la huelga general de 2020, o de una conducta empresarial.

D) La STS 13/2020 de 13 enero (rec. 138/2018) admite la competencia del orden social en reclamaciones sobre vulneración del derecho de huelga por la sustitución de trabajadores huelguistas por otros que ocasionalmente suplen al trabajador huelguista^[13].

E) La STS 1007/2021 de 13 octubre (rcud. 4919/2018) admite la competencia del orden social en la reclamación por vulneración del derecho de huelga presentada tras haber sido declarada ilegal la fijación de servicios mínimos a cuyo amparo los demandantes fueron designados para cumplirlos.

3. La incidencia de la LRJS

La distribución competencial ha variado tras la entrada en vigor de la LRJS, pero debe partirse de la clara distinción que ya hacía la jurisprudencia previa, razón por la que existe continuidad en la cuestión ahora debatida. Por tanto, debe diferenciarse:

a) Actuaciones de la Administración pública "realizadas en el ejercicio de sus potestades y funcione " en materia laboral, sindical y de seguridad social, las que como regla, tratándose de actos singulares o plurales (no de disposiciones generales o asimilados) de su impugnación conoce, como regla, el orden social, con excepciones (en especial en materia de actos de la TGSS) a favor del orden contencioso-administrativo en especial "siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional".

b) Actos o decisiones de la Administración pública empleadora respecto de los trabajadores a su servicio de cuya impugnación conoce siempre el orden social, si bien cuando tales afectos afectaren conjuntamente al personal laboral y al funcional y/o estatutario, la LRJS ha optado por atribuir el conocimiento de la impugnación de tales actos en materia laboral o sindical (materia de derechos de libertad sindical y huelga, pactos o acuerdos ex EBEP o laudos arbitrales sustitutivos) al orden contencioso-administrativo, salvo en materia de prevención de riesgos laborales en que la competencia del orden social es plena.

4. La interacción de los órdenes jurisdiccionales

La recién citada STS 1007/2021 de 13 octubre (rcud. 4919/2018) es buen ejemplo de la repercusión práctica que deriva de esa dualidad jurisdiccional a la hora de examinar os eventuales excesos al hilo de la fijación de servicios mínimos. Allí reclaman (daños y perjuicios; por vulneración del derecho de huelga) unos trabajadores a los que se impuso la realización de servicios mínimos durante una huelga, con fundamento en una resolución anulada por sentencia del orden contencioso.

La sentencia concluye que la mera prestación de servicios como consecuencia de que exista una fijación de servicios mínimos y se consideren abusivos puede desencadenar una reclamación por parte de quien considere que se está vulnerando su derecho de huelga^[14]. Cabe que la persona en cuestión considere que su designación es arbitraria, que se está excediendo lo exigido por la autoridad gubernativa o que concurre cualquier otro tipo de anomalía. Ahora bien, si se entiende que la propia Resolución de la Autoridad competente (la Secretaría de Estado en el caso) es la que produce la vulneración del derecho de huelga y se ha entablado una acción para cuestionar su validez es razonable pensar que solo cuando se despeja la incógnita de referencia existe un cabal conocimiento de la situación^[15].

X. Apunte final

Afortunadamente, la sentencia glosada hace un esfuerzo por alinearse con los previos criterios de la Sala Cuarta^[16], pero eso no basta para pensar que la ausencia de una regulación armónica sobre el derecho de huelga aboca a situaciones procesalmente poco deseables. Que la vulneración del derecho de huelga surja cuando la sentencia del orden contencioso anula la Resolución que los fija no impide que haya de accionarse ante el orden social; pero que en tal caso la empresa sea la responsable de la vulneración resulta discutible; como también es cuestionable que pueda demandarse no solo al empleador sino también a la Autoridad que provocó el daño.

Tampoco queda claro quién sufre el perjuicio (convocantes de la huelga, personas que han trabajado indebidamente, ambos; empresa que se ha limitado a cumplir con lo establecido gubernativamente; etc.) y en qué medida el orden social puede concentrar la competencia en todo caso. Comprobación de ello es que la STS 18 abril 2012 (rec. 153/2011) remite a los trabajadores a la jurisdicción contenciosa puesto que la eventual vulneración del derecho de huelga no se debe a la empleadora sino a la Administración, aunque lo hace al hilo de un supuesto en que esa acción no había sido directamente ejercitada por ellos sino por el sindicato^[17].

Referencias:

1. ^ Cfr. A.MONTOYA MELGAR: *Derecho del Trabajo*, 43ª ed., Madrid, Tecnos, 2022, págs. 249 y 259.
2. ^ Cfr. *sobre el intrincado problema de la “dualidad de jurisdicciones” administrativa y judicial instituida por la legislación preconstitucional en materia contenciosa laboral, el estudio ya clásico de A.MONTOYA MELGAR, Jurisdicción y Administración de Trabajo. Extensión y límites de sus competencias. Madrid, Tecnos, 1970, págs. 64 y sigs.*
3. ^ *Conforme al art. 42 LOPJ, Los conflictos de competencia que puedan producirse entre Juzgados o Tribunales de distinto orden jurisdiccional, integrados en el Poder Judicial, se resolverán por una Sala especial del Tribunal Supremo, presidida por el Presidente y compuesta por dos Magistrados, uno por cada orden jurisdiccional en conflicto, que serán designados anualmente por la Sala de Gobierno. Actuará como Secretario de esta Sala especial el de Gobierno del Tribunal Supremo*
4. ^ *La Orden invoca diversos fundamentos normativos y jurisprudenciales para justificar la necesidad de “compatibilizar el ejercicio libre y pacífico del derecho de huelga de los trabajadores del sector de la seguridad privada con el mantenimiento y garantía de la seguridad de las personas, las instalaciones y los bienes, y sin que el ejercicio de huelga pueda llegar a paralizar servicios básicos o sectores estratégicos para la sociedad y para la actividad económica y empresarial de Cataluña, como los transportes públicos y los medios de comunicación social”.*
5. ^ *El Auto (ECLI:ES:TS:2022:10583A) considera conveniente examinar el tema “a la vista del criterio aplicado por la Sala de instancia, de indudable repercusión en las órdenes y resoluciones administrativas que declaran los servicios esenciales que se han de prestar con ocasión del ejercicio del derecho de huelga”.*
6. ^ *Como se sabe, su constitucionalidad, bajo ciertas condiciones interpretativas, fue revalidada por la STC 11/1981, de 8 abril.*
7. ^ *Entre otros: a) examen de las circunstancias concurrentes, pues los servicios esenciales no son dañados o puestos en peligro por cualquier situación de huelga; b) respeto a los principios de acomodación*

constitucional, adecuación o proporcionalidad entre la protección del interés de la comunidad y la restricción impuesta al ejercicio del derecho de huelga; c) principio de proporcionalidad cuantitativa, entre el número total de trabajadores en huelga y de quienes quedan adscritos a la prestación de los servicios mínimos; d) inexcusable motivación o fundamentación de la medida adoptada por la parte de la autoridad gubernativa; d) neutralidad e imparcialidad en la determinación de las actividades que deben ser mantenidas en caso de huelga, determinación que siempre ha de provenir de la autoridad gubernativa como garantía de objetividad. La consecuencia del incumplimiento, entre otros, de tales esenciales presupuestos por parte de la autoridad gubernativa, determina la nulidad del acto administrativo de establecimiento de los servicios mínimos, e incluso la posibilidad de que la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando lo juzgue necesario, condene a la Administración a resarcirlos daños que una antijurídica fijación de servicios mínimos haya podido ocasionar.

8. ^ Por el contrario, sí serían competencia del orden judicial social, entre otras cuestiones, las relativas a las incidencias surgidas con ocasión del cumplimiento de unos servicios mínimos previamente fijados por la autoridad gubernativa cuya extensión en sí misma no es materia litigiosa: alteración empresarial de los servicios mínimos señalados; pugnas o discrepancias en torno a la designación de los concretos trabajadores que vayan a prestar tales servicios; control judicial de las sanciones laborales impuestas a los trabajadores que incumplan con su obligación de prestar los servicios mínimos; descuentos salariales con motivo de la huelga; o incluso, partiendo de una declaración por el orden contencioso de la nulidad de la disposición administrativa que fijo determinados servicios mínimos, podrá el juez social valorar, desde una perspectiva constitucional, la actuación de los trabajadores (sancionados por negarse a realizar los servicios mínimos para los que habían sido designados por la empresa) al incumplir la orden que consideraron ilegítima, ponderando adecuadamente los derechos y deberes en conflicto.
9. ^ [9] El derecho de huelga de los empleados públicos se reconoce también con el límite de «la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad» [art. 15.c) LEBEP].
10. ^ [10] La STC 11/1981 puntualiza «la imposibilidad de que las garantías en cuestión vacien de contenido el derecho de huelga o rebasen la idea de contenido esencial». Análogamente, SSTC 51/1986, 183 y 184/2006.
11. ^ [11] La facultad corresponde al Gobierno de la Nación o al de la comunidad autónoma que tuviera transferida esta competencia, típicamente de «ejecución» (TC 5.11.1981; 123/1990, de 2.7); titular de tal facultad es, genéricamente, la «autoridad gubernativa» (TC 27/1989, de 3.2).
12. ^ [12] Se confirma así la legalidad constitucional de la figura del Decreto sobre mantenimiento de servicios mínimos. Un ejemplo es el RD 130/2010, de 12.2, que estableció normas para garantizar el funcionamiento de los servicios mínimos en Radio Televisión Española y Radio Nacional de España, considerando «servicios esenciales de la Comunidad» la programación informativa y la emisión de comunicaciones oficiales, así como la retransmisión en directo de la sesión parlamentaria del 17 de febrero.
13. ^ La trabajadora demandante, que era redactora de CRTVG y que habitualmente presentaba el programa Galicia, Noticias Mediodía, había secundado la huelga convocada el día 8 de marzo de 2018 para reivindicar

la igualdad de las mujeres en el mundo laboral, siendo sustituida ese día por su superior, que solía suplirle con ocasión de sus permisos, vacaciones, bajas médicas u otras situaciones similares, sin que el referido programa se encontrara afectado por los servicios mínimos. La sentencia confirma la dictada en la instancia que estimó la demanda al considerar que la trabajadora huelguista fue sustituida por le empresa haciendo uso del esquirolaje interno, acudiendo a la sustitución de trabajadores huelguistas mediante otros pertenecientes a la misma empresa, provocando así un vaciamiento del derecho de huelga que resulta contrario al art. 28.1 CE,

14. *^ Al efecto, el día inicial del plazo para reclamar daños y perjuicios por parte de las personas que consideran vulnerado su derecho de huelga arranca cuando alcanza firmeza la sentencia declarando que la Resolución fijando los correspondientes servicios mínimos es contraria a Derecho.*
15. *^ La doctrina ha sido reiterada por SSTS 1007/2021 de 13 octubre de (rcud. 4919/2018); 635/2022 de 7 julio (rcud. 3071/2019) y 65/2023 de 25 enero (rcud. 3505/2019).*
16. *^ En ambos casos la conclusión es idéntica: los servicios mínimos, el conocimiento del litigio corresponderá a la jurisdicción social, pero no así cuando se impugnen los servicios mínimos, impuestos por la autoridad gubernativa, cuyo conocimiento corresponde necesariamente al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.*
17. *^ “Se ponen en evidencia aquí las lagunas del propio proceso de impugnación de aquel acto gubernativo que hubiera debido concluir, no solo con la nulidad del mismo, sino con el resarcimiento de los perjuicios por la fijación antijurídica de servicios mínimos, aunque es cierto que en el proceso contencioso-administrativo el sindicato accionante no ostenta la legitimación para reclamar la indemnización a los trabajadores afectados (como así ha entendido la jurisprudencia, STS/3ª de 29 de enero de 1996 -rec. 7315/1992-) y que tal acción de resarcimiento corresponde a éstos. Pero, precisamente, son estos quienes podían dirigirse frente a la autoridad gubernativa generadora del daño”.*

- § 24 **Incongruencia omisiva: la sentencia de suplicación no emite pronunciamiento sobre los aspectos accesorios con previsión legal de las pretensiones principales. Los daños morales operan de forma automática al declararse la existencia de vulneración de derechos fundamentales.**

Óscar López Bermejo

Magistrado de la jurisdicción social (TSJ de Andalucía).

Resumen: *En la sentencia analizada se resuelve si, ante la ausencia de repetición en el recurso de suplicación de la reclamación de indemnización por daños morales derivados de la vulneración de derecho fundamental ya contenida en la demanda, la Sala del TSJ debe pronunciarse -pues no lo hace en este caso- sobre tal cuestión accesoria cuando estima por primera vez en sentencia de suplicación la petición principal de extinción del contrato por voluntad del trabajador al amparo del art. 50 ET, en caso de concurrir un grave incumplimiento por parte de la empresa vulnerador de la garantía de indemnidad por otras reclamaciones judiciales anteriores del trabajador. La sentencia de la Sala IV despeja la cuestión admitiendo la petición de incongruencia omisiva contenida en el recurso de casación para unificación de doctrina, de manera que, declarado como conculcado un derecho fundamental, se debe fijar el importe del daño moral por aplicación del art. 183 LRJS o, cuando menos, un pronunciamiento respecto de la misma, aun cuando no se haya reiterado tal exigencia en el recurso de suplicación.*

Palabras clave: *Extinción del contrato de trabajo del art. 50 ET. Vulneración de derecho fundamental a la indemnidad. Daños morales operan de forma automática. Deber de pronunciamiento en suplicación. Incongruencia omisiva.*

Abstract: *The judgment under consideration determines whether, in the absence of a repetition in the application for compensation for moral damages arising from the infringement of fundamental rights already contained in the claim, the Supreme Court of Justice must rule -since it does not do so in this case- on such an accessory question when it considers for the first time in the appeal judgment the main request for termination of the contract by will of the worker under Art. 50 ET (Statute of Workers) ,in the case of a serious breach by the company violating the guarantee of indemnity for other previous legal claims of the worker. The judgment of Chamber IV clears the matter by accepting the request for omission contained in the appeal for unification of doctrine, so that, declared as violated a fundamental right, the amount of moral damage has to be set by application of art. 183 LRJS or, at least, a ruling thereon, even if no such requirement has been reiterated in the application.*

Keywords: *Termination of the employment contract of art. 50 ET. Violation of fundamental right to indemnity, moral damages operate automatically. Duty of make a pronouncement. Incongruence in case of omission.*

I. Introducción

La sentencia 7/2023 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 10 de enero de 2023^[1], objeto de comentario, analiza una cuestión formal concreta ya resuelta en el pasado por este meritado Tribunal -como se verá en la sentencia de contraste-relativa a la presencia de incongruencia omisiva, como cuestión de orden público, cuando la parte actora -ahora además recurrente- obtiene una sentencia de suplicación favorable, revocando la del Juzgado de lo Social, y se estima la petición principal de extinción de contrato por voluntad del trabajador tras apreciar la vulneración del derecho fundamental a la indemnidad, pero no se pronuncia sobre la indemnización por daños morales bajo el argumento de que el suplicante no repite en su recurso esta reclamación sí contenida en la demanda. La Sala IV otorga claridad a una cuestión procesal de carácter general e importante en el ámbito de la suplicación, en concreto, que en esta fase procesal no se traspasan los límites propios de la naturaleza extraordinaria de este recurso, lo que compele a las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia cuando tales órganos colegiados al resolver deben someterse a las cuestiones concretas planteadas por las partes, pues en supuestos de peticiones accesorias (indemnización por daños morales) anejas a las peticiones principales (extinción del art. 50 ET con vulneración de derechos fundamentales) deben pronunciarse de forma automática -por previsión normativa, sea legal o convencional- para cumplir el deber de congruencia exigible a toda sentencia motivada.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 7/2023, de 10 de enero.

Tipo y número recurso: RCUd núm. 2582/2020.

Fuente: CENDOJ.

ECLI:ES:TS:2023:68

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Los hechos del caso litigioso

El demandante presta sus servicios para un grupo de empresas, es trabajador expatriado, estando destinado en Jamaica desde el 16/03/2012 hasta el 31/12/2014, y en México desde el 01/01/2015 hasta el 20/03/2018. Con fecha 01/05/2015 el actor y la empresa mexicana AVANZIA OPERACIONES SA DE CV, suscriben contrato de trabajo, para prestar servicios en México como Jefe Administrativo.

En el mes de noviembre de 2017 el actor recibió una oferta de AVANZIA para prestar servicios en exclusiva con esta empresa mediante un procedimiento denominado "localización" en México, con suspensión de la relación laboral en España, oferta que el actor no aceptó.

El 05/02/2018 la empresa pone término a esa situación y lo repatría a España, siendo destinado a las oficinas de Madrid. El actor interpone demanda en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo contra esta decisión de retorno a España, dando lugar a la sentencia del TSJ Madrid (sección 6ª) de 21 octubre 2019 (Rec. 887/2019).

En fecha 15/02/2018 la empresa AVANZIA comunica a otra del mismo grupo, HUMICLIMA EST, SA, que debido al descenso de actividad durante los últimos años,

no es posible mantener el puesto de Jefe Administrativo que el actor venía desarrollando, informando que el próximo 19/03/2018 procederán a la extinción de la relación laboral del actor. Para cubrir el mismo puesto de trabajo realizado por el demandante fue designado otro trabajador desde el día 19.02.2018.

El 23/03/2018 se le comunica su traslado a Palma de Mallorca. Esta decisión también es impugnada por el trabajador dando lugar a un proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo, que provoca la sentencia a la STSJ Madrid (Sección 1ª) de 5 julio 2019 (Rec. 739/2019), que tiene por objeto pronunciarse sobre la validez del ulterior traslado desde Madrid a Palma de Mallorca. Poner de relieve que el trabajador interpuso demanda de modificación sustancial de condiciones de trabajo al no concurrir realmente las causas invocadas por la empresa.

En mayo de 2018 el actor presenta demanda por resolución de contrato por voluntad del trabajador, que da lugar en última instancia a la STS núm. 7/2023, de 10 de enero de 2023.

A partir de enero de 2019 el trabajador está en incapacidad temporal por síndrome ansioso depresivo.

2. El juicio en instancia

La persona trabajadora presenta demanda para la extinción del contrato por voluntad del trabajador del art. 50 ET, solicitando: 1º) La extinción de su contrato de trabajo con todas las consecuencias jurídico económicas inherentes a tal extinción incluyendo la finalización y liquidación de la relación laboral, y el abono de la indemnización prevista en el art 50.2 ET coincidente con la indemnización legalmente señalada para el despido improcedente (45/33 días de salario/año); 2º) El abono de una indemnización adicional destinada al resarcimiento de los daños y perjuicios personales y morales soportados como consecuencia del acoso laboral sufrido, equivalente a los gastos materiales ocasionados, así como a seis mensualidades de salario, por importe total de 69.958,12 euros.

Por el Juzgador de lo Social nº 14 de Madrid se dicta número 136/2019 de 29 marzo, desestimando la demanda, y, en lo que es relevante para nuestro análisis, concluye lo siguiente: 1º) No hay prueba del hostigamiento o acoso alegado, ni ánimo dañoso empresarial; 2º) Los dos traslados sufridos por el trabajador, y objetos de impugnación, han sido desestimados por sendas sentencias del Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid; 3º) No se acreditan indicios de vulneración de derechos fundamentales, ni toda vulneración ha de comportar indemnización puesto que es necesario acreditar la existencia de un daño; 4º) Falta de probanza de incumplimiento empresarial suficientemente grave que permita legitimar la acción resolutoria ejercida.

3. Sentencia de suplicación

La sentencia nº 95/2020 (Rec. Suplicación 855/2019)^[2], de 31 enero de 2020, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid estima parcialmente -al rechazar varias revisiones fácticas- el recurso de suplicación interpuesto por la parte actora, revoca la sentencia de primera grado, y, en consecuencia, la Sala del TSJ estima parcialmente la demanda declarando extinguido con esta fecha el contrato que une a las partes, y condena conjunta y solidariamente a HUMICLIMA CENTRO S.A, HUMICLIMA EST, S.A. y COBRA INSTALACIONES y SERVICIOS S.A. a abonar al actor una indemnización por extinción del vínculo laboral de CUARENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS VEINTISÉIS EUROS CON CINCUENTA Y OCHO CÉNTIMOS (44.326,58 EUROS), confirmando la absolución de ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.A.. **Como se observa no contiene pronunciamiento sobre la indemnización por daños morales**

Razona la Sala de suplicación que *“en el presente caso no solo modificaciones sustanciales sin respetar lo previsto en el artículo 41, sino que además concurre un grave incumplimiento por parte de la empresa, al vulnerar su garantía de indemnidad, precisamente con tales modificaciones, como se ha apreciado en la anterior sentencia*

de esta sección de Sala, por lo que concurre justa causa para la extinción debiéndose estimar el recurso”.

Para llegar a la anterior conclusión, de la lectura de la sentencia nº 95/2020 del TSJ de Madrid conviene destacar cómo este órgano judicial colegiado ha tenido en cuenta la resolución de los dos recursos de suplicación anteriores en fecha sobre sendos procesos de modificación sustancial de condiciones de trabajo ya referidos; el primero, por la STSJ Madrid (sección 6ª) de 21 octubre 2019 (rec. 887/2019) sobre la impugnación del traslado de México a España, y el segundo, por la STSJ Madrid (Sección 1ª) de 5 julio 2019 (rec. 739/2019) donde analiza la validez del ulterior traslado desde Madrid a Palma de Mallorca, destacando que en ambos casos se declaran injustificadas las dos decisiones adoptadas por la empresa. Esto es así porque estos conflictos judiciales entre las mismas partes son antecedentes fácticos que conforman la cuestión objeto de la demanda de extinción por voluntad del trabajador del art. 50.1 letra c) del ET. Así, profundizando en la cuestión, en cuanto al traslado del actor a España desde México -STSJ Madrid de 21 octubre 2019 (rec. 887/2019)- no se considera justificada como causa del mismo el no ser posible mantener como Jefe administrativo al demandante, puesto que estuvo ocupando hasta el 05.02.2018 cuando, para cubrir el mismo puesto de trabajo, fue designado otro trabajador desde el día 19.02.2018. Y además, tal decisión de la empresa está conectada con el rechazo por parte del trabajador de la oferta de la demandada para prestar servicios en exclusiva con esta empresa mediante un procedimiento denominado "localización" en México, con suspensión de la relación laboral en España.

En cuanto a la STSJ Madrid de 5 julio 2019 (rec. 739/2019) analiza otro traslado posterior, desde Madrid a Palma de Mallorca. Y de ésta destaca el TSJ de Madrid en su sentencia nº 95/2020 que es imprecisa la causa productiva en que se sustenta la decisión, y en verdad tiene como único motivo que el trabajador impugnara su decisión de traslado de México a Madrid. Así, destaca el órgano judicial que *“...esta actuación procesal del actor - la interposición de la demanda - en uso de sus derechos legítimos debe tenerse como único motivo de un segundo traslado, de Madrid a Palma de Mallorca, vulnerando su derecho fundamental a la indemnidad y, en consecuencia la nulidad de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo con vulneración de un derecho fundamental a la indemnidad en relación con el cambio de lugar de trabajo acaecido el 23.04.2018, o traslado del actor de Madrid a Palma de Mallorca, que es el objeto de este litigio lo que obliga a estimar el recurso interesado.”*

4. Auto de aclaración

Al no contener la sentencia nº 95/2020 (Rec. Suplicación 855/2019) pronunciamiento alguno sobre la petición de indemnización por daños morales - petición sí consignada en la demanda pero no reproducida por el actor en su recurso de suplicación-, a pesar de declarar la Sala del TSJ de Madrid que concurre un grave incumplimiento por parte de la empresa al vulnerar la garantía de indemnidad del trabajador justificativa de la extinción contractual por su voluntad, la parte demandante presenta escrito de fecha 4 de febrero de 2020, interesando la aclaración y complemento de la sentencia, por entender que no se había resuelto la reclamación de indemnización adicional por daños y perjuicios morales. De tal escrito se da traslado a la demandada que se opone, esgrimiendo que es cierto que el demandante solicitó una indemnización por daños y perjuicios en su demanda, si bien ello fue desestimado en la instancia sin que en el recurso de suplicación se hiciera ninguna solicitud al respecto.

Por la Sala del TSJ de Madrid, en el seno de su recurso de suplicación nº 855/2019, se dicta auto de 4 de marzo de 2020^[3], denegando cualquier complemento y aclaración de la sentencia. Para adoptar tal decisión, razona la Sala que no puede complementar la sentencia para introducir un pronunciamiento que no se solicitaba en el escrito del recurso – en el cual no hay petición alguna respecto de la indemnización adicional a la que ahora se refiere-, por lo que en ningún caso procedería pronunciamiento y, todo ello, atendiendo al carácter cuasicasacional del recurso de

suplicación que justifica la exigencia de estos requisitos procesales (sentencias del TC 230/00 de 2 octubre, 135/98 de 29 junio, 93/97 de 8 mayo, 18/93 de 18 enero).

El contenido de este auto resume el problema suscitado que debe dirimir la Sala IV del TS, esto es, si reconocida por primera vez en suplicación la infracción del derecho fundamental invocado en la demanda, el pronunciamiento sobre la condena a indemnización por los daños morales debe o no producirse de forma automática, aunque no se repita tal petición en el recurso de suplicación.

IV. Posición de las partes

Centrada la cuestión de índole puramente procesal, que como señala la STS núm. 7/2023 se plasma en el recurso de casación para unificación de doctrina, para nuestro análisis se reduce a dos motivos: “1) *El primero centra la contradicción en la incongruencia omisiva por falta de pronunciamiento en la sentencia de suplicación respecto de la reclamación indemnizatoria adicional una vez que dicha sentencia resolvió sobre la existencia de vulneración grave de los derechos fundamentales del trabajador.* 2) *El segundo núcleo de contradicción pretende determinar si la mera constatación de la existencia de vulneración de derechos fundamentales implica la existencia de daño que sea objeto de resarcimiento*”.

La demandada impugnante alega que para tales motivos no se cumple el requisito de contraste entre sentencias y, además, sostiene que el art. 183 LRJS no comporta la obligatoriedad de que haya indemnización si concurre vulneración de un derecho fundamental.

En el informe del Ministerio Fiscal se señala que sí existe en el primero y que el mismo debe prosperar, siendo superfluo el segundo.

V. Normativa aplicable al caso

- Artículo 183^[4]. Indemnizaciones:

“1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.

3. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales.

4. Cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social”.

- Art. 218.1^[5] LEC. Exhaustividad y congruencia de las sentencias.

“1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”.

VI. Doctrina básica

La sentencia de la Sala de lo Social se sustenta en dos pilares: habiendo declarado la vulneración de derecho fundamental el art. 183 LRJS obliga al órgano sentenciador a realizar un pronunciamiento sobre el daño moral que, al no emitirse, infringe tal precepto y, además, se incurre en una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por acaecer ausencia de resolución sobre una petición accesoria - indemnización por daños y perjuicios- anudada a la petición principal -vulneración de derecho fundamental, ya en proceso único de tal naturaleza o acumulado a otros diferentes-, de forma que concurre la llamada incongruencia omisiva.

En base a lo anterior, la Sala IV se limita a resolver el primer motivo del recurso que pende sobre la “...incongruencia omisiva por falta de pronunciamiento en la sentencia de suplicación respecto de la reclamación indemnizatoria adicional una vez que dicha sentencia resolvió sobre la existencia de vulneración grave de los derechos fundamentales del trabajador”, pero sin poder entrar al segundo destinado a abordar el modo de fijar los daños y perjuicios asociados a la vulneración del daño moral en la cuantía que solicita el actor, pues este debate se debe resolver primero por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de forma que se acoge la petición subsidiaria contenida en el recurso de casación para unificación de doctrina, ordenando la Sala del TS la retroacción de las actuaciones a fin de que el Tribunal de segundo grado se pronuncie al respecto.

VII. Parte dispositiva

La Sala Social del TS acuerda:

1º Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la parte actora.

2º Casar y anular la sentencia nº 95/2020 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid, de 31 de enero , completada por Auto de 4 de marzo de 2020, dictada en el recurso de suplicación nº 855/2019, interpuesto frente a la sentencia nº 136/2019 de 29 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid, en los autos nº 547/2018 , seguidos a instancia de dicho recurrente contra la codemandadas, sobre resolución de contrato.

3º Acordar la retroacción de las actuaciones al momento anterior a que se dictara, a fin de que, manteniendo el resto de pronunciamientos, la Sala de procedencia dicte una nueva resolución resolviendo sobre la cuestión relativa a la atribución al trabajador de la indemnización reclamada en su demanda sobre daños morales.

VIII. Pasajes decisivos

1. Sobre la eficacia legal prevista en el art. 183 LRJS en cuanto a la indemnización por daños morales

El fundamento de derecho cuarto de la sentencia de casación por un lado reconoce la existencia de la incongruencia omisiva por cuanto el artículo 183 LRJS dispone que opera de forma automática la obligación de fijar una indemnización o, cuando menos, un pronunciamiento cuando se declara conculcado el derecho fundamental invocado en cada caso concreto; y, por otro, remite al fundamento de derecho segundo sobre las razones de tal interpretación del citado art. 183 LRJS. Así, de este último fundamento de derecho indicado destacamos los siguientes pasajes relevantes:

- Fija como motivo de denuncia la incongruencia omisiva por falta de pronunciamiento respecto de la reclamación indemnizatoria adicional una vez que la Sala ha estimado la existencia de vulneración grave de los derechos fundamentales.

- Señala como sentencia de contraste la STS nº 666/2016 de 14 de julio (rcud. 3761/2014)^[6], donde se debatía si la sentencia impugnada había incurrido en incongruencia omisiva dado que, tras declarar la improcedencia del despido, no se pronunciaba sobre la atribución del derecho de opción conforme a lo dispuesto en el art. 13 del Convenio de aplicación.

- Que tanto en la sentencia recurrida como en la de contraste las cuestiones que no se resolvieron -en nuestro caso, la indemnización por daños morales- no constituyen una pretensión autónoma que pudiere ser ejercitada de manera independiente, sino que se tratan de aspectos accesorios directamente vinculados a la pretensión principal, de manera que la omisión de un pronunciamiento sobre tales peticiones accesorias y consecuentes del éxito de la que traen causa, previstas en las normas ya legales (art. 183 LRJS sobre indemnización por daños morales en nuestro caso) ya convencionales (atribución del derecho de opción fijada en norma convencional en el caso de la sentencia de contraste), es causa de incongruencia omisiva.

2. Sobre incongruencia omisiva

En un primer término, la sentencia de la Sala IV dedica parte de su fundamento de derecho tercero a analizar esta cuestión de orden público como parte de la dimensión global que supone el derecho a la tutela judicial efectiva, haciendo referencia a varias sentencias de nuestro Tribunal de Garantías de la que destacamos por su mayor precisión al caso la siguiente: *“La incongruencia omisiva o ex silentio, que aquí particularmente importa, se produce cuando “el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales” (SSTC 124/2000, de 16 de mayo, 186/2002, de 14 de octubre y 6/2003, de 20 de enero).”*

Y por todo lo anterior, el Tribunal de casación considera que lo anteriormente razonado obliga a convenir que la sentencia impugnada ha incurrido en incongruencia omisiva, en los mismos términos que lo conceptualiza la sentencia de contraste -STS nº 666/2016, rcud. 3761/2014-, que ya hemos expuesto en el ordinal 1º de estos pasajes decisivos.

IX. Comentario

Aún a riesgo de ser reiterativos, el análisis de la presente sentencia permite consolidar y afianzar criterios de la jurisprudencia social en materia de indemnización por daños morales y refrescar la consolidada doctrina constitucional sobre la incongruencia omisiva. En concreto:

A) Sobre la primera de las cuestiones resultan didácticos los juicios emitidos por la Sala IV para explicar en qué casos debemos entender que estamos ante peticiones que pueden ser calificadas como **“...aspectos accesorios de las respectivas pretensiones principales ejercitadas en la demanda que deberían operar de manera automática una vez que esa pretensión principal fuere acogida...”** (sic). En esta línea, hilando de forma concatenada las sentencias de contraste encontramos supuestos en tal sentido; así:

1º La analizada STS nº 7/2023, se refiere al caso de la indemnización por daños y perjuicios morales ligados a vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este caso por previsión legal del art. 183 LRJS.

2º En la sentencia de contraste -STS nº 666/2016 rcud. 3761/2014-, citada por el recurrente ante la Sala de lo Social en el caso que examinamos ahora, se declara también la incongruencia omisiva, pues tras declarar la Sala de suplicación la improcedencia, no se pronuncia sobre la atribución del derecho de opción conforme a lo dispuesto en el art. 13 del Convenio de aplicación. Y dentro de esta matrioska, en la mentada sentencia de la Sala IV de 2016 se admite como de contraste la STC nº 83/2004 (recurso de amparo nº 740/2000)^[7], de 10 de mayo de 2004, que reconoce la indefensión por haberse omitido en la sentencia de suplicación toda consideración a que la incapacidad permanente total reconocida fuera resultado de un acto terrorista, siendo este último aspecto sobre el que no se pronuncia.

Pero lo hasta aquí señalado no debe confundir a los juristas ya que, fuera de supuestos iguales o de construcción idéntica a los anteriores, debe regir el principio dispositivo, de manera que si en la demanda se insta una petición accesoria que no tenga el rango o cualidad de automática eficacia y no se insiste tal reclamación en fase de suplicación, la no resolución por el Tribunal Superior de Justicia competente no provoca la apreciación de incongruencia omisiva. Paradigma de esto es que, estando en fase de suplicación donde no consta la petición de los intereses de mora laboral previstos en el art. 29.3 ET, la Sala del TSJ no puede condenar a ellos, pues ello supondría quebrar el principio de “reformatio in peius” como garantía procesal que encuentra encaje en el principio dispositivo. Esto es, el interés por mora salarial está sujeto al principio dispositivo (STS nº 69/2017, de 26 de enero de 2018, rec. 115/2016^[8]).

B) En segundo lugar, relativo a la incongruencia omisiva, se realiza un estudio sobre su encuadramiento como parte del derecho a la tutela judicial efectiva, con amplia referencia de la diferentes sentencias de nuestro Tribunal Constitucional sobre distintos elementos que circundan en torno a tal figura procesal como son: congruencia de las resoluciones judiciales, suficiencia de la motivación, incongruencia omisiva con carácter general e incongruencia omisiva respecto de consecuencias inherentes al acogimiento de la pretensión principal.

Finalmente, aunque no es esencial para decidir el interrogante cardinal del recurso de casación que examinamos, no podemos dejar de acentuar una cuestión formal esencial que concurre en esta unificación de doctrina en torno a la exigencia de contradicción cuando ésta gira sobre una infracción procesal -como ocurre en nuestro supuesto- y no sustantiva; así, la sentencia de la Sala IV estudiada aporta las siguientes pautas de guía al respecto: 1º Suficiente homogeneidad entre las infracciones procesales comparadas para apreciar la contradicción; 2º Superación de la identidad exigida en las situaciones sustantivas de las resoluciones contrastadas, lo que no significa que en algún caso particular la heterogeneidad de los debates sustantivos pueda impedir, por sí misma, la homogeneidad de los problemas procesales.

X. Apunte final

Como ya señalamos al inicio de este texto, la cuestión desembrollada por nuestra Sala IV permite otorgar nitidez a múltiples incógnitas procesales prácticas y reales que suelen surgir en una Sala de Suplicación a la hora de resolver en fase de recurso y en casos como el aquí examinado. Así, la cuestión de hasta dónde llega el principio dispositivo, sumado al constreñimiento que ya supone este recurso extraordinario para todos los que en él intervienen, y por ello también para un Tribunal Superior de Justicia; si debe primar lo anterior en casos de peticiones o aspectos accesorios al “petitum” principal del que traen causa o si, cuándo no se haya repetido en fase de suplicación tal reclamación contenida en demanda, se puede entender como un abandono del postulante sobre tal petición accesoria.

Llegados aquí, como en -casi- todo se podrán tener criterios diversos, pero en este escenario es evidente que tanto en la STS escrutada -STS nº 7/2023- como en la de contraste -STS nº 666/2016- se determina con claridad que, para este tipo de aspectos accesorios de las respectivas pretensiones principales ejercitadas en la demanda,

existe el deber de operar de manera automática cuando la pretensión principal de la que penden sea acogida, sin que se discuta su eficacia y aplicación cuando se vea estimada la pretensión principal a la que están vinculados y, en sentido inverso, carecen de virtualidad jurídica propia de forma aislada y desconectadas de éstas.

Y aunque en la sentencia nº 7/2023 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, se aborda un proceso de extinción de la relación laboral por voluntad del trabajador del art. 50 ET, esto es extensible a todas las demandas por razón de materias diversas que cita el art. 184 LRJS, que se refiere a diferentes tipos de procesos en los que la ley procesal laboral sí permite acumular la resolución de pretensiones sobre tutela de derechos fundamentales y libertades públicas. Así, ya se ha pronunciado en el mismo sentido nuestra Sala IV en sus sentencias nº 179/2022^[9] y 214/2022^[10] si bien en procesos de despidos nulos, siendo la primera de ellas analizadas sobre esta cuestión por D. José Luis Monereo Pérez (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada, y Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social) en esta misma Revista de Jurisprudencia Laboral en su número 3/2022^[11] donde el citado profesor señala como en los despidos con vulneración de derechos fundamentales “...la sentencia que declare la existencia de una violación de un derecho fundamental el órgano jurisdiccional debe pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización y hacerlo por razones de orden público procesal”.

Referencias:

1. ^ Sentencia nº 7/2023 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 10 de enero de 2023
2. ^ Sentencia nº 95/2020 (Rec. Suplicación 855/2019), de 31 enero de 2020, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
3. ^ Auto de 4 de marzo de 2020, dictado por el TSJ de Madrid en su recurso de suplicación nº 855/2019.
4. ^ Art. 183 LRJS.
5. ^ Art. 218.1 LEC.
6. ^ STS nº 666/2016 de 14 de julio (rcud. 3761/2014).
7. ^ STC nº 83/2004 (recurso de amparo nº 740/2000), de 10 de mayo de 2004.
8. ^ STS nº 69/2017, de 26 de enero de 2018, rec. 115/2016.
9. ^ STS nº 179/2022, 23 de febrero (rcud. 4322/2019).
10. ^ STS nº 214/2022, 9 de marzo (rcud. 2269/2019).
11. ^ Revista de Jurisprudencia Laboral en su número 3/2022, análisis de la STS 179/2022 realizada por D. José Luis Monereo Pérez (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada, y Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social).

§ 25 Ciberderechos sindicales, de nuevo conseguidos a golpe de sentencia.

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la jurisdicción social (TSJ de Galicia).

Resumen: *La Sentencia del Tribunal Constitucional 281/2005, de 7 de noviembre, supuso la carta de bautismo de los ciberderechos sindicales en España al reconocer, dentro del contenido de la libertad sindical reconocida en el artículo 28 de la Constitución Española, el derecho de los sindicatos al uso del e-mail corporativo de las empresas en determinadas condiciones de uso inocuo. Casi 20 años después, este contenido de la libertad sindical no ha acabado de implantarse en la realidad laboral, y en muchas ocasiones solo se ha conseguido su implantación efectiva gracias a la intervención judicial. La Sentencia 71/2023, de 25 de enero de 2023, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, objeto de comentario, es, al momento actual, la última de una cada vez más larga lista de sentencias que salen al rescate para garantizar el derecho al uso sindical del email de la empresa.*

Palabras clave: *Uso sindical del correo de la empresa. Ciberderechos sindicales.*

Abstract: *The Constitutional Court Judgment 281/2005, of November 7, marked the baptismal letter of trade union cyberrights in Spain by recognizing, within the content of trade union freedom recognized in article 28 of the Spanish Constitution, the right of trade unions to the use of corporate e-mail from companies under certain conditions of innocuous use. Almost 20 years later, this content of union freedom has not yet been fully implemented in the labor reality, and on many occasions its effective implementation has only been achieved thanks to judicial intervention. Judgment 71/2023, of January 25, 2023, of the Social Chamber of the Supreme Court, the subject of comment, is, at present, the last of an increasingly long list of judgments that come to the rescue to guarantee the right trade union to the use of corporate email.*

Keywords: *Union use of corporate email. Union Cyberrights.*

I. Introducción

La Sección sindical de CCOO de la empresa AYESA Ingeniería y Arquitectura solicita una cuenta de correo electrónico con acceso a la lista de distribución de toda la plantilla. La empresa lo deniega basándose en la necesidad de acuerdo según el convenio colectivo sectorial. No invoca onerosidad o gravamen especiales derivados de acceder a lo pedido.

Cuestionamiento de la legitimación activa al impugnar el recurso: examen de la cuestión, pese a ser nueva, al ser aspecto de orden público; desestimación de la excepción.

Fondo del asunto. Los preceptos de la CE y de la LOLS invocados por el Sindicato y la jurisprudencia sobre ellos abocan a estimar el recurso. Aplica doctrina contenida en la STC 281/2005, de 7 de noviembre (caso BBVA), y en la jurisprudencia posterior del TS.

Daños y perjuicios ex art. 183 LRJS: cantidad inspirada en LISOS (6.250 euros, que es el tope establecido para las infracciones graves) y no combatida por la empresa.

Estima recurso de CCOO frente a SAN (en concordancia con Fiscal de instancia).

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala Cuarta (de lo Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 71/2023, de 25 de enero.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCO núm. 62/2021.

ECLI:ES:TS:2023:659

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Hechos declarados probados más relevantes

Tras demanda interpuesta ante la Audiencia Nacional por la Federación de Servicios de CCOO contra AYESA Ingeniería y Arquitectura, el 04/10/2016 se alcanzó la siguiente conciliación: "La empresa se compromete a facilitar a la sección sindical de CCOO del centro de trabajo de Sevilla una cuenta de correo electrónico para informar y comunicarse con los trabajadores desplazados y expatriados adscritos al centro de trabajo de Sevilla. Ambas partes se comprometen a negociar de buena fe la utilización del correo electrónico u otros medios telemáticos para el resto de los centros de trabajo de la empresa".

El 25/10/2016 la empresa comunicó al Delegado de CCOO la cuenta de correo electrónico que se les asignaba para comunicarse con los desplazados en obras de la empresa y expatriados del centro de trabajo de Sevilla con sujeción a ciertas normas.

Se celebraron el 21/12/2016 y el 21/02/2017 dos reuniones para negociar la utilización del correo electrónico, donde CCOO planteó una serie de solicitudes. Tras la segunda reunión, el mismo 21/02/2017 la empresa remitió al Delegado de CCOO, comunicación escrita de que no es posible acceder a su solicitud por una serie de motivos que detalla.

Posteriormente, en fecha 02/10/2019, la Sección sindical se dirigió nuevamente a la empresa, solicitando que se le facilite una cuenta de correo electrónico, gestionada por la propia Sección Sindical, para informar y comunicarse con la totalidad de los centros de trabajo de la empresa, en los mismos términos que fue asignada para la comunicación con desplazados y expatriados del centro de trabajo de Sevilla. Insistió en la petición a 05/03/2020. La empresa no contestó a ninguna de ellas.

Después de la declaración del estado de alarma, la Sección sindical y el Delegado sindical se han dirigido a la empresa en hasta 5 ocasiones solicitando la habilitación de una cuenta de correo electrónico para poder comunicarse con el conjunto de los trabajadores.

Respondió la empresa a 14/05/2020 mediante e-mail que la finalidad buscada por CCOO con la habilitación de una cuenta de correo corporativa ya está satisfecha por cuanto: (1) La mayor parte de los empleados combinan servicios en teletrabajo con modalidad presencial de modo que aquellos días en que prestan servicios presenciales tienen acceso a comunicarse con ellos con normalidad. (2) La sección sindical dispone de cuenta de correo electrónico externa desde la que se comunican de forma habitual con los empleados de la empresa a los que representa, dirigiendo correos electrónicos a sus cuentas corporativas sin restricción alguna con la información que estiman de oportunidad.

Hay una cuenta del sindicato para comunicarse con aquellos trabajadores que han facilitado cuenta de correo, en su mayoría privada; no alcanza el 30% del personal. CCOO tiene tablón de anuncios en los centros de Barcelona y Sevilla y un blog de creación propia.

La empresa remitió el 19/11/2020 al Delegado de CCOO "propuesta sobre utilización del correo electrónico u otros medios telemáticos para la Sección sindical de CCOO".

2. Procedimiento en instancia

La Federación de Servicios de Comisiones Obreras interpuso demanda de tutela de libertad sindical ante la Audiencia Nacional suplicando se declare que la conducta de AYESA supone vulneración del derecho a la libertad sindical y en consecuencia declare la nulidad de dicho comportamiento, condenando a la empresa a: (i) Cesar de inmediato en dicha conducta. (ii) Poner a disposición de la Sección sindical estatal de CCOO una cuenta de correo electrónico corporativa mediante la cual pueda comunicarse con todos los trabajadores de la empresa. (iii) Abonar 6.250 € en concepto de indemnización.

Admitida a trámite la demanda de tutela de libertad sindical, se celebró acto de juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada.

Por Sentencia de 9 de diciembre de 2020 se desestimó la demanda y se absolvió a la empresa. Los argumentos manejados se pueden resumir en las dos siguientes premisas:

(1) Cuando el convenio colectivo de aplicación establece que "caso de así convenir a ambas partes, se podrá acordar en el seno de la empresa la utilización por parte de los representantes legales de los trabajadores en la empresa de los medios telemáticos propiedad de la misma, así como las condiciones para su uso", no establece una obligación de la empresa, sino una posibilidad cuya actualización requiere el acuerdo de las partes. A la vista de esta norma, la Sala entiende que la empresa no ha tenido "una conducta de obstrucción o de resistencia pasiva, sino de diálogo y de explicación de la situación existente, planteando propuestas que no fueron aceptadas por el sindicato".

(2) Una vez excluida la vulneración del artículo 8 de la LOLS, la Sala entiende que "lo que en la reclamación subyace es la pretensión de modificar por vía judicial el contenido del acuerdo de conciliación de 2016 y del convenio colectivo", de ahí que no estamos ante un conflicto jurídico, sino de intereses, y "estas controversias no pueden encontrar solución en Derecho, ni el Juez puede suplantar la actividad negociadora de las partes".

3. El recurso de casación

CCOO recurre en casación ordinaria, centrando la discusión jurídica en dos motivos. En ambos se alega la infracción de los artículos 7 y 28 de la CE. En el primero en relación con la aplicación de la disposición, antes transcrita, del convenio colectivo de aplicación. En el segundo en relación con la normativa de aplicación: los artículos 2 y 8 de la LOLS.

El Fiscal adscrito a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional solicita la estimación del recurso aplicando la doctrina sobre proporcionalidad de los derechos fundamentales.

La empresa impugna el recurso oponiéndose en cuanto al fondo, a cuyo efecto profundiza en las argumentaciones de la sentencia recurrida, y opone un motivo de oposición subsidiario invocando la falta de legitimación activa del sindicato demandante en aplicación de una Sentencia de la AN que, entre las mismas partes, apreció dicha falta.

El Fiscal ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo informa considerando: (1) que el motivo subsidiario de oposición al recurso suscita una cuestión nueva, lo que está vedado; y (2) que los motivos de fondo deben desestimarse pues entre las cargas de la empresa no está crear una herramienta informática para permitir el desarrollo de la actividad sindical.

IV. Posición de las partes

El Sindicato CCOO pretende que la empresa ponga a su disposición una cuenta del e-mail corporativo mediante la cual pueda comunicar con los trabajadores de la empresa, con los pronunciamientos consiguientes, y entre ellos una petición de daños y perjuicios.

La empresa se opone en cuanto al fondo del asunto, y opone un motivo de oposición subsidiario invocando la falta de legitimación activa del sindicato por ser cosa juzgada.

El Ministerio fiscal no mantiene una posición uniforme. El Fiscal de la AN solicita la estimación de las pretensiones del Sindicato CCOO. El Fiscal del TS solicita desestimación.

V. Normativa aplicable al caso

Constitución Española, artículos 7 y 28.

Ley Orgánica de Libertad Sindical, en particular artículo 8.

VI. Doctrina básica

No estamos ante una sentencia con doctrina original sobre el uso sindical del e-mail de la empresa, pero sí de una sentencia recopilatoria y ordenadora de la doctrina existente, tanto del TC como del TS, que armoniza y concuerda para ofrecer un cuerpo doctrinal claro, coherente y comprensible, que se podría sintetizar en las siguientes cuatro ideas:

— La remisión de informaciones o comunicados tanto a sus afiliados cuanto a la generalidad de la plantilla de una empresa constituye una manifestación de la libertad sindical amparado en el artículo 8.1 de la LOLS. Por ello, y atendiendo a la doctrina constitucional, la empresa que posee un sistema de comunicación electrónica con sus empleados debe permitir que el sindicato lo utilice a los efectos recién reseñados.

— No se trata de un derecho absoluto, pero sus restricciones han de justificarse, sea en el sobre coste para la empresa, sea en la perturbación de la actividad productiva, sea en cualesquiera otras circunstancias que aboquen a su negación o restricción.

— Es a la empresa a la que corresponde la carga de probar las dificultades, disfunciones, interferencias y costes económicos que pueda suponerle el permitir a las secciones sindicales utilizar el correo electrónico como mecanismo de comunicación e información con el personal a su servicio. De acreditar esos perjuicios no le sería exigible cumplir con tal obligación, pero carece de argumento válido para negarse sin existir problemas asociados a la utilización del sistema de correo electrónico ya instaurado. No se está ante la exigencia de la creación o desarrollo de una aplicación

informática con esta finalidad, sino tan solo, de la pacífica y compatible utilización de la ya preexistente.

— En caso de conflicto entre el uso empresarial y el sindical debe primar el interés de la empresa por tratarse de una herramienta configurada para la producción; y que el empleador puede adoptar las medidas y disponer lo necesario para regular y acomodar su utilización a las necesidades empresariales, armonizando unos y otros intereses.

Al hilo de esta cuestión central, se plantean otras dos que vale la pena destacar, y que de nuevo nos sitúan ante una sentencia reiterativa de líneas jurisprudenciales previas:

(1) Previamente a entrar en el fondo del asunto, la Sentencia comentada desestima la causa de oposición subsidiaria planteada por la empresa en su escrito de impugnación sobre existencia de cosa juzgada y, con ella, una falta de legitimación activa del sindicato demandante en aplicación de una Sentencia de la AN. Pero la doctrina de interés no está aquí, sino en los argumentos por los cuales se entra a examinar la excepción alegada y según los cuales la prohibición de introducir cuestiones nuevas en el recurso cede cuando se trata de cuestiones apreciables de oficio, como en el caso ocurre con la cosa juzgada.

(2) Una vez decidido el fondo del asunto en sentido estimatorio de la existencia de vulneración de derechos fundamentales, la Sentencia comentada recuerda doctrina previa sobre la cuantificación de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales, que puede tomar como referencia el sistema de sanciones e infracciones de la LISOS.

VII. Parte dispositiva

(1) Estimar el recurso de casación interpuesto por la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO).

(2) Casar y anular la sentencia 119/2020 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 9 de diciembre, en autos seguidos a instancia de dicha recurrente contra la empresa Ayesa Ingeniería y Arquitectura y el Ministerio Fiscal, sobre tutela de libertad sindical.

(3) Declarar que la mercantil demandada ha vulnerado la libertad sindical de la Sección Sindical de CCOO, al negarse a facilitarle una cuenta de correo electrónico corporativa en las condiciones expuestas por la demanda.

(4) Ordenar a la empresa que cese de inmediato en dicha conducta vulneradora.

(5) Ordenar a la empresa demandada que ponga a disposición de la Sección Sindical Estatal de CCOO una cuenta de correo electrónico corporativa, mediante la cual pueda comunicarse con todos los trabajadores de la empresa, de modo que pueda establecerse un flujo de comunicación e información entre las personas que integran la plantilla y la Sección Sindical.

(6) Condenar a la empresa demandada al abono de 6.250 euros en concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al Sindicato demandante.

(7) No adoptar decisión especial en materia de costas procesales, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia.

VIII. Pasajes decisivos

1. Las cuestiones apreciables de oficio, como la cosa juzgada, se pueden examinar en recurso aunque no hayan sido alegadas en la instancia procesal

“... Impera como criterio general la inadmisibilidad de cuestiones nuevas en todo recurso. No pueden formularse válidamente cuestiones que no se hayan planteado en la instancia, de forma que tales cuestiones nuevas tienen que ser necesariamente

rechazadas en ese recurso ... Esta regla tiene su base, fundamento y justificación en el principio dispositivo o de justicia rogada que rige el proceso judicial español”.

“(Sin embargo) la examinada prohibición no afecta a las cuestiones apreciables de oficio. Si la cuestión podía ser apreciada de oficio por el órgano judicial de instancia, ello significa que el mismo debía haber procedido a su examen. Con lo cual, no parece lógico sostener que la alegación de ese tema en el recuso constituya una cuestión nueva, en el sentido reseñado, cuando el mismo se encontraba dentro del espacio sobre el que había tenido que incidir la decisión del Juez”.

“... La cosa juzgada constituye una cuestión de orden público procesal; dado que la finalidad que persigue es la seguridad jurídica puede y debe ser apreciada por los Tribunales incluso de oficio, sin necesidad de alegación de las partes, si se deduce con claridad de los datos obrantes en el proceso”.

2. Utilización sindical del correo electrónico corporativo

“... La empresa que posee un sistema de comunicación electrónica con sus empleados debe permitir que el sindicato lo utilice a los efectos recién reseñados. No se trata de un derecho absoluto, pero sus restricciones han de justificarse, sea en el sobre coste para la empresa, sea en la perturbación de la actividad productiva, sea en cualesquiera otras circunstancias que aboquen a su negación o restricción”.

“... No aparece protesta empresarial alguna acerca del coste adicional que comportaría acceder a la pretensión del sindicato, sin que en principio parezca que exista un sobrecoste porque aquí se trata de permitir determinado uso de unos medios telemáticos preexistentes, no de arbitrar su dotación. Tampoco se ha objetado a lo pedido (ahora en vía de recurso) que pudiera distorsionar el normal desenvolvimiento de la actividad productiva. Ayesa no alega la concurrencia de problemas organizativos o de gestión que imposibiliten o desaconsejen la utilización por la Sección sindical de CCOO la vía de comunicación electrónica; ni dice que interfiera en el proceso productivo; ni invoca posibles sobrecostes económicos de adaptación o modificación del sistema informático; tampoco hace valer como obstáculo la titularidad del nombre del dominio de correo electrónico, que por otra parte ya ha consentido utilizar a determinados efectos”.

“... En estas circunstancias no se puede justificar la negativa de la empresa por el simple y mero hecho de que no se haya alcanzado un acuerdo, sea al amparo de lo previsto en convenio colectivo, sea en concordancia con lo conciliado tiempo atrás en sede judicial ...”.

“... Las limitaciones que la empresa viene imponiendo a la libertad sindical con su negativa a facilitar la cuenta de correo electrónico aparecen sin el contrapeso de una justificación objetiva y razonable, lo que comporta su desajuste jurídico ...”.

3. Cuantificación de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales

“... Dispone el art. 179.3 LRJS que la demanda en tutela del derecho de libertad sindical deberá expresar la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los arts. 182 y 183, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador ... Es reiterada la doctrina de esta Sala que en su aplicación viene aceptando la cuantificación del importe de la indemnización en referencia a lo establecido en el sistema de sanciones e infracciones del orden social en la LISOS ... por más que en el presente caso la demanda ni tan siquiera se ha molestado en tipificar la conducta de la empresa en orden a valorar su gravedad y la de la sanción que pudiese corresponderle dentro del sistema de graduación previsto en la ley, como falta leve grave o muy grave”.

IX. Comentario

Vamos a focalizar nuestro comentario en la doctrina central de la Sentencia comentada, prescindiendo, por razones de espacio, de abordar la cuestión procesal y la cuestión de la cuantificación de la indemnización: nos basta con haber recordado sucintamente, como *ut supra* se ha hecho, los pasajes decisivos donde se resuelven esas cuestiones, que son además suficientemente claros y conectados con previa jurisprudencia.

Una doctrina central sobre utilización sindical del correo electrónico que se aborda en la Sentencia comentada después de descartar (en contra de lo razonado en la sentencia de instancia y también por la empresa) que esa cuestión se deba analizar desde la perspectiva de la interpretación de las disposiciones contenidas en el convenio colectivo aplicable, o sobre la ejecución del acuerdo alcanzado en conciliación con relación a una anterior demanda de tutela de libertad sindical, porque ni esas disposiciones del convenio, ni los términos de ese acuerdo, se refieren a las pretensiones planteadas en la demanda.

Precisamente, cuando mayormente se manifiesta el interés doctrinal de la Sentencia comentada es cuando, después de descartar la anterior perspectiva interpretativa de normas autónomas, o aplicativa de acuerdos anteriores, entiende que “la decisión sobre el tema suscitado pasa por el examen de lo que dispone la regulación heterónoma, básicamente la Constitución y al Ley Orgánica de Libertad Sindical, ambas interpretadas por una copiosa jurisprudencia que (según se dice) debemos recordar seguidamente”.

Así las cosas, la Sentencia comentada arranca (como no podía ser de otro modo) con el recordatorio de la doctrina contenida en la STC 281/2005 y sus trazos fundamentales (condensados como sigue): el sistema de comunicación implantado en la empresa se debe emplear “de manera que permita armonizar su manejo por el sindicato y la consecución del objetivo empresarial que dio lugar a su puesta en funcionamiento, prevaleciendo esta última función en caso de conflicto”, con lo cual “resultaría constitucionalmente lícito que la empresa predeterminase las condiciones de utilización para fines sindicales de las comunicaciones electrónicas, siempre que no las excluyera en términos absolutos”; “no cabe entender ... que exista una obligación legal de facilitar la transmisión de información sindical a los trabajadores, afiliados o no, a través de un sistema de correo electrónico con cargo al empleador”, o sea, las empresas “no están obligadas a dotarse de esa infraestructura informática para uso sindical”; en definitiva, “sobre el empresario pesa el deber de mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical siempre que tales medios existan, su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por la empresa y se respeten los límites y reglas de uso que a continuación enunciaremos, cuyo cumplimiento deberá examinarse en cada caso”.

Y a partir de este recordatorio, se pasa revista a la jurisprudencia de la Sala 4ª del TS.

En unos casos, el TS estima las pretensiones sindicales: porque la empresa no había probado la imposibilidad de atender a ese derecho por los cambios que estaba efectuando en el sistema informático, ni el perjuicio económico que pudiese suponerle el traslado a otro soporte informático, mientras que, por el contrario, estaba permitiendo la utilización del correo electrónico a otros sindicatos (STS 23 julio 2008, rec. 97/2007, caso FEVE); porque la empleadora se ha negado a facilitar a la sección sindical accionante una cuenta de correo electrónico y el acceso a las listas de distribución de correos masivas (STS 667/2016 de 14 julio, rec. 199/2015, caso Cruz Roja Española); o porque otras secciones sindicales ya disponían de una cuenta de correo electrónico y sin que, para facilitarla al sindicato accionante, la empresa alegue aumento de costes o incidencia negativa en su actividad, sino su menor representatividad (STS 134/2019 de 21 febrero, rec. 214/2017, caso Airbus).

En otros casos, el TS desestima las pretensiones sindicales: porque, cuando se reclama el derecho de las secciones sindicales a la utilización de un local adecuado dotado con equipo informático, impresora, escáner, incluyendo conexión a internet y correo electrónico, se está pidiendo a la empresa la dotación de unos medios de los que carece (STS 17 junio 2010, rec. 68/2009, caso Makro); porque se ha acreditado la existencia de problemas en el funcionamiento de la empresa (colapso del sistema informático), y no se ha prohibido el uso del procedimiento, sino que se ha establecido una limitación que no es desproporcionada ni un medio de impedir el uso del derecho sindical (STS 3 mayo 2011, rec. 114/2010, caso Principado de Asturias); porque no estaba garantizado el uso sindical de los medios de comunicación implantados en la empresa sin perturbación de su actividad y la puesta a disposición de tales medios para los sindicatos comportaría costes adicionales significativos para la empresa (STS 22 junio 2011, rec. 153/2010, caso Leroy Merlin); o porque la pretensión sindical obligaría a la empresa a dotar a la mayoría de sus trabajadores de un correo electrónico del que carecen (STS 17 mayo 2012, rec. 202/2011, caso Atento Teleservicios). En la STS 947/2022 de 30 noviembre (rec. 66/2020, caso UPV/EHU) se legitima el bloqueo del correo electrónico a sindicato que pierde implantación, máxime cuando el perímetro de aplicación contemplado para el uso de los medios electrónicos se ciñe a las organizaciones sindicales con implantación o representación en la UPV/EHU.

Con este bagaje jurisprudencial, la Sentencia comentada aborda el caso enjuiciado en sentido estimatorio de las pretensiones del sindicato en atención a las siguientes circunstancias (sucintamente): la empresa ha basado toda su oposición en el tenor del convenio colectivo aplicable, en la existencia de negociaciones fracasadas y en la ausencia del imprescindible acuerdo; estamos ante una empresa cuyo modo de funcionamiento ordinario presupone la existencia de importantes medios tecnológicos para facilitar las comunicaciones; Ayesa no alega la concurrencia de problemas organizativos o de gestión que imposibiliten o desaconsejen la utilización del correo corporativo por la Sección sindical de CCOO; ni dice que interfiera en el proceso productivo; ni invoca posibles sobrecostes económicos de adaptación o modificación del sistema informático; tampoco hace valer como obstáculo la titularidad del nombre del dominio de correo electrónico, que por otra parte ya ha consentido utilizar a determinados efectos; en estas circunstancias no se puede justificar la negativa de la empresa por el simple y mero hecho de que no se haya alcanzado un acuerdo, sea al amparo de lo previsto en convenio colectivo, sea en concordancia con lo conciliado tiempo atrás en sede judicial, máxime cuando esos instrumentos colectivos contemplan realidades diversas; que en ocasiones anteriores la propia empresa haya aceptado dotar de una cuenta de correo electrónico al Sindicato a fin de comunicarse con ciertos colectivos de la plantilla, o que haya acordado expandir el radio de acción de esas cuentas a expensas de ulterior negociación y acuerdo, abunda en la idea de que lo interesado no es algo desproporcionadamente gravoso o distorsionador para la mercantil.

X. Apunte final

La STC 281/2005, de 7 de noviembre (caso BBVA), resolvió un litigio que, ya desde la sentencia dictada en instancia por la Audiencia Nacional, estimatoria de las pretensiones del sindicato demandante (SAN de 6 febrero 2001), y posteriormente por el Tribunal Supremo, revocatoria de la anterior y desestimatoria de la demanda (STS de 26 noviembre 2001), dio lugar a una importante discusión doctrinal (en la cual, por cierto, se posicionó en su momento el ponente de la Sentencia comentada en un sentido favorable a reconocer el uso sindical del correo corporativo en los términos explicitados en la SAN^[1], y no fue el único en hacerlo en aquellos momentos en que nada estaba resuelto definitivamente^[2]). Dando la vuelta al calcetín, la STC 281/2005 anuló la STS y dio validez a la SAN, lo que dio lugar a interesantes y numerosos comentarios doctrinales (alguno de ellos también del ponente de la sentencia comentada^[3]; en su momento incluso un comentario de quien esto suscribe donde tildé la STC 281/2005 como la “carta de bautismo de los ciberderechos sindicales”^[4]).

Han pasado casi dos décadas desde entonces, y, en términos de seguridad jurídica, no es mucho lo avanzado. Ciertamente, no son pocos los convenios colectivos donde se aborda la cuestión del uso sindical del e-mail corporativo, pero la mayoría se remiten al acuerdo de las partes (como ocurre precisamente con el aplicable en el caso de autos).

Tampoco el Poder legislativo ha hecho su trabajo. Los intentos de regulación han naufragado (ya en 2001, mientras se estaba tramitando el litigio que dio lugar a la STC 281/2005, se presentó una Proposición del Grupo mixto en el Senado, la conocida como Propuesta Cámara^[5]). Actualmente, se aborda la cuestión en el artículo 18.2 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, pero en unos términos muy generales que poco o nada aportan a la doctrina constitucional, y en todo caso solo aplicable dentro del ámbito del trabajo a distancia, no con generalidad para todas las personas trabajadoras^[6].

Casi dos décadas después de la STC 281/2005, los ciberderechos sindicales se siguen construyendo a golpe de sentencia. La Sentencia 71/2023, de 25 de enero de 2023, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, objeto de comentario, es, al momento actual, el último y a la vez un magnífico ejemplo de una cada vez más larga lista de sentencias que salen al rescate para garantizar el derecho al uso sindical del email de la empresa dentro de un justo equilibrio entre el derecho a la actividad sindical y los poderes empresariales.

Referencias:

1. ^ Antonio Vicente SEMPERE NAVARRO / Carolina SANMARTIN MAZZUCCONI lo expresaron como sigue: “Los Tribunales han tenido ocasión de pronunciarse también acerca de la incidencia de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas. Las más recientes decisiones jurisprudenciales, si bien de manera algo precipitada, acogen un criterio restrictivo sobre el tema; se considera que los representantes de los trabajadores no tienen derecho a utilizar los medios informáticos de la empresa para llevar a cabo sus comunicaciones, salvo consentimiento expreso del titular de la organización productiva (STS de 26 noviembre 2001), casando el ponderado criterio conforme al cual el uso no abusivo (y legítimo) del correo electrónico es el que resulta mesurado, racional y no excesivo (SAN de 6 febrero 2001)” (“Sobre «nuevas tecnologías» y relaciones laborales”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 15, 2002, BIB 2002\2021).
2. ^ También se manifestaron entonces a favor del uso sindical del correo corporativo: Antonio Pedro BAYLOS GRAU / Berta VALDÉS DE LA VEGA, “El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo”, en Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo (coords: Manuel Ramón ALARCÓN CARACUEL, Ricardo ESTEBAN LEGARRETA), Editorial Bomarzo (Albacete, 2004), págs. 121-159; o Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO / José Luis LÁZARO SÁNCHEZ, “Los derechos on-line en el ordenamiento laboral español: estado de la cuestión”, Derecho y conocimiento, Universidad de Huelva, vol. 2, págs. 151-173.
3. ^ Antonio Vicente SEMPERE NAVARRO / Carolina SANMARTIN MAZZUCCONI llegaban en ese comentario al siguiente apunte final: “La posición mantenida por el Tribunal Supremo sobre el uso sindical del

correo electrónico, negando directamente que los representantes tengan derecho a utilizar dicho cauce de comunicación con los trabajadores, nos parece demasiado rígida y poco atenta al contexto temporal en el que ha de aplicarse. El Tribunal Constitucional ha corroborado esa impresión, dando mayores fundamentos al criterio básico mantenido inicialmente por la Audiencia Nacional, en virtud del cual se admite el derecho de los órganos de representación a utilizar el correo electrónico corporativo para transmitir información de interés sindical a los trabajadores, pero siempre que tal uso sea mesurado, racional, y no constituya un abuso, por excesivo. De este modo, se refleja el justo equilibrio entre el derecho a la libertad sindical en su manifestación de acción sindical y los poderes empresariales” [“El uso sindical del correo electrónico a la luz de la STC 281/2005 de 7 noviembre”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 5, 2005, BIB 2005\2568].

4. ^ José Fernando LOUSADA AROCHENA, “La Sentencia 281/2005, de 7 de noviembre, del Tribunal Constitucional, o la carta de bautismo de los ciberderechos sindicales”, Revista de Jurisprudencia El Derecho, año II, número 2, 2006, págs. 1 a 4.
5. ^ Por el nombre del senador que la defendió. Boletín Oficial de las Cortes Generales de 1 de octubre 2001. Senado. VII Legislatura, Serie III A Núm. 13(a). Fue rechazada por el Pleno del Senado el 26 de septiembre de 2001.
6. ^ Según el artículo 18.2 de la LTD, “la empresa deberá suministrar a la representación legal de las personas trabajadoras los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa, entre ellos, el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa y la implantación del tablón virtual, cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia”. Calificamos esta norma como un avance aparente porque, a la vista de su inciso final “cuando sea compatible ...”, se mantiene incólume la doctrina constitucional tanto en la no obligación de establecer comunicaciones electrónicas para fines sindicales, como en las exigencias impuestas al uso sindical cuando esas comunicaciones estén ya implantadas en la empresa. Más novedosa es la obligación empresarial de suministrar a la representación legal de las personas trabajadoras el acceso a las direcciones electrónicas de uso en la empresa (y también el tablón virtual pero eso ya queda lejos de nuestro estudio), aunque seguramente esa obligación se podría deducir de la previa doctrina constitucional. Más ampliamente, véase José Fernando LOUSADA AROCHENA / Alexandre PAZOS PÉREZ / Ricardo Pedro RON LATAS, Trabajo a distancia y teletrabajo. Regulación laboral, procesal y de Seguridad Social; teletrabajo transnacional, Editorial Tecnos (Madrid, 2022), págs. 284-287.

§ 26 **Desistimiento de la demanda por un retraso de veinte minutos: el aviso previo o la justificación de que no se pudo hacer el aviso como exigencias procesales para evitarlo ¿Una cuestión de legalidad ordinaria?**

Juan Martínez Moya

Magistrado de la jurisdicción social. Vocal del Consejo General del Poder Judicial

Resumen: *La incomparecencia de la parte demandante al acto de juicio determina el desistimiento de su demanda si no se invoca por el demandante causa justa que le impidiera comparecer a la hora señalada. Un retraso ligeramente superior a quince minutos, sin que conste aviso previo al órgano judicial ni alegación de circunstancia alguna que se lo impidiera o que se encontrara en una situación que no le permitiera avisar ni estar presente en la hora señalada, fundamenta en Derecho la decisión órgano judicial de tener por desistido al demandante. Si no hubo aviso previo no es causa que justifique la incomparecencia de la parte demandante el uso forense de espera por cortesía ni la dificultad del desplazamiento a la sede judicial.*

Palabras clave: *Desistimiento. Incomparecencia. Retraso. Aviso previo.*

Abstract: *Le défaut de comparution du demandeur au procès entraîne le désistement de sa demande si le demandeur n'invoque pas un juste motif qui l'empêcherait de comparaître à l'heure fixée. Un retard d'un peu plus de quinze minutes, sans notification préalable à l'organe judiciaire ni allégation d'une circonstance l'en ayant empêché ou qu'il se trouvait dans une situation ne lui permettant pas de prévenir ou d'être présent à l'heure dite, la décision est fondée sur la loi organe judiciaire d'avoir le demandeur retiré. S'il n'y a pas eu d'avis préalable, la règle de courtoisie de l'attente ou la difficulté de se rendre au palais de justice n'est pas une cause justifiant la non-comparution du demandeur.*

Keywords: *Désistement. Comparution. Retard. Avis préalable.*

I. Introducción

De indudable interés para la práctica forense es la doctrina contenida en la sentencia del TS (Social) 102/2023, 2 de febrero de 2023 porque ofrece seguridad jurídica, entendida en clave de previsibilidad y predictibilidad, sobre sobre un acto, regulado en el artículo 83.2 de la LRJS, de tanta trascendencia como es el desistimiento de la demanda por incomparecencia del demandante.

El caso examinado, por una parte, aparece simple y sencillo en su planteamiento, tanto en la vertiente jurídica como fáctica. La parte demandante del proceso – en el caso una empresa- se presenta ante el Juzgado de lo Social con un retraso de quince minutos sobre la hora señalada para el acto de juicio. Sin embargo, esta asistencia se produce cuando ya se había declarado por el Letrado de la Administración de Justicia (LAJ) su desistimiento de la demanda por incomparecencia. Consta asimismo que la

parte demandante no avisó previamente del retraso, ni tampoco que se encontrara en situación que se lo impidiera.

La complejidad se revela por dos datos. Primero, porque hay precedentes en la doctrina constitucional sobre la interpretación de la presunción del desistimiento en estos casos. Y segundo: por los argumentos que, a modo de máximas de la experiencia, emplea la sentencia dictada por el TSJ (Sala Social) en suplicación para estimar el recurso de tal clase contra el Auto del Juzgado que confirmó el desistimiento. Justifica ese retraso de poco más de quince minutos – literalmente, refiere veinte- por las dificultades de desplazamientos a los juzgados de Madrid, ubicados en pleno centro y porque “habitualmente se tiene la consideración por parte de los juzgados de esperar por cortesía durante un lapso de tiempo razonable”.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, pese a reconocer que existe ese uso forense de considerar un tiempo de espera, casa la sentencia de suplicación al poner la mirada en “la falta de aviso previo que, en palabras de la doctrina constitucional, es una exigencia procesal de ineludible cumplimiento y calificado como requisito de orden público”, y sin que conste razón de una circunstancia que le haya impedido llegar a la hora a la que fue citado.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 102/2023, de 2 de febrero.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ núm. 3520/2023.

ECLI:ES:TS: 2023:436

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. María Luz García Paredes.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La problemática suscitada es de naturaleza estrictamente procesal: se trata de determinar si se debió tener por desistida a la parte demandante del proceso por su incomparecencia al acto del juicio en la hora señalada en un Juzgado de lo Social de Madrid, transcurridos algo más de quince minutos desde la hora de señalamiento sin que conste aviso previo que de ese retraso.

Las escalonadas secuencias que delimitan los escenarios procesales son las siguientes:

-) *En instancia:*

Destaremos dos momentos:

(1) Lo sucedido el día señalado para el juicio

1. Acto de señalamiento de juicio el día 16 de mayo de 2018 a las 9,45 horas. En el proceso, cuyo objeto era la impugnación de una sanción, figuraban como demandante una empresa; como parte demandada la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad Autónoma de Madrid. Llegada el momento del acto juicio no comparece la parte demandante, teniéndosela por desistida.

2. Decreto de desistimiento dictado por el Letrado de la Administración de Justicia (LAJ) el día 16 de mayo de 2018 tras la constatación de la incomparecencia de la parte demandante al llamamiento.

3. Comparecencia a las 11,46 horas del día señalado para el juicio del letrado de la parte actora en sede judicial, con poder de la empresa, a quien se le notifica a quien se le notificó el decreto de desistimiento en forma, haciendo constar la comparecencia de dicho letrado a las 10,05 horas en la secretaría del Juzgado sin que avisara de posible retraso.

(2) Recurso de revisión contra el Decreto del LAJ teniendo por desistida a la parte demandante.

Con fecha 7 de junio de 2018, el Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid, dictó auto confirmando el Decreto de 16 de mayo de 2018 que tuvo por desistida a la parte actora por incomparecencia.

En dicho auto, se consignaron los siguientes hechos en la fundamentación jurídica:

-Primero. - Estando señalado juicio para el día 16/05/2018 a las 9,45 horas, con citación en forma de todas las partes, compareció la demandada, y no la parte actora por lo que se dictó decreto teniéndola por desistida.

-Segundo. - El día del señalamiento, a las 11,46 horas compareció el letrado de la parte actora con poder, a quien se le notificó el decreto de desistimiento en forma, haciendo constar la comparecencia de dicho letrado a las 10,05 horas en la secretaría del Juzgado sin que avisara de posible retraso".

-) En suplicación:

El Auto del Juzgado de lo Social confirmando el Decreto de desistimiento es recurrido en suplicación por la empresa. La Sala de lo Social del TSJ de Madrid estima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa, revoca dicho Auto y ordena al Juzgado a *quo* señalar nuevo día para los actos de celebración de conciliación y juicio.

-) En casación unificadora de doctrina:

Recorre la sentencia del TSJ de Madrid la Consejería autonómica demandada invocando como sentencia de contradicción otra de la misma Sala de lo Social; y, como veremos, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en la línea de lo informado también por el Ministerio Fiscal en su informe, estima el recurso de casación unificadora, revoca ala sentencia de la Sala de lo Social del TSJ y confirman el Auto dictado por el Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid, de fecha 7 de junio de 2018, que tuvo por desistida a la parte demandante.

IV. Posición de las partes

(1) *La empresa demandante*: su posición ha oscilado durante el proceso.

-Como *parte demandante* ante el Juzgado de lo Social impugnó ante el Juez de lo Social, sin éxito, el Decreto del LAJ que la tuvo por desistida.

-Como *parte recurrente* en suplicación interesó la revocación del Auto que confirmó el Decreto de desistimiento. El recurso de suplicación fue estimado por la Sala de lo Social del TSJ al considerar que aunque "es lo cierto que no hay alegación de causa concreta para el retraso del demandante, pero hemos de tener en consideración que en una ciudad como Madrid y estando ubicados los juzgados en pleno centro, un leve retraso como el que nos ocupa no puede dar lugar a tener por desistida a una parte, sino que habitualmente se tiene la consideración por parte de los juzgados de esperar por cortesía durante un lapso de tiempo razonable, como son veinte minutos, no pudiéndose presumir el desistimiento, por lo que el recurso se estima, debiéndose citar nuevamente a las partes para la celebración del acto del juicio"^[1].

- Como *parte recurrida* en el recurso de casación para la unificación de doctrina, presenta escrito de impugnación en el que discrepa de la preceptiva identidad entre las sentencias comparadas, y reitera que la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ ha decidido conforme a la doctrina constitucional en esta materia. También denuncia

defectos del escrito de interposición del recurso en relación con la infracción normativa alegando que la recurrente en casación no ha destinado motivo específico a su fundamentación.

(2) *La Administración autonómica demandada*: su posición procesal también ha variado en las diferentes fases del proceso.

- Como *parte demandada* ante el Juzgado de lo Social su actuación procesal se limitó a comparecer al acto de juicio en la hora señalada, y que tras la incomparecencia de la parte actora, se archivó por desistimiento.

- Como *parte recurrida* en el recurso de suplicación: impugnó el recurso de suplicación de la empresa contra el Auto que confirmó el Decreto de desistimiento.

- Como parte recurrente en el recurso de casación para unificación de doctrina, articula un solo motivo, identificando como preceptos legales infringidos el art. 83.2 de la LRJS y el art. 24 de la Constitución Española e invocando como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 1 de abril de 2019 -rollo 241/2018- .

(3) El *Ministerio Fiscal* emitió informe en el sentido favorable a estimar el recurso tanto porque hay contradicción como porque en el caso debió ratificarse el desistimiento de la parte actora al no haber dado aviso alguno. Consideraba en su informe que las razones que ofrece la sentencia recurrida (la complejidad de los desplazamientos a sedes judiciales en una ciudad como Madrid) no son acogibles cuando ha quedado constatada una falta de diligencia y de cumplimiento de las obligaciones de cooperación procesal que todas las partes deben acatar.

V. Normativa aplicable al caso

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social

*Artículo 83. Suspensión de los actos de conciliación y juicio.

1. Sólo a petición de ambas partes o por motivos justificados, acreditados ante el secretario judicial, podrá éste suspender, por una sola vez, los actos de conciliación y juicio, señalándose nuevamente dentro de los diez días siguientes a la fecha de la suspensión. Excepcionalmente y por circunstancias trascendentes adecuadamente probadas, podrá acordarse una segunda suspensión. [...]

2. Si el actor, citado en forma, no compareciese ni alegase justa causa que motive la suspensión del acto de conciliación o del juicio, el secretario judicial en el primer caso y el juez o tribunal en el segundo, le tendrán por desistido de su demanda.

VI. Doctrina básica

La incomparecencia de la parte demandante al acto de juicio determina el desistimiento de su demanda si no se invoca por el demandante causa justa que le impidiera comparecer a la hora señalada. En el caso, un retraso ligeramente superior a quince minutos sin que conste aviso previo al órgano judicial ni alegación de circunstancia alguna que se lo impidiera o que se encontrara en una situación que no le permitiera avisar ni estar presente en la hora señalada, fundamenta en Derecho la decisión órgano judicial de tener por desistido al demandante. El tiempo de tardanza, como aquí, de más de quince minutos, ya se ha considerado por la doctrina constitucional como tiempo más que razonable para tener por no comparecida a la parte.

Con estas circunstancias, no destruye la presunción de abandono en que se fundamenta el desistimiento por incomparecencia:

(a) Ni la simple presencia del letrado, con poder de la parte demandante ante el órgano judicial quince minutos después de que éste le hubiera tenido por desistido;

(b) Ni tampoco que pueda justificarse dicha demora por la propia Sala de suplicación trayendo como argumentos:

- El de dificultad del desplazamiento a las sedes judiciales como ocurre en la ciudad de Madrid que presenta perfiles singulares en orden a los desplazamientos de los ciudadanos que pueden ser más o menos complejos, puesto que ello no puede justificarse por sí solo el que las personas, sin más, no acudan en la hora señalada a los actos, en este caso, judiciales, que tienen programados y menos que no muestren una conducta diligente a la hora de atender esos llamamientos, como es avisando del retraso que pueden tener en su llegada al destino, permitiendo que el propio órgano judicial y la parte contraria puedan adaptar sus agendas y tareas a la demora.

-O el del conocido uso forense, del tiempo de espera razonable, porque en el caso no se conocía si tras llegada de la hora señala para el acto de juicio se flexibilizó la llamada al acto de juicio, dando un tiempo de espera razonable a las partes para su presencia, como uso forense conocido, pero que, en todo caso, ello no podía alterar el dato cierto de que la llegada de la parte actora a la sede del juzgado lo fue con ese espacio temporal de retraso sobre la hora fijada, sin avisar y sin dar razón de una circunstancia que le haya impedido llegar a la hora a la que fue citado.

VII. Parte dispositiva

**Pronunciamiento principal:* La Sala IV del TS:

(1) estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado de la Comunidad de Madrid, en nombre y representación de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid, contra la *sentencia dictada el 29 de mayo de 2019, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 689/2018;*

(2) casa y anula la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestima el de tal clase interpuesto por la parte actora, confirma el *Auto de 7 de junio de 2018, dictado por el Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid, en los autos 1087/2018*, en materia de impugnación de sanciones, que confirmaba el Decreto de 16 de mayo de 2018 por el que se tiene por desistida a la parte actora.

**Pronunciamientos accesorios:* (1) No se imponen costas en el recurso de suplicación; (2) no hay imposición de costas en el recurso de casación para la unificación de doctrina.

VIII. Pasajes decisivos

Fundamento de Derecho Tercero. - [...]

[...] El apartado 2 [del art. 83 de la LRJS] [...] dispone que "Si el actor, citado en forma, no compareciese ni alegase justa causa que motive la suspensión del acto de conciliación o del juicio, el secretario judicial en el primer caso y el juez o tribunal en el segundo, le tendrán por desistido de su demanda"

Este precepto, en la misma redacción recogida en la LPL 1980 y 1990, fue objeto de la doctrina constitucional que se invoca en la sentencia recurrida como en la de contraste y por el propio recurrente, diciendo que en él se venía a contemplar una especie de desistimiento tácito, como presunción de abandono de la acción emprendida y que tenía como causa la incomparecencia del demandante. Como tal presunción de abandono, permitía una prueba en contrario que pusiera de manifiesto su voluntad de continuar con el proceso. [...]

La aplicación de aquella doctrina al caso que se ha resuelto en la sentencia recurrida y en la de contraste, revela que la sentencia recurrida se ha apartado de la misma.

Ha de partirse de que no se produjo aviso alguno por la parte actora del retraso en que iba incurrir. Que entre la hora señalada para el acto de juicio y la que consta

como momento en el que se encontraba en la sede del juzgado el Letrado de la parte actora había transcurrido, en el caso de la sentencia recurrida, más de quince minutos. Que en ningún momento se ha alegado la razón por la que la parte actora no pudo estar presente en la hora señala ni tan siquiera la de estar impedido para avisar al órgano judicial de su retraso.

En estas circunstancias, sin aviso previo que, en palabras de la doctrina constitucional, es una exigencia procesal de ineludible cumplimiento y calificado como requisito de orden público, y sin justificación de circunstancia alguna que se lo impidiera ni la invocación de encontrarse en una situación que no le permitiera avisar ni estar presente en la hora señalada, no es posible afirmar que la decisión del juzgador de instancia, revocada en suplicación, no fuera ajustada a derecho y menos que la presunción de abandono haya sido destruida con la simple presencia ante el órgano judicial una vez que por éste se le había tenido por desistido.

Es cierto que la ciudad de Madrid presenta perfiles singulares en orden a los desplazamientos de los ciudadanos que pueden ser más o menos complejos pero ello no puede justificar por sí solo el que las personas, sin más, no acudan en la hora señalada a los actos, en este caso, judiciales, que tienen programados y menos que no muestren una conducta diligente a la hora de atender esos llamamientos, como avisando del retraso que pueden tener en su llegada al destino, permitiendo que el propio órgano judicial y la parte contraria puedan adaptar sus agendas y tareas a la demora. Es más, en ningún momento consta en las resoluciones objeto del recurso que la parte actora expusiera la razón de su tardanza y si la misma fue por causa que no le era imputable o, al menos que fuera razonable y la causa por la que no dio aviso de su retraso al juzgado. El tiempo de tardanza, como aquí, de más de quince minutos, ya se ha considerado por la doctrina constitucional como tiempo más que razonable para tener por incomparecida a la parte. No podemos ignorar que no se conoce si tras llegada de la hora señala para el acto de juicio se flexibilizó la llamada al acto de juicio, a la que refiere la sentencia recurrida, dando un tiempo de espera razonable a las partes para su presencia, como uso forense conocido, pero ello no altera el dato cierto de que la llegada de la parte actora a la sede del juzgado lo fue con ese espacio temporal de retraso sobre la hora fijada, sin avisar y sin dar razón de una circunstancia que le haya impedido llegar a la hora a la que fue citado”.

IX. Comentario

1º.- *La cuestión objeto de debate.* Hemos dejado indicado que la problemática suscitada es de naturaleza estrictamente procesal: determinar si se debió tener por desistida a la parte demandante del proceso por su incomparecencia al acto del juicio en la hora señalada en un Juzgado de lo Social de Madrid, transcurridos algo más de quince minutos desde la hora de señalamiento sin que conste aviso previo de se iba a producir ese retraso y sin quedar justificada causa concreta que le impidiera hacer ese aviso.

2º.- *El desistimiento en general y el desistimiento especial en el proceso laboral: la interpretación de la regla de la bilateralidad* Conceptualmente, el desistimiento en general es la declaración del actor en el sentido de no querer la prosecución del proceso. Esta declaración de voluntad envuelve la precisión procesal de que se dicte resolución final sin pronunciamiento sobre el objeto procesal, y, por tanto, sin fuerza de cosa juzgada material.^[2] Ahora bien, el desistimiento por incomparecencia del actor en el proceso laboral, a diferencia del proceso civil, es un desistimiento muy especial. En principio, un acto de tanta trascendencia debe ser expreso, pero no faltan en las leyes procesales desistimientos tácitos, bien entendido que éste no puede entenderse producido por cualquier conducta del demandante, sino que puede darse sólo en supuestos típicos, esto es en los casos en que la ley así lo dispone.^[3]

En el proceso laboral este supuesto típico de desistimiento tácito tiene su *premisa legal* en el artículo 83.2 LRJS que dispone que “Si el actor, citado en forma, no compareciese ni alegase justa causa que motive la suspensión del acto de conciliación

o del juicio, el secretario judicial en el primer caso y el juez o tribunal en el segundo, le tendrán por desistido de su demanda”.

Dos son las conductas causantes de ese desistimiento tácito: 1ª la mera incomparecencia del demandante al acto de juicio; la 2ª la incomparecencia basada en un motivo que el órgano judicial estima insuficiente para justificar la suspensión. En el primer supuesto, la declaración de desistimiento opera de manera automática, limitándose el órgano judicial a constatar la realidad de la incomparecencia del actor ya tenerlo por desistido ante esta circunstancia objetiva. En el segundo, corresponde al órgano judicial valorar la entidad justificativa del motivo alegado y decidir en consecuencia^[4].

Por otra parte, aunque no es el supuesto contemplado en la sentencia, la bilateralidad del desistimiento en el proceso civil (art. 20 LECivil), esto es que exija audiencia y conformidad de la parte demandada, no es predicable en esta clase de desistimiento tácito regulado en el proceso laboral. Con todo, cabría plantearse hasta qué punto al demandado puede no interesarle dejar abierta la posibilidad de un proceso posterior. Esta posibilidad no puede descartarse. De entrada, porque recordemos que la LECivil es supletoria, con las debidas adaptaciones para el proceso laboral. Ahora bien, la audiencia del demandado (y en el caso, su conformidad con el mismo) se suple en el caso del proceso laboral con el traslado para impugnación de los recursos tanto en instancia como en suplicación. Es, sin duda, una regulación en cierta medida paradójica.

3º.- *La interpretación del desistimiento tácito por la doctrina constitucional como punto de inflexión.*

Lo que en un principio para la jurisprudencia ordinaria constituía un cuestión de legalidad ordinaria (equipar la mera incomparecencia y alegación tardía de la causa que produjo la incomparecencia) el Tribunal Constitucional en sentencia 21/1989, de 31 de enero rompió esa equiparación y consideró que no se puede privar a la parte demandante de que el órgano judicial examine las razones de su incomparecencia en aquellos caso en los que no pudo justificarlas en un momento anterior a la fecha señalada para la celebración del juicio. En suma, alegación tardía de incomparecencia y mera incomparecencia no son comportamientos equiparables en el terreno de los efectos o, cuando menos, no pueden ser asimilados en aquellos aso en los que concurre una causa justificativa de la alegación tardía.^[5] De ahí que el problema, visto desde esta perspectiva, no es ya si existe o no desistimiento, sino cual debe ser el momento oportuno para manifestar la voluntad contraria a la terminación del proceso y qué posibilidades tiene quine no puedo comparecer el día y hora señalado para mostrar de forma eficaz su voluntad contraria.

4º.- *Los criterios de la doctrina constitucional que maneja la sentencia del TS:*

La sentencia que analizamos la Sala de lo Social del TS hace un recorrido sobre los precedentes legales y la evolución de la doctrina constitucional sobre la materia. De su completa fundamentación jurídica cabe extraer los siguientes indicadores que configuran el régimen jurídico del desistimiento por incomparecencia de la parte actora:

(1). - *Es un desistimiento tácito equivalente a una presunción de abandono.* Recuerda que el vigente apartado 2 del art. 83.4 de la LRJS tiene idéntica redacción al que contemplaba la LPL 1980 y 1990, y que fue objeto de reiterada doctrina constitucional expresiva de que el precepto contemplaba una especie de *desistimiento tácito*, como presunción de abandono de la acción emprendida y que tenía como causa la incomparecencia del demandante.

(2). - *Admite prueba en contrario* a fin de poner de manifiesto el actor su voluntad de continuar con el proceso.

(3). - *Una interpretación flexible de la norma, pero con factores de corrección para evitar dilaciones o infracciones normativas contrarias al buen funcionamiento de la*

justicia. Esa concepción como presunción abonó una doctrina favorable a una interpretación flexible y antiformalista de esta norma^[6], congruente con el propósito del legislador, que no es otro que el de restringir en lo posible las suspensiones inmotivadas o solapadamente dilatorias^[7]. Sin embargo, hay *factores de corrección o de freno a consecuencias no deseadas por la excesiva flexibilidad* que se concretan en dos aspectos:

(a) Tal interpretación *no puede amparar actitudes carentes de la diligencia* debida por parte del interesado, lesivas del derecho a la tutela judicial efectiva de la contraparte, de la garantía a un proceso sin dilaciones indebidas o a la regularidad, buen funcionamiento y, en definitiva, integridad objetiva del proceso. ^[8]

(b) La mera alegación de una causa o motivo justificado no lleva ipso iure a la suspensión del juicio; sino que "por el contrario, la realidad de lo expresado ha de ser averdada, con eficacia probatoria y fuerza de convicción suficiente para llevar al ánimo del juzgador la veracidad de la circunstancia impeditiva de la asistencia"^[9].

(4). - *El papel del órgano judicial*. Es al órgano judicial a quien corresponde apreciar la concurrencia de las circunstancias imposibilitantes de la comparecencia del actor para acordar la suspensión del juicio, decisión que no admite discrecionalidad alguna pues se ha de adoptar en función de circunstancias concretas, probadas e idóneas para justificar la suspensión, adecuación que es revisable en vía de recurso^[10]

(5). - *Requisitos de la decisión judicial declarando el desistimiento*: ha de motivarse la causa de la incomparecencia, la forma y el momento de su justificación^[11] (")", calificando a la enfermedad como justa causa (*STC 9/1993*).

(6). - *Momento procesal oportuno para poner en conocimiento al órgano judicial la causa de incomparecencia: la importancia del aviso previo como exigencia procesal adecuada al principio por acción*. Así, la doctrina constitucional exige como presupuesto para la posible suspensión de los actos señalados el aviso previo. De la incomparecencia sin aviso previo se deduce una voluntad de abandono de la acción o pretensión. El aviso previo procesal se convierte en una exigencia procesal, cuyo cumplimiento, salvo circunstancias imposibilitantes, deviene ineludible, sin que pueda dejarse su cumplimiento al arbitrio de las partes, pues se trata de un requisito de orden público, por lo que escapa al poder de decisión de las partes. La consecuencia que se anuda a la incomparecencia sin aviso previo, a saber, el tener por desistido, es una sanción proporcionada a la garantía de obtener un proceso sin dilaciones indebidas, y al derecho a la tutela judicial de la contraparte, sin que pueda subsanarse un vicio de esta naturaleza porque se sacrificaría la regularidad y el buen funcionamiento del proceso^[12] Aunque también se ha admitido, con carácter excepcional, la justificación a posteriori de la causa de inasistencia concurrida cuando, concretamente, la enfermedad constituya un acontecimiento imprevisible, que además a tenor de las circunstancias concurrentes tenga una capacidad obstativa o paralizante de la actividad normal del sujeto^[13]

(7). - *Existencia de precedentes similares* como el que inadmitió la demanda de amparo de un recurrente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo a quien se tuvo por desistido porque su Letrado no había comparecido a la hora del señalamiento al acto de la vista, sino un cuarto de hora después por problemas en el tráfico rodado (concretamente un atasco). ^[14]

Ha de hacerse notar que curiosamente la sentencia no menciona propios precedentes como el de la STS de 15 de noviembre de 2022 que declara también la incomparecencia del actor, cuando no se avisa la imposibilidad de asistencia al acto de conciliación y posterior juicio, mediando apoderamiento de la letrada que tampoco acudió. En este caso también descartó aplicar la doctrina flexibilizadora al considerar que no hubo comportamiento diligente de la parte actora^[15].

5º.- *La resolución del caso: ni el mero retraso de apenas quince minutos ni las supuestas dificultades para el desplazamiento a la sede judicial son causas justas para destruir la presunción de abandono.*

Con estas circunstancias, no destruye la presunción de abandono en que se fundamenta el desistimiento por incomparecencia:

(a) Ni la simple presencia del letrado, con poder de la parte demandante ante el órgano judicial apenas pocas de quince minutos después de que éste le hubiera tenido por desistido;

(b) Ni tampoco que pueda justificarse dicha demora por la propia Sala de suplicación trayendo como argumentos:

- El de dificultad del desplazamiento a las sedes judiciales como ocurre en la ciudad de Madrid que presenta perfiles singulares en orden a los desplazamientos de los ciudadanos que pueden ser más o menos complejos, puesto que ello no puede justificar por sí solo el que las personas, sin más, no acudan en la hora señalada a los actos, en este caso, judiciales, que tienen programados y menos que no muestren una conducta diligente a la hora de atender esos llamamientos, como es avisando del retraso que pueden tener en su llegada al destino, permitiendo que el propio órgano judicial y la parte contraria puedan adaptar sus agendas y tareas a la demora.

- O el del conocido uso forense, del tiempo de espera razonable, porque en el caso no se conocía si tras llegada de la hora señala para el acto de juicio se flexibilizó la llamada al acto de juicio, dando un tiempo de espera razonable a las partes para su presencia, como uso forense conocido, pero que, en todo caso, ello no podía alterar el dato cierto de que la llegada de la parte actora a la sede del juzgado lo fue con ese espacio temporal de retraso sobre la hora fijada, sin avisar y sin dar razón de una circunstancia que le haya impedido llegar a la hora a la que fue citado.

X. Apunte final

Dos valoraciones y un apunte para cerrar, o mejor, dejar abierto el comentario:

Primera valoración: la doctrina contenida en esta sentencia contribuye a la seguridad jurídica. Seguridad jurídica que, en terminología acuñada por *Habermas*, significa estabilizar expectativas de conducta como una función esencial del Derecho^[16]. El TS, con rigor y rotundidad, destierra toda interpretación voluntarista de la norma que no se acomode a su finalidad. La decisión no es aislada. Ya se sostuvo este mismo criterio en STS de 15 de noviembre de 2022^[17], de la misma ponente, como antes mencionamos.

Segunda valoración: en la fundamentación jurídica de la sentencia se atisba el cuidado de hacer retornar esta cuestión terreno de control propio de la legalidad ordinaria. Este es otro, sin duda, de sus aciertos. Aunque la fundamentación jurídica está jalonada de pronunciamientos del Tribunal Constitucional, también delimita territorios entre lo que es propio del control de la jurisdicción ordinaria y el control constitucional. Y lo hace con palabras del propio TC: “[e]l Tribunal no puede [art. 44.1 b) LOTC] revisar la circunstancia fáctica, alegada por el Letrado de la parte recurrente, de que puso en conocimiento del Juzgado su eventual retraso, circunstancia fáctica negada expresamente por dicho Juzgado, en la medida en que la parte recurrente en amparo no ha demostrado, en modo alguno, la existencia de un error patente en las resoluciones judiciales impugnadas dotado de relevancia constitucional, en los términos definidos por la jurisprudencia de *este Tribunal*”^[18].

El *apunte final* tiene que ver con la configuración conceptual tan singular de esta clase de desistimiento especial que se produce en el proceso laboral, por incomparecencia del demandante. Constituye un *punto de fuga con respecto a la jurisdicción civil*. Si se compara con la regulación que del desistimiento lleva a cabo el proceso civil (art. 20 LECivil) el desistimiento por incomparecencia del demandante en el proceso laboral, casa mal, con el fundamento de la bilateralidad que preside el

proceso civil – incluso en el juicio verbal, art. 442 LECivil, puede pedir indemnización de daños y perjuicios, además de las costas-. Además, rescata la idea de que la incomparecencia del demandante al acto de juicio revela que la demanda no supuso una interposición completa de la pretensión^[19].

Referencias:

1. ^ Sentencia TSJ (Social) Madrid de 29 de mayor 2019 ECLI:ES:TSM:2019:4565
2. ^ De la Oliva Santos, A. y Díez-Picazo Giménez, I. *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*. Edit. Centro de Estudios Ramón Areces S.A, 2000. pág. 432
3. ^ Montero Aroca, J. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral, I*. Editorial Civitas pág. 83, 1993, citando a Ortells, *Derecho Jurisdiccional, II*, 1º, pág. 352
4. ^ Zarzalejos, *El desistimiento tácito por incomparecencia del actor*. Revista Española de Derecho del Trabajo, 1990, núm 42, pág. 366
5. ^ Valdés Dal-Ré, F. *Ley de Procedimiento Laboral, análisis y comentarios al R.D Legislativo 521/90 de 27 de abril*, VV.AA. Deusto. 1990. págs. 236 y 237
6. ^ SSTC 237/1988, 21/1990 , 9/1993 , 218/1993 , 373/1993 , 86/1994 , 196/1994
7. ^ STC 3/1993
8. ^ SSTC 373/1993, 86/1994 , 196/1994.
9. ^ STC 195/1999 recuerda, con cita de la STC 373/1993 ,
10. ^ SSTC 237/1988, 9/1993
11. ^ SSTC 130/1986, 21/1989 , 9/1993 , 218/1993 , y 196/1994
12. ^ STC 373/1993, fundamento jurídico 4º.
13. ^ SSTC 21/1989, 9/1993 y 218/1993.
14. ^ ATC 215/2003
15. ^ ECLI:ES:TS: 2022:4128, de la misma ponente que la examinada: García Paredes, María Luz.
16. ^ Habermas, J. (1970-71), “Lecciones sobre una fundamentación de la sociología en términos de teoría del lenguaje”, en *Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos*, Cátedra, Madrid, 1989 (1º edición alemana 1984).
17. ^ ECLI:ES:TS: 2022:4128
18. ^ ATC 215/2003 citando, por todas, SSTC 96/2000, de 10 de abril, FJ 4 ; 177/2001 , de 17 de septiembre, FJ 4 ; 36/2002 , de 11 de febrero , FJ 6).
19. ^ Montero Aroca, J. *op. cit.* pág. 83

§ 27 Huelga feminista y premio por presencia: el tiempo empleado en una huelga no puede ser considerado absentismo a tales efectos, en ausencia de especificación expresa en el convenio colectivo.

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen: *Vulnera el derecho de huelga la empresa que computa las horas que no se va a trabajar por ejercer el derecho fundamental de huelga como horas de absentismo laboral a los efectos de devengo del premio por presencia regulado en el convenio colectivo.*

Palabras clave: *Huelga. Absentismo. Premio de presencia.*

Abstract: *A company that counts the hours that are not worked due to the exercise of the fundamental right to strike as hours of absence from work for the purposes of accrual of the attendance bonus regulated in the collective agreement violates the right to strike.*

Keywords: *Strike. Absenteeism. Attendance award.*

I. Introducción

La STS de 9 de febrero de 2023 considera que para que el tiempo de huelga pueda incidir de manera negativa en el cómputo del correspondiente complemento o plus de asistencia es preciso que así se haya hecho constar expresamente en el convenio de aplicación, por lo que el silencio del convenio colectivo debe interpretarse en el sentido más favorable para el derecho fundamental y no puede interpretarse como una autorización para que la empresa considere el tiempo de huelga como ausencia injustificada al trabajo a los efectos de la percepción del complemento o plus de asistencia. La sentencia continúa, así pues, con la doctrina de la Sala más sensible al derecho de huelga -exigiendo que la previsión del absentismo por huelga se especifique expresamente a fin de poder ulteriormente comprobar el grado de impacto en el derecho- que la mantenida en esta concreta materia por el propio Tribunal Constitucional.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala Cuarta).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 128/2023, de 9 de febrero.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 2354/2020.

ECLI:ES:TS:2023:712.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El sindicato CGT convocó huelga general de 24 horas el día 8 de marzo de 2018 cuyo objetivo reivindicativo consistía en reclamar del Gobierno medidas concretas contra las violencias machistas, la supresión de la brecha salarial y la desigualdad en las pensiones, la eliminación del acoso y otra serie de medidas relacionadas con la mujer trabajadora. Varias personas trabajadoras de la empresa IVECO España SL se sumaron a la huelga. La empresa computó las ocho horas que no fueron a trabajar como absentismo laboral a los efectos de devengo del premio por presencia regulado en el art. 41 del convenio colectivo de la empresa (Iveco España). Contra tal actuación la Confederación General del Trabajo, en su propio nombre y en representación de diecisiete trabajadores afiliados que habían ejercido el derecho de huelga, interpuso demanda por la modalidad de tutela de los derechos fundamentales por vulneración del derecho de libertad sindical y del derecho de huelga.

La demanda fue estimada por la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 39 de Madrid quien declaró que la conducta empresarial objeto de enjuiciamiento vulneraba el derecho de acción sindical y de huelga del sindicato accionante y de los afiliados demandantes. Tras declarar la nulidad radical de la conducta de la empresa, ordenó el cese en el comportamiento discriminatorio y antisindical, la reposición de los trabajadores accionantes en su derecho de modo que no se computaran a efectos de absentismo las horas de ejercicio del derecho de huelga, y condenó a la empresa a pagar al sindicato demandante una cuantía de 12.000 euros en concepto de indemnización.

La empresa interpuso recurso de suplicación que fue estimado por el TSJ Madrid quien revocó la sentencia del juzgado de lo social y desestimó la demanda. La sentencia afirma que "en el presente caso no se ha producido una vulneración del derecho de huelga, al no haber existido ningún impedimento por parte de la empresa para que aquella se desarrollara". Y entiende que la cuestión del "cómputo del tiempo de ejercicio del derecho de huelga a los efectos de la valoración del absentismo para el devengo del premio por presencia, es una cuestión de legalidad ordinaria", sin que el TSJ pueda entrar en esa cuestión de legalidad ordinaria, al haberse utilizado la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y, de conformidad con el artículo 178.1 LRJS, "el objeto del presente proceso queda limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del citado derecho o libertad".

Contra dicha sentencia el sindicato interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

IV. Posición de las partes

La Confederación General del Trabajo invoca de contraste la sentencia de esta Sala 4ª del Tribunal Supremo 19 de abril de 2004 (rec. 36/2003), y denuncia la infracción del artículo 28.2 CE y del artículo 6.1 y 2 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.

La empresa Iveco España, S.L. impugna el recurso por entender que no hay contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia referencial, solicitando, en todo caso, la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida. Se plantea también si era adecuada la modalidad procesal utilizada de tutela de derechos fundamentales.

El Ministerio Fiscal interesa también la desestimación del recurso por entender que no existe la contradicción exigida.

V. Normativa aplicable al caso

- Art. 28.2 CE.
- Arts. 6.1 y 2 RDL 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.

VI. Doctrina básica

Vulnera el derecho de huelga la empresa que computa a las personas trabajadoras las horas que no fueron a trabajar como absentismo laboral a los efectos de devengo del premio por presencia regulado en el convenio colectivo. Para que el tiempo de huelga pueda incidir de manera negativa en el cómputo del correspondiente complemento o plus es preciso que así se haya hecho constar expresamente en el convenio de aplicación, por lo que el silencio del convenio colectivo no puede interpretarse como autorización para que, a los efectos de la percepción del complemento o plus, la empresa considere el tiempo de huelga como ausencia injustificada al trabajo.

VII. Parte dispositiva

Se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la CGT, se casa y anula la sentencia de suplicación y se resuelve el debate de suplicación, en el sentido de desestimar el recurso interpuesto por Iveco España, S.L. confirmando la sentencia del Juzgado de lo Social, sin condena en cosas en el recurso de casación para la unificación para la unificación de doctrina.

VIII. Pasajes decisivos

- "fue adecuada la utilización de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales, pues se trata de una cuestión de claro relieve constitucional directamente relacionada con el derecho de huelga -puede disuadir del ejercicio del derecho-"

- "cuando el convenio colectivo aplicable no contiene previsión alguna respecto a la incidencia de la huelga en el plus de asistencia y en el coeficiente corrector (en el presente caso es el premio por presencia), complementos ambos que tienen por finalidad reducir el índice de absentismo".

- "interpretar este silencio (del convenio colectivo) como pretende la empresa demandada supone una equiparación tácita del día de huelga al de ausencia injustificada al trabajo y, el carácter de fundamental que el derecho de huelga merece en la Constitución, tal interpretación no puede mantenerse y todo ello sin negar que en convenio colectivo pueda llegar a acordarse lo contrario".

- "Pero, de conformidad con la doctrina de la Sala, que no desconoce la STC 189/1993, 14 junio de 1993 (...) el acuerdo del convenio colectivo tiene que ser expreso en tal sentido, como sucedía precisamente en el supuesto examinado por la citada sentencia"

IX. Comentario

La STS unifica doctrina ratificando la ya mantenida en su STS de 19 de abril de 2004, rec. 36/2003 que se ofrecía como contradictoria por el sindicato. A diferencia de lo alegado tanto por la empresa como por el propio Ministerio Fiscal, la Sala de lo social rechaza la falta de contradicción y considera que concurre. Para el TS en ambos casos, a los trabajadores que participaron en la huelga la empresa les computa ese tiempo a los efectos de un plus de asistencia o premio por presencia previsto en los dos supuestos en el convenio colectivo empresarial y, en ambos casos, los sindicatos denunciaban la infracción del artículo 28.2 CE y del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo. Mientras que en la sentencia de contraste se estimó la demanda por vulnerar el

derecho de huelga, en la recurrida de suplicación se consideró que no se vulneraba el derecho alegado. Es decir, "en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se ha llegado, así, a pronunciamientos distintos, por lo que la doctrina necesita ser unificada". Para el TS, por lo demás, no obsta a la existencia de contradicción que la sentencia recurrida la demanda se canalizara por la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales y en la sentencia de contraste por la modalidad de conflicto colectivo, "toda vez que ello no quiebra la afirmada identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones".

Seguidamente el TS entra en las cuestiones planteadas. La primera de ellas, la relativa a si la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales utilizada era la correcta. La sentencia recurrida afirmaba que "en el presente caso no se ha producido una vulneración del derecho de huelga, al no haber existido ningún impedimento por parte de la empresa para que aquella se desarrollara". Para el TS se parte de una premisa errónea, porque lo que denunciaba el sindicato era la infracción del derecho de huelga por parte de la empresa, "no porque hubiera impedido que se desarrollara la huelga (alegación que en ningún momento esgrimió), sino porque la empresa computó como absentismo el tiempo del ejercicio del derecho de huelga a los efectos del devengo del premio por presencia", único objeto del proceso, directamente relacionado con el derecho de huelga, y al que no se le acumuló ninguna otra acción de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamento diverso a la tutela del derecho de huelga. Para el TS el cómputo como absentismo del tiempo del ejercicio del derecho de huelga no constituye una cuestión de mera legalidad ordinaria, sino una cuestión de claro relieve constitucional directamente vinculada a la protección del derecho de huelga y, en consecuencia, a la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales pues, como señalaba la STS 26 de abril de 2004 (rec. 36/2003) "no cabe admitir la existencia de unos incentivos disuasores del ejercicio del derecho de modo que se prime la no realización de (la) huelga."

La cuestión de fondo más relevante es la de si la empresa vulneró el derecho de huelga por incluir el tiempo de ausencia utilizado en el ejercicio de este derecho en el cómputo del absentismo para percibir el denominado premio por presencia. Y declara que existió vulneración apoyándose en doctrina de la Sala 4ª (con cita de la STS 19 de abril de 2004, rec. 36/2003 que servía de contradictoria), afirmando que "cuando el convenio colectivo aplicable no contiene previsión alguna respecto a la incidencia de la huelga en el plus de asistencia y en el coeficiente corrector (en el presente caso es el premio por presencia), complementos ambos que tienen por finalidad reducir el índice de absentismo", dicha ausencia de previsión no se puede interpretar en el sentido de una equiparación tácita del día de huelga al de ausencia injustificada al trabajo, dado el "carácter de fundamental que el derecho de huelga merece en la Constitución (...) y todo ello sin negar que en convenio colectivo pueda llegar a acordarse lo contrario". Precizando que, en tal caso, el convenio colectivo tiene que ser expreso en tal sentido como sucedía en el caso examinado por la STC 189/1993, 14 junio de 1993.

La solución ofrecida por la presente sentencia del TS resulta conforme con la doctrina constitucional y con la normativa vigente. La STS deja claro que son radicalmente distintas las ausencias al trabajo producidas por razón de huelga en relación con las debidas a cualquier otro tipo de causa, lo cual parece elemental en tanto dichas ausencias constituyen la consecuencia directa e inmediata del ejercicio de un derecho fundamental de primer nivel como es el de huelga. Por ello, en ningún caso cabe equipararlas a otras inasistencias y en ningún caso el derecho de huelga puede generar una minusvaloración económica de ningún tipo tampoco una merma o no devengo de un premio de asiduidad regulado convencionalmente. Ahora bien, la Sala de lo Social precisa y deja también muy claro que siendo ésta la regla general, cabe alguna excepción vinculada al ejercicio de la negociación colectiva en tanto precisa que la vulneración se produce cuando las faltas de asistencia debidas al ejercicio del derecho de huelga "no se incluyen expresamente en lo convenido"; es decir, cabe que el convenio colectivo estipule expresamente que se incluyen entre las ausencias computables también las debidas al ejercicio del derecho de huelga y,

entonces, en tal caso, la no percepción del premio de asiduidad podría ser perfectamente constitucional.

En realidad, cabe añadir a lo declarado por la Sala Cuarta que no basta con que el convenio colectivo regule “expresamente” que las ausencias por huelga computan también para un premio de asiduidad (matiz importante añadido en su momento por las SSTs de 14 y 19 de abril de 2004), sino que, además y de modo concurrente, se debe exigir que las ausencias por huelga computables negativamente a los efectos de un complemento o premio no sean “relevantes”, es decir, que no jueguen como una vulneración indirecta del derecho fundamental y resulten concreción de un claro principio de proporcionalidad. En estos estrictos límites se consideraba lícito por el TC la inclusión en un convenio colectivo de una prima o complemento de asiduidad en el que se incluían como ausencias computables las producidas por huelga junto con otras muchas causas adicionales que permitían llegar a la conclusión de que aun haciendo huelga se podía cobrar el complemento y, a la inversa, que podía no cobrarse pese a no ejercer el derecho fundamental a la misma. La STC 189/1993, donde se contiene dicha doctrina, se tiene en cuenta por la Sala Cuarta, con independencia de que, de llegar a la Sala Cuarta algún otro caso sobre cláusulas convencionales restrictivas del derecho de huelga, a mi juicio, debiera adoptarse una posición menos complaciente con las mismas y más favorable al derecho fundamental.

En realidad, la crítica no es a la sentencia del TS comentada, absolutamente respetuosa con el derecho fundamental y con la doctrina constitucional, sino más bien con la dictada en su día por el más alto Tribunal: la STC 189/1993. En esa sentencia, el TC examinaba un convenio colectivo en el que una cláusula convencional permite contar a efectos del absentismo la pérdida de horas de trabajo producidas por huelga, haciendo que, al rebasar unos determinados porcentajes, no puedan lucrar los trabajadores el incentivo económico de carácter anual previsto. En la demanda sindical de amparo en aquel caso se alegaba que el derecho de huelga no puede verse sancionado o restringido de forma directa o indirecta a través del mecanismo de gravar al trabajador huelguista con la pérdida o disminución de determinados conceptos retributivos, así como el hecho de que, teniendo el derecho de huelga una titularidad individual dicho derecho no es disponible por la negociación colectiva de modo que las llamadas cláusulas de paz y de tregua (excepción a la no disposición del derecho) sólo vinculan a las partes signatarias de las mismas pero no a terceros. Se argumentaba igualmente que el ejercicio del derecho de huelga lleva aparejada la no percepción del salario correspondiente a la duración de la huelga (y su repercusión sobre los días festivos y las pagas extraordinarias), pero sin que pudiera afectar a otras remuneraciones, pues ello supondría un efecto multiplicador o sancionador incompatible con el derecho fundamental.

Todas estas serias argumentaciones se soslayaban por el TC sobre la base de que la cláusula discutida no podía configurarse como una “cláusula de paz” integrada en el contenido obligacional vinculante sólo para las partes, sino que se trataba de un complemento retributivo con claro carácter normativo de eficacia general (porque regulaba un aspecto de las condiciones de trabajo, sino por tener como destinatarios a todas las relaciones laborales incluidas dentro del ámbito de aplicación de convenio y no sólo a los firmantes). Y la inconstitucionalidad en tal caso, para el TC, sería predicable sólo si la no percepción de la prima por el ejercicio del derecho de huelga se erigiera en una sanción ya que el art. 6.2 RDLRT, que dispone que durante la huelga se entenderá suspendido el contrato de trabajo y el trabajador no tendrá derecho al salario, lo que pretende es limitar al tiempo proporcional a la duración de la inactividad los efectos económicos de la huelga sobre el trabajador, de suerte que la aplicación de una retención salarial superior a la correspondiente a ésta supondría imponer al trabajador una sanción por el ejercicio del derecho de huelga contraria al art. 28.2 de la C.E. Pero para el TC “es obvio que el tipo de incentivo aquí analizado es algo ajeno a las primas anti huelga en la medida en que la prima no está directa y únicamente conectada al ejercicio del derecho de huelga, ni se pierde por el mero hecho de cualquier ausencia por huelga. No es un incentivo que trate de recompensar la autolimitación a participar en la huelga, otorgando a ésta un efecto negativo mayor

que el que cabe atribuir en razón a la proporcionalidad de los sacrificios. El incentivo paccionado, antes bien, constituye un instrumento disuasorio de las ausencias laborales, que no grava especialmente la pérdida del tiempo empleado por el trabajador en la huelga. El número de ausencias por huelga se diluye en el cómputo global de ausencias como una causa más sin que tenga una especial repercusión. Tanto integran el índice de absentismo las bajas intermitentes por enfermedad o accidente como las ausencias debidas a huelga, lucrando de igual modo el porcentaje mínimo de absentismo a efectos de devengar el incentivo controvertido”. Se respetaría el principio de proporcionalidad que impone no establecer al trabajador huelguista un sacrificio superior al correspondiente a la duración de la huelga porque, en la medida en que la pérdida de la prima se condiciona a alcanzar un cierto porcentaje total de ausencias, “es lo cierto que las debidas a huelga puede que no adquieran reflejo alguno en el devengo de ese incentivo, como así ha ocurrido, rompiéndose en ese caso la regla de la proporcionalidad en beneficio del trabajador. De otro lado, cuando se pierde el referido incentivo por superar el umbral mínimo de faltas previsto, no hay por qué cohonestar la pérdida del incentivo con las ausencias por huelga, puesto que éstas solo son una de las causas computables y no necesariamente la única”. Por tales motivos se consideró que aquella cláusula convencional, en tanto que no conllevaba efecto multiplicador alguno o sacrificio adicional a la pérdida de la remuneración correspondiente al tiempo de huelga, no vulneraba el derecho de huelga.

Pero la duda que se suscitaba con aquella sentencia era una de carácter previo a la argumentación esgrimida por el TC, esto es, si el convenio colectivo, aunque sea estatutario, puede regular con eficacia normativa restricciones a un derecho fundamental individual y si la proporcionalidad alegada por el TC en aquél caso no era en puridad una vulneración “indirecta” del derecho constitucionalmente reconocido en la medida en que claramente lleva consigo un “efecto desaliento” del ejercicio de un derecho fundamental de dudosa conformidad con la doctrina internacional. ¿Puede el convenio colectivo regular premios o primas por no usar canales de denuncia, por no hacer críticas empresariales en los medios y redes sociales, limitando el derecho al acceso a los datos de carácter personal, a la salud en el trabajo con riesgo para la vida, discriminar un poquito a cambio de beneficios o de que no eventualmente no se produzca dicho resultado?, es decir, ¿se puede limitar un derecho fundamental como la libertad de expresión, de información, la igualdad y no discriminación, la integridad física o psíquica, por negociadores colectivos cuando no hay delegación legislativa? ¿las limitaciones de los derechos fundamentales no le corresponden solo al legislador, principalmente orgánico?

Debe, por ello, ponerse en valor la doctrina de la Sentencia del TS comentada que expulsa del ordenamiento una cláusula restrictiva del derecho de huelga y auspiciarse una constricción de la actual doctrina constitucional en esta concreta materia que muchas veces tiende a hacer una interpretación el art. 28.2 CE a la luz del RDLRT de 1977 en lugar de proceder a la inversa.

§ 28 Transgresión de la buena fe contractual y conductor de autobús: es procedente el despido disciplinario motivado por la detección de cocaína en un control de la Guardia Civil.

Inmaculada Ballester Pastor

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón.

Resumen: Resuelve el Alto Tribunal que es procedente el despido disciplinario de un conductor de autobús tras ser sometido a un control de la Guardia Civil y detectarse en su organismo la presencia de cocaína. El consumo de drogas vulnera la confianza que la empresa deposita en un trabajador que transporta pasajeros porque se pone en peligro la seguridad de los pasajeros y del resto de los viandantes, sin que sea necesario que dicho consumo incida negativamente en la conducción ni sus efectos nocivos sean apreciados por los pasajeros.

Palabras clave: Despido disciplinario. Transgresión de la buena fe contractual. Conductor de autobús. Positivo en drogas. Interpretación de convenio colectivo. Transporte por carretera.

Abstract: The High Court resolves that the disciplinary dismissal of a bus driver is appropriate after being subjected to a control by the Civil Guard and the presence of cocaine was detected in his body. Drug use violates the trust that the company places in a worker who transports passengers because the safety of passengers and other pedestrians is endangered, without it being necessary for said use to have a negative impact on driving or its harmful effects are appreciated by the passengers.

Keywords: Disciplinary dismissal. Transgression of contractual good faith. Bus driver. Positive for drugs. Interpretation of collective agreement. Road transport.

I. Introducción

El Tribunal Supremo concluye en este recurso de casación de unificación de doctrina que es procedente el despido disciplinario de un conductor de autobús tras haber sido detectado en su organismo rastro de cocaína en un control de carreteras rutinario de la Guardia Civil. El Alto Tribunal da la razón a la empresa y concluye que sí aparece la transgresión de la buena fe contractual pues la mera detección del consumo se identifica con la falta muy grave tipificada en el convenio colectivo aplicable. Revoca, de este modo, el Alto Tribunal la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia que había calificado el despido como improcedente tras entender que el consumo de drogas solamente puede provocar el despido si éste tiene una efectiva influencia en la conducción.

El Alto Tribunal se adentra en la interpretación de la norma convencional que sirve para calificar la conducta del conductor. Para ello se pone en conexión esta

disposición con otras normas en materia de seguridad vial y se concluye que para que aparezca el ilícito contemplado por la norma convencional no se exige que el consumo de drogas repercuta en el cumplimiento efectivo de la actividad de la conducción. Por el contrario, concluye el Tribunal Supremo que, además de que el trabajador daña la imagen de la empresa y provoca irregularidades en el servicio, lo que también es sancionable, el deber de buena fe contractual se vulnera cuando el infractor decide consumir drogas antes de conducir un vehículo porque haciéndolo asume un peligro sobre la integridad y la vida de los pasajeros que afecta a la confianza depositada en él por la empresa; ello obliga a considerar la infracción muy grave y a calificar el despido como procedente.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 149/2023, de 21 de febrero.

Tipo y número recurso: RCUd núm. 3723/2021.

ECLI:ES:TS:2023:720.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El 25 de octubre de 2020 un conductor de autobús de la empresa Auto-Res es parado en la ruta Cuenca-Madrid en un control rutinario de la Guardia Civil. En dicho control se le practica la prueba de alcoholemia y drogas, dando positivo en drogas; el posterior análisis de laboratorio confirma el positivo en cocaína, habiéndose observado respeto estricto a la cadena de custodia, según consta en el expediente administrativo. La Guardia Civil inmoviliza el vehículo posteriormente y la empresa necesita desplazar dos conductores a la zona para terminar el servicio. Tales hechos provocan múltiples quejas de los 39 viajeros que iban en el autobús y Auto-Res se ve obligada a devolver el importe de los billetes. El conductor es despedido disciplinariamente, con efecto inmediato, el día 2 de diciembre de 2020.

El trabajador impugna el despido y la Sentencia nº 8/2021, de 8 de marzo de 2021 del Juzgado de lo Social nº 2 de Cuenca declara el despido procedente, absolviendo a la empresa. Entiende el juzgador que la conducta se considera subsumible en el art. 45.g) del Convenio Colectivo aplicable, que no cabe confundir este caso con el surgido cuando se produce la retirada del permiso de conducir y que el precepto convencional no exige incidencia efectiva del consumo de drogas sobre la conducción. El Juzgado califica como muy graves los hechos, puesto que no solo se incumple un deber laboral, sino que, además, se comete una infracción administrativa en materia vial: la conducta pone en peligro la vida de las personas transportadas y de quienes circulen por la vía pública, además de perjudicar la imagen de la empresa.

Tras interponer el trabajador recurso de suplicación frente a la anterior Resolución, la Sentencia de Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 30 de julio de 2021 -pronunciamiento que incluye un Voto particular- lo estima, revoca la Resolución recurrida y califica el despido como improcedente, condenando a Auto-Res a optar entre indemnizar al trabajador con 84.529,97 euros, o bien a readmitirle en las condiciones previas a su despido, con abono de los salarios dejados de percibir a razón de 3.571 euros al mes.

La Sentencia del TSJ, posteriormente recurrida, concluye que del convenio aplicable deriva que el consumo de drogas, estupefacientes y alucinógenos únicamente opera como causa de despido disciplinario cuando éste tiene una efectiva influencia en la conducción, máxime cuando el rastro en sangre de muchas de estas sustancias perdura varios días desde el momento de su consumo y desde que cesa su influencia en las facultades cognitivas y volitivas del consumidor. Por ello, se entiende que, al no haberse acreditado que la conducción se viese influenciada por el consumo de sustancias tóxicas, con independencia del reproche moral que pueda realizarse por dicho consumo, la conducta no basta para justificar el despido. La inmovilización del vehículo por la fuerza pública podría tipificarse, en todo caso, como falta grave. Ello, con independencia de la trascendencia que en la relación laboral pueda tener una eventual sanción administrativa que se pueda imponer por el positivo en droga.

IV. Posición de las partes

La mercantil formaliza el recurso de casación en unificación de doctrina, sosteniendo que la Sentencia recurrida infringe el art. 54.2.d) ET, así como las previsiones del laudo arbitral sectorial, que es la norma convencional aplicable al conflicto.

Por el contrario, en el escrito de impugnación del recurso el abogado del trabajador recalca que no ha habido anomalía en la conducción, que tras más de 100 minutos de viaje ningún pasajero detecta irregularidades y que la Guardia Civil no acuerda la puesta a disposición judicial del trabajador. Igualmente, se insiste en que el Laudo Arbitral solo alude a la conducción bajo los efectos de drogas o similares y que el simple hecho de dar positivo no comporta que así suceda. Por tanto, ni el resultado positivo, ni la inmovilización del autobús, ni las quejas por el retraso comportan conducción anómala del trabajador despedido. En suma, el recurrente sostiene que su conducta no se encuadra en la falta prevista en el laudo arbitral porque, si bien sí da positivo en el control de drogas de la Guardia Civil, no se constata que se realizara ninguna maniobra extraña que pusiera de manifiesto que condujera bajo la influencia de tales sustancias, ni es puesto a disposición judicial ni se abren diligencias penales, y aunque se impone una sanción administrativa, dicha sanción no es firme.

V. Normativa aplicable al caso

• El art. 54º.2.d) del rd legislativo 2/2015, de 23 de octubre, del texto refundido del estatuto de los trabajadores.

Artículo 54. Despido disciplinario.1. El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador. 2. Se considerarán incumplimientos contractuales: (...) d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

2. El Laudo Arbitral de 24 de noviembre de 2000, publicado en el BOE de 24 de febrero de 2001 dictado por don Alfonso Morón Merchante en el conflicto derivado del proceso de sustitución negociada de la derogada Ordenanza Laboral para las Empresas de Transportes por Carretera, aprobada por Orden de 20 de marzo de 1971, en lo que se refiere al Subsector de Transporte de Viajeros por Carretera.

Capítulo V. Régimen disciplinario. Se consideran faltas muy graves: c) *La transgresión de la buena fe contractual [...]. g) La superación de la tasa de alcoholemia fijada reglamentariamente en cada momento durante el trabajo para el personal de conducción, así como la conducción bajo los efectos de drogas, sustancias alucinógenas o estupefacientes. Deberá someterse a los medios de prueba pertinentes y la negativa de dicho sometimiento será justa causa de despido. k) Las imprudencias o negligencias que afecten a la seguridad o regularidad del servicio imputables a los trabajadores, así como el incumplimiento de las disposiciones aplicables cuando con ello se ponga en peligro la seguridad de la empresa, personal usuario o terceros.*

3. *El Convenio Colectivo del Convenio Colectivo de Sector de Transporte de Viajeros por carretera de los servicios de transporte regular permanente de uso general, urbanos o interurbanos de la Comunidad de Madrid*, publicado en el BOCAM de 4 de agosto de 2018.

El art. 38º, del Título III -Régimen Disciplinario- señala: *En esta materia se estará a lo dispuesto en el Laudo Arbitral aprobado por resolución de 19 de enero de 2001, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 24 de febrero de 2001.*

VI. Doctrina básica

1. La contradicción objeto del debate: el alcance de la norma convencional

La Sentencia referencial aportada a efectos de contraste es la STSJ Galicia de 10 de diciembre de 2018, un pronunciamiento que versa sobre la calificación de un despido disciplinario en condiciones casi idénticas a las que acontecen en la Sentencia recurrida; no obstante, el Fallo de la STSJ de Galicia sí reconoce la procedencia del despido.

Tal STSJ de Galicia resuelve la calificación del despido, también de un conductor de autobús tras ser interceptado por la Policía Local en una prueba rutinaria, dando positivo en cannabis, motivo por el que se inmoviliza el vehículo hasta que otro conductor se hace cargo del servicio. El trabajador es despedido disciplinariamente por falta muy grave tipificada en el art. 54 ET y en el Capítulo V apartado c), g) y k) del Capítulo V del Laudo Arbitral. Según argumenta la sentencia, el despido es procedente porque el consumo se produce pese al conocimiento de que el mismo está absolutamente prohibido en un conductor profesional, vulnerando la confianza que la empresa deposita en un trabajador que transporta pasajeros; un conductor ha de ser extremadamente cuidadoso con todos aquellos comportamientos que puedan afectar a la seguridad vial, tanto de los usuarios del servicio como del resto de conductores y viandantes.

Como no podía ser de otra manera, el Alto Tribunal reconoce que son innegables las similitudes existentes entre las dos resoluciones comparadas y que es claro que ambas discrepan a la hora de entender el alcance que posee la previsión del Laudo Arbitral referida al régimen disciplinario aplicable y el modo de interpretar la conducta en él tipificada respecto del consumo de drogas. Así, mientras la Sentencia recurrida entiende que el consumo de drogas no afecta a la conducción del vehículo y no encaja en el precepto convencional, la de contraste considera que el resultado positivo al consumo de drogas sí afecta directamente a la conducción del autobús y se identifica con lo que la norma convencional reconoce como una infracción muy grave. Además de ello, remarca el Alto Tribunal que las diferencias existentes en ambos pronunciamientos, acerca de quién realiza el control rutinario (Guardia Civil, Policía Local), la sustancia detectada (cocaína, cannabis), el tipo de carretera por el que se conduce, la duración del viaje asignado, el número de pasajeros afectados, el tiempo transcurrido hasta que llega el nuevo autobús, la repercusión económica para la empresa u otras circunstancias no afectan a la cuestión que ahora se suscita.

2. El objeto del recurso de amparo: la interpretación del precepto convencional en un proceso sobre despido

Es, pues, la empresa Auto-res quien interpone el presente recurso de casación de unificación de doctrina contra la mentada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, pronunciamiento que reconoce la improcedencia del cese. El Alto Tribunal, como se verá, va a interpretar el precepto que regula la conducta del trabajador incluida en el régimen disciplinario del convenio colectivo aplicable a las partes, considerando que dicha conducta supone una infracción muy grave, motivo por el que el despido se ha de calificar como procedente.

Pero, antes de entrar en materia, el Tribunal aclara que la calificación de un despido disciplinario como procedente o improcedente, en ocasiones, no puede ser objeto de un recurso de casación de unificación de doctrina, dado que ello implica

normalmente la valoración de circunstancias muy concretas en cada caso, lo que hace difícil la similitud precisa entre los casos planteados y, consecuentemente, que no pueda unificarse la cuestión. Aunque no es esto lo que aquí sucede porque la oposición doctrinal de las sentencias comparadas se realiza, en esta ocasión, con abstracción de las circunstancias concretas del caso, es decir, tomando como hechos relevantes los esenciales, de forma que la coincidencia de éstos sí permite que se entre a conocer del recurso.

Asimismo, en el presente caso las circunstancias personales de los trabajadores (antigüedad, problemas familiares o sanitarios) o profesionales (adscripción a determinada ruta, promoción profesional, previos incumplimientos, actualización de aptitudes, etc.) quedan al margen del debate habido en suplicación y varias cuestiones suscitadas por el demandante ante el Juzgado (como la falta de audiencia sindical, la necesidad de firmeza de la resolución administrativa dictada por las autoridades de Tráfico, aplicación prioritaria de las previsiones del convenio sobre el Laudo) quedaron resueltas por la sentencia de instancia y no aparecen ya ni en la de suplicación ni en el recurso ahora suscitado.

Por tanto, remarca el Tribunal, el objeto del debate o lo que está en juego en el presente conflicto es la distinta interpretación que los Tribunales de suplicación han realizado acerca del alcance que posea la previsión disciplinaria aplicable, aunque la unificación doctrinal se enmarque en un litigio por despido.

3. La verificación de la interpretación judicial del texto convencional en la sentencia de instancia

Acerca de la doctrina judicial emanada en torno a la interpretación de los convenios colectivos, recuerda el Alto tribunal que las normas convencionales son una norma de carácter mixto -origen convencional y contrato con eficacia normativa- y que en su interpretación ha de atenderse tanto a las reglas legales atinentes a la hermenéutica de las normas jurídicas como a aquéllas otras reglas que disciplinan la interpretación de los contratos, esto es a los arts. 3º, 4º y a los arts. 1281 a 1289 CC. Por ello, es clave acudir, lo primero, a las palabras o a la intención de los contratantes, de forma que cuando los términos de un contrato son claros y terminantes, y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, debe estarse al sentido literal de sus cláusulas, sin necesidad de acudir a ninguna otra regla de interpretación.

Sentado lo anterior, matiza el Tribunal que existe una antigua línea jurisprudencial que sostiene que la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos -y el convenio colectivo participa de tal naturaleza- es facultad privativa de los Tribunales de instancia pues su criterio, más objetivo, prevalece sobre el del recurrente, salvo cuando aquella interpretación no sea racional ni lógica, o cuando pone de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual. No obstante, la Sala considera que, en lugar de dar por buena la doctrina establecida en la Sentencia de instancia, dado que se discute por el recurrente la interpretación llevada a cabo por la Sentencia de instancia debe la Sala verificar si la exégesis del precepto convencional efectuada por la sentencia recurrida se adecúa a las reglas de interpretación que se derivan de los artículos 3 y 1281 y ss. CC.

4. Las razones para considerar errónea la doctrina de la sentencia recurrida y que el despido sea procedente

Es en este momento cuando la Sala adelanta ya el sentido del Fallo, que va considerar errónea la doctrina judicial de la sentencia recurrida. Y se alcanza esa conclusión por las siguientes razones:

** El significado propio de la previsión sectorial*

A la vista del tenor literal del precepto convencional aplicable al conflicto planteado, la Sala concluye lo siguiente:

- El apartado g) del Capítulo sobre régimen disciplinario que contiene el Laudo contempla dos diversas situaciones, parificando su tratamiento: la primera de ellas, superar una tasa de alcoholemia y, la segunda, conducir con influencia de drogas. Y respecto de ninguno de ellos requiere tal precepto requisitos adicionales al hecho objetivo en cuestión: ni presencia policial, ni previa detección de anomalías viales, ni protesta de usuarios del transporte, ni proximidad cronológica de la ingesta, ni reiteración del comportamiento, etc.

- Queda meridianamente claro que superar la tasa de alcoholemia, en sí mismo, es lo que constituye el incumplimiento considerado como muy grave. No su exteriorización o percepción subjetiva por parte de terceros. Podrá discutirse (no es el caso) sobre la validez de la prueba o su consistencia, pero a los efectos de la previsión sectorial examinada estamos ante una infracción de peligro, no de resultado.

- La negativa al reconocimiento activa una especie de presunción, sin posible prueba en contrario, respecto de la existencia de anomalías que podrían afectar a la conducción. Pero en modo alguno significa que el sometimiento voluntario a los exámenes instados por la empresa o las autoridades competentes configuren una especie de eximente.

- Conducir bajo los efectos de drogas, por tanto, no puede equipararse a que haya pruebas que acrediten la irregular conducción. Del mismo modo que la alcoholemia no constatada externamente se configura, sin género de dudas, como situación sancionable, estar afectado por sustancias estupefacientes integra el tipo sancionador.

- La finalidad de la previsión parece clara: evitar riesgos y garantizar la seguridad vial. Por tanto, el dato objetivo de dar positivo en la prueba de drogas, supone que al tiempo de la conducción el trabajador tenía esa sustancia en su organismo con los efectos que la misma pudiera desplegar.

En conclusión: la literalidad del precepto no exige que la conducción bajo los efectos de ciertas sustancias vaya acompañada de otros datos; la equiparación con el automatismo de la alcoholemia juega en tal sentido; la finalidad preventiva lo hace en el mismo sentido.

** El enlace de la doctrina judicial sobre la transgresión de la buena fe contractual y su conexión con las concretas obligaciones contractuales de los conductores de autobuses*

En segundo lugar, acude la Sala a recoger los criterios aplicables cuando se han de examinar eventuales quebras del deber de buena fe^[1], subrayándose que los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción; y en este orden de cosas ello no puede operarse objetiva y automáticamente, sino que tales elementos han de enlazarse para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace, a través de un análisis específico e individualizado de cada caso concreto con valor predominante del factor humano, pues, en definitiva, se juzga sobre la conducta observada por el trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, o con ocasión de ellas.

De este modo, sostiene la Sala, se comprende que en el sector de transporte por carretera se aborde la presencia de sustancias alcohólicas o estupefacientes con un rasero y con un enfoque diversos al propio de otros ámbitos. Las obligaciones contractuales de quien se pone al frente de un vehículo autopropulsado y sin conducción robótica han de ser, por lógica y ejemplificativamente, diversas a las de quien desarrolla una actividad sedentaria y sin riesgo para terceras personas^[2].

** La concordancia del Fallo con las normas de Seguridad Vial*

En tercer lugar, entiende la Sala que la objetivación de la conducta descrita por el Laudo (alcoholemia, consumo de estupefacientes) sin alusión al modo en que repercute concretamente sobre cada una de las personas, concuerda también con la

legislación existente sobre seguridad vial. Para ello se reproduce el art. 14º del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial y se pone de manifiesto que tal precepto -que lleva por título Bebidas alcohólicas y drogas- contempla los mismos dos supuestos que el Laudo y les asigna la misma consecuencia a ambos. Sostiene la Sala que, como se observa tras la simple lectura de las normas, la conducta contemplada vuelve a tipificarse con abstracción de las consecuencias que concurren en cada caso. Es la mera presencia de drogas en el organismo lo que se considera incompatible con la conducción. La concordancia interpretativa con la previsión del Laudo no solo aparece como consecuencia lógica, sino especialmente reforzada al reparar en que ahora ya no se trata de regla para cualquier persona que se ponga al frente de un vehículo sino, precisamente, de aquella que lo hace para cumplir sus deberes laborales.

** El respeto a los derechos en presencia: la integridad, la vida y el descrédito de la empleadora*

En cuarto lugar, sostiene la Sala que quedan afectados con la conducta del trabajador una serie de derechos, que son el derecho a la integridad física y el derecho a la vida (ex. art. 15 Constitución), pues ambos derechos aparecen comprometidos por el mero hecho de utilizar un transporte público terrestre. Por lo tanto, su mejor protección concuerda con la consideración de que quien conduce el vehículo está sujeto a severas exigencias para conseguir que se encuentre en adecuadas condiciones.

Además, a raíz del positivo en drogas el vehículo queda inmovilizado por la Guardia Civil y se hace necesario el traslado de dos conductores para terminar el servicio, lo que evidencia que la conducta incide negativamente en la regularidad del servicio, lo que resulta evidente, pues debieron esperar a que llegaran los conductores que se hicieran cargo del autobús y, además, se constata la existencia de reclamación de clientes por el retraso, hecho que, además, es plenamente susceptible de ser encuadrado en el apartado k) del art. 45 del Laudo Arbitral -al tratarse de una imprudencia o negligencia que afecta a la seguridad o regularidad del servicio imputable al trabajador, imprudencia o negligencia que también es falta muy grave susceptible de ser sancionada con despido-.

Concluye la Sala pues que resulta, por tanto, nítida la afectación y vinculación de la conducta imputada con la relación laboral: incide sobre la reputación del propio empleador, redundando en definitiva en su perjuicio. No ya por la devolución del importe de los billetes sino, especialmente, por el descrédito que conlleva la noticia sobre lo acaecido y la eventual desconfianza que de la misma pueda derivarse.

**La identificación de la conducta con la transgresión de la buena fe contractual*

En quinto lugar, citando a la sentencia referencial, la Sala añade a lo anterior que no se duda a la hora de enmarcar estas conductas del personal de conducción como transgresión de la buena fe contractual, acudiendo a citar doctrina tradicional del Alto Tribunal, doctrina que sigue teniendo plena validez^[3]. De tal doctrina se deduce, así, que para enjuiciar si la conducta es merecedora de despido debe tenerse en cuenta el cargo que el trabajador ocupa en la empresa y sus circunstancias personales y profesionales; y no hace falta que la conducta sea dolosa, sino que basta la concurrencia de una negligencia grave e inexcusable y, a tales efectos, pasa a un primer plano el tener en cuenta la categoría profesional, la responsabilidad del puesto desempeñado y la confianza depositada en el trabajador; y, en cualquier caso, siempre se exige un análisis individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias del hecho y las de su autor, pues solamente desde tal perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción.

**La imposibilidad de dar entrada a las tesis gradualistas a la conducta de acuerdo con la realidad social*

En sexto lugar, la Sala subraya la relevancia que el transporte público posee en una sociedad avanzada, que desea además facilitar la libre circulación de la ciudadanía y contribuir a la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. En ese sentido, las expectativas de quienes utilizan el transporte público apuntan a la necesaria confianza en que las personas que manejan los vehículos no solo poseen los conocimientos precisos sino que también estén en las condiciones adecuadas.

Así las cosas, añade la Sala, la profesión del trabajador -conductor de un transporte público- al que se realiza el control de ingesta de alcohol y drogas en control rutinario, con resultado positivo al consumo de la sustancia especificada, exige un especial cuidado a la hora de cumplir con las exigencias de seguridad vial.

Más allá de la efectiva incidencia en sus capacidades del momento, el previo consumo no constituye una conducta privada intrínsecamente sancionable en la esfera laboral. Pero la situación es muy otra cuando acepta desarrollar su actividad de transportista sin previa comprobación de que las sustancias ingeridas han dejado de estar presentes en su organismo. Que el descubrimiento se realice en el marco de un control rutinario no destipifica la conducta, sino que obedece a la deseable y habitual vigilancia que los Cuerpos de Seguridad competentes deben llevar a cabo. La condición profesional de conductor, precisamente, es la que asegura el conocimiento tanto de la prohibición de conducir bajo los efectos de diversas sustancias cuanto la frecuencia con que se llevan a cabo las comprobaciones en cuestión.

La realidad social de referencia es la que, de forma acertada, impide la entrada en juego de las tesis gradualistas acogidas por la sentencia recurrida (en el sentido de que no se había detectado externamente el consumo y de que los pasajeros tampoco habían realizado observación o protesta alguna).

**La incidencia de la cocaína en la conducción según la Dirección general de tráfico*

En séptimo lugar, la Sala finaliza aludiendo al hecho de que la sentencia recurrida realiza diversas consideraciones sobre la posibilidad de que días después del consumo esté presente la sustancia consumida pero ello ya no sea relevante a efectos de la conducción, ante lo que se señala que: (...) *sin derivar lo que constituye un problema interpretativo de diversas previsiones hacia un debate se alcance médico, lo cierto es que el Laudo y las normas de circulación abocan a la conclusión que venimos exponiendo.*

Y, a mayor abundamiento, para finalizar, la Sala reproduce - desde la perspectiva del general conocimiento- lo que la Dirección General de Tráfico viene informando acerca de los efectos estimulantes que la cocaína ejerce sobre el Sistema Nervioso Central.

VII. Pasajes decisivos

Conclusión. La sentencia referencial contiene doctrina acertada cuando considera proporcional la medida de despido adoptada porque el actor ha consumido drogas, sabiendo que iba a conducir un autobús de transporte de pasajeros, lo que supone asumir un riesgo de que tal ingesta le provocase una alteración en sus condiciones y aptitudes respecto de la seguridad vial, que ha aceptado; dio positivo en un control de la Policía Local -sic Guardia Civil-, multado y el vehículo inmovilizado, lo que provocó la necesidad de trasladar otro conductor, al que se tuvo que buscar, con la pérdida del servicio, deterioro de la imagen de la compañía y perturbaciones para los usuarios y la empresa; y, en definitiva, aquel consumo se produce pese al conocimiento de que está absolutamente prohibido en un conductor profesional hacerlo, vulnerando la confianza que la empresa deposita en un trabajador que transporta pasajeros y debe ser extremadamente cuidadoso con todos aquellos comportamientos que puedan afectar a la seguridad vial, tanto de los usuarios del servicio, como del resto de conductores y viandantes

VIII. Comentario

El consumo de drogas y estupefacientes es una lacra desgraciadamente demasiado extendida en nuestra sociedad; de hecho, hay estudios muy recientes que apuntan a que dicho consumo -el de la cocaína en particular- sigue en aumento en toda Europa⁴¹. Por ello, es claro que las drogas pueden acabar repercutiendo en el desempeño de cualquier actividad laboral. Pero, sin duda, el consumo de drogas resulta especialmente peligroso y despierta gran alarma social cuando el mismo se produce en profesiones que tienen asignado un deber de protección y de cuidado como el que tienen los conductores de autobuses, taxis, trenes, o de aviones -pilotos-, pues los viajeros encomiendan a estos profesionales sus vidas en cada trayecto. Ello exige que la confianza y el deber de lealtad que normalmente va ligado al deber de buena fe contractual y que debe aparecer en toda relación de trabajo en estas profesiones deba exigir una proyección adecuada al nivel de riesgo que dicho consumo implica y que no es igual en cualquier profesional. Esta y no otra es la finalidad a la que da cobertura el presente recurso de casación de unificación de doctrina en el que se interpreta el tenor literal de un precepto convencional con el objetivo de depurar y concretar mucho mejor el ámbito de lo que sería la transgresión de la buena fe contractual en este tipo de profesiones ante este tipo de comportamientos de consumo puntual de droga que no es encuadrable en la toxicomanía o alcoholismo habitual -también inserto en el art. 54 ET-, pero sí quedan enmarcadas en la transgresión de la buena fe contractual.

Así, aunque tradicionalmente la transgresión de la buena fe contractual -según ha quedado analizado a la luz de la doctrina del Alto Tribunal- no puede ser objetivizada y, por tanto, no puede ser descrita en términos genéricos pues cada comportamiento es individual y debe acudirse a las pruebas y a las circunstancias que concurren en cada caso para concluir si procede o no, sancionar una determinada conducta con el despido disciplinario, y, aunque el reconocimiento de la procedencia o improcedencia del despido no es tampoco una cuestión que pueda ser -frecuentemente- objeto de un recurso de casación en unificación de doctrina, el Alto Tribunal consigue aprovechar este recurso para perfilar la interpretación de la tipificación de la conducta descrita en la norma convencional, concluyendo que la conducta sancionable aparece no sólo cuando el consumo de drogas repercute en la efectiva ejecución del trabajo -que también- sino, incluso, cuando la mera presencia de las drogas supongan un simple peligro, un peligro que el Alto Tribunal sostiene resulta incompatible con la conducción.

Por tanto, la propia decisión del consumo es la conducta prohibida pues el conductor asume un riesgo -hacia la integridad y la vida de las personas- que, en su caso, es muy grave. Ello basta para entender que se ha quebrado la confianza depositada en él; de forma que un consumo único de cocaína, aún aislado, provoca que el despido sea una decisión proporcional y congruente con el dictado de la norma convencional en el caso de los conductores. Para llegar a tal conclusión el Tribunal interpreta diferentes previsiones en su propio tenor literal y en conjunción con la normativa sobre seguridad vial; de ahí se extrae que no es preciso, lo mismo que ocurre con el consumo de alcohol, que los efectos nocivos de consumo de drogas tengan repercusión directa y clara sobre la ejecución de la actividad laboral. Insiste el Alto Tribunal en que tanto el Laudo arbitral -al que se remite el convenio colectivo al conflicto- como las normas de circulación, abocan a dicha conclusión, sin entrar, aquí, en un debate de alcance médico, mucho más complejo de abordar, y que no debe empañar la interpretación estrictamente jurídica a la que aquí se acude.

IX. Apunte final

En consecuencia, asumiendo tal interpretación estrictamente jurídica, no sería relevante el tiempo que permanecen los rastros de las drogas en el cuerpo, ni que el sujeto esté afectado externamente por el consumo, es decir, que aparezcan los efectos que la cocaína provoca sobre el Sistema Nervioso Central, efectos de los que informa la propia Dirección General de Tráfico y que se reproducen con gran detalle en el último de los Fundamentos Jurídicos del Fallo, aunque es bien sabido que los rastros de drogas pueden permanecer durante 24 horas, 48 horas, 4 o 5 días o incluso

90 días; y, además, también cada sujeto puede metabolizar la droga de forma diferente. Tampoco es relevante que la sanción laboral confluya con una sanción administrativa o penal, porque la norma laboral tiene una significación diferente que deriva de las recíprocas obligaciones que las partes contratantes asumen.

A pesar de ello, es bien conocido que transgresión de la buena fe contractual no exige dolo, ni tampoco sugiere que aparezca un daño material claro en la empresa - aunque el positivo del conductor sí genera irregularidades en el servicio y daños en la reputación de la propia empresa-; basta, por tanto, que se consuman drogas sabiendo que, después, se va a conducir, asumiendo un comportamiento cercano a la culpa temeraria. Pero tal culpa temeraria sería más difícil de apreciar cuanto mayor sea el tiempo que la droga detectada haya permanecido en el organismo, pues ello serviría para diferenciar si el consumir drogas, una conducta que se decide voluntariamente - dejando aparte las adicciones, que requerirían un estudio propio- pertenece a la esfera personal o, por el contrario, afecta, o no, y negativamente, a la esfera profesional. Asimismo, las sanciones administrativas que pueden acarrear la pérdida del permiso de conducir también tendrían implicaciones en la propia subsistencia de la relación de trabajo.

Referencias:

1. ^ *La Sala acude, para ello, a la inveterada y abundante doctrina del Alto Tribunal de la que resulta ser exponente la STS de 19 de julio de 2010 (nº rec. 2643/2009).*
2. ^ *Se apoya aquí la Sala en la STS de 2 diciembre 1964, pronunciamiento que estima el recurso de una empresa cuyo conductor se puso al volante con signos de embriaguez y declara el despido procedente por considerar que había un incumplimiento de las obligaciones contractuales, aunque no se pudiera hablar de embriaguez habitual.*
3. ^ *Se acude a las Sentencias del TS 24 octubre 1989; la STS 30 abril 1991 (nº. rec. 995/90) y la STS 30 mayo 1992 (nº rec. 1285/1991).*
4. ^ *Vid. el Estudio del Observatorio europeo de las drogas y toxicomanías (última actualización de 22 de marzo de 2023), disponible en: https://www.emcdda.europa.eu/publications/html/pods/waste-water-analysis_en, fecha de consulta: 13 de abril de 2023.*

§ 29 Familia monoparental y permiso de paternidad: ¿es posible la acumulación y disfrute de los dos permisos en un solo progenitor por vía de interpretación jurídica finalista?

José Luis Monereo Pérez

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

Resumen: *La cuestión a decidir en el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina consiste en determinar si en una familia monoparental, la única progenitora de un menor que disfrutó de la prestación por nacimiento y cuidado del menor tiene derecho, además, a la prestación que le hubiera correspondido al otro progenitor de haber existido. No procede la ampliación de la prestación de nacimiento y cuidado del menor en familia monoparental a través de la acumulación de los permisos de cuidado y nacimiento por hijo en familias monoparentales. Solicitud de reconocimiento de una nueva prestación, distinta a la ya reconocida, y coincidente con la que hubiera correspondido al otro progenitor. Denegación en aplicación de la normativa vigente que cumple las exigencias derivadas del Derecho de la Unión Europea, de la Constitución y de acuerdos y tratados internacionales. Es al legislador a quien corresponde determinar el alcance y contenido de la protección que debe dispensarse a este tipo de familias monoparentales. Se estima el recurso del Ministerio Fiscal en virtud de la posibilidad que le otorga el artículo 219.3 LRJS conforme al cual, en su función de defensa de la legalidad, puede interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina. Voto Particular.*

Palabras clave: *Familia monoparental. Permiso de paternidad. Acumulación y disfrute de los dos permisos de paternidad en un solo progenitor. Límites y deberes en la interpretación judicial.*

Abstract: *The issue to be decided in this appeal for the unification of doctrine is to determine whether, in a single-parent family, the sole parent of a child who received the childbirth and childcare benefit is also entitled to the benefit that would have corresponded to the other parent if she had existed. The extension of the benefit for the birth and care of a child in a single-parent family through the accumulation of child care and childbirth leave in single-parent families is not applicable. Request for recognition of a new benefit, different from that already recognized, and coinciding with that which would have corresponded to the other parent. Denial in application of the current legislation that complies with the requirements derived from European Union Law, the Constitution and international agreements and treaties. It is up to the legislator to determine the scope and content of the protection to be afforded to this type of single-parent families. The appeal of the Public Prosecutor's Office is upheld by virtue of the possibility granted by article 219.3 LRJS, according to which, in its function of*

defending legality, it may file an appeal in cassation for the unification of doctrine. Separate Opinion.

Keywords: *Single-parent family. Paternity leave. Accumulation and enjoyment of the two paternity leaves in a single parent. Limits and duties in the judicial interpretation.*

“Ante todo, el Derecho positivo debe continuar siendo una cosa viva [...]: es luchar con el ánimo puesto en una perfecta y constante adaptación a las exigencias de la vida social [...] cuando la ley pueda llenar ella misma sus lagunas, esto no podrá hacerse sin retraso y sin preparación. Pero la vida no espera y desprovista de toda guía formal, el intérprete debe responder a sus instancias. Durante el reposo del legislador es necesario que aquél aplique el Derecho en su principio, preparando al propio tiempo la labor que el organismo formal deberá acabar cuando entre en acción [...]. Por lo demás, el ejemplo de todo el pasado jurídico nos muestra mejor que todo razonamiento, la necesidad, al lado de la fuerza propiamente legislativa, de un órgano más flexible, que informe y aplique el Derecho, a lo menos para remediar las insuficiencias de la ley”

FRANÇOIS GÉNY^[1]

I. Introducción

El Tribunal Supremo, Sala Cuarta, vio y analizó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia de fecha 6 de octubre de 2020 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación núm. 941/2020 y aclarada por auto de fecha 3 de noviembre de 2020, formulado frente a la sentencia de fecha 18 de mayo de 2020, dictada en autos 1015/2019, por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Bilbao, seguidos a instancia de Doña Isidora, contra la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre prestaciones. Han comparecido ante esta Sala en concepto de partes recurridas el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y defendido por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social y Doña Isidora representada y defendida por la Letrada Doña Maider Katti Aguirre Lizarraga.

La cuestión a decidir en el referido recurso de casación para la unificación de la doctrina es de gran importancia jurídico práctica (pues, entre otras cuestiones, entran en juego distintos bienes jurídicos merecedores de la máxima tutela efectiva) y viene siendo, además, objeto de controversia entre los distintos ámbitos del orden social de la jurisdicción que hasta el momento han mantenido criterios de solución divergentes. Consiste, en apretada síntesis, en determinar si en una familia monoparental, la única progenitora que disfrutó de la prestación por nacimiento y cuidado del menor tiene derecho, además, a la prestación que le hubiera correspondido al otro progenitor de haber existido.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social (Pleno).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 169/2023, de 2 de marzo.

Tipo y número recurso: RCUd núm. 3972/2020.

ECLI:ES:TS:2023:783.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Antonio Blasco Pellicer.

Votos Particulares: Voto Particular de Sr. D. Ignacio García-Perrote, y adhesión de Sra. Dña. Rosa María Virolés Piñol

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Con fecha 18 de mayo de 2020 el Juzgado de lo Social núm. 5 de Bilbao, dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO.-La actora, D^a. Isidora , con DNI n^o NUM000 y afiliada a la Seguridad Social, tuvo una hija el NUM001 /2019, reconociéndosele por Resolución de 8/07/2019 el derecho a la prestación de nacimiento y cuidado de menor hasta el 5/10/2019, siendo ella la única progenitora y constituyendo así una familia monoparental. SEGUNDO.- La Sra. Isidora presentó nueva solicitud de prestación de nacimiento y cuidado de menor el NUM002 / 2019 del otro progenitor de 8 semanas a disfrutar entre el 6/10/2019 y el 30/11/2019. TERCERO.- Por Resolución del INSS de 10/10/2019 se denegó a la actora la prestación instada por no encontrarse en ninguna de las situaciones protegidas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 183 y 318 LGSS. Interpuesta reclamación previa, fue desestimada por Resolución de 13/11/2019 en aplicación del Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo.

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Fallo: Desestimando la demanda presentada por D^a. Isidora frente a INSS y TGSS, debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones vertidas en su contra, confirmando lo resuelto en vía administrativa".

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a. Isidora ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 6 de octubre de 2020, en la que consta el siguiente fallo: "Se estima el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n^o 5 de Bilbao de 18-5-2020, procedimiento 1015/19, por doña Maider Katti Aguirre Lizarraga, Letrado que actúa en nombre y representación de doña Isidora , y con revocación de la misma se estima su demanda y se declara su derecho a disfrutar de 8 semanas adicionales de prestación por nacimiento y cuidado de hijo, condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a la Tesorería General de la Seguridad Social, a estar y pasar por la anterior declaración y al abono de la prestación correspondiente sobre la base reguladora de 122,61 euros días, sin costas".

Por la representación procesal del Ministerio Fiscal se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. El recurso se interpone al amparo del artículo 219.3 LRJS, al no existir doctrina unificada en la materia propuesta para la unificación por la Sala. Se admite a trámite el recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Estima la Sala del Tribunal Supremo que, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto se suspende el señalamiento acordado para el día de la fecha, trasladando el mismo para el día quince de febrero de dos mil veintitrés, para cuya fecha se convocará a todos los Magistrados de esta Sala. En dicho acto, el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín, señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Ángel Antonio Blasco Pellicer.

IV. Posición de las partes

-El recurso ha sido interpuesto por el Ministerio Fiscal en virtud de la posibilidad que le otorga el artículo 219.3 LRJS conforme al cual, en su función de defensa de la legalidad, puede interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, entre otros supuestos, en aquellos en los que las normas cuestionadas sean de reciente vigencia o aplicación por llevar menos de cinco años en vigor en el momento de haberse iniciado el proceso en primera instancia, y no existieran aún resoluciones suficientes e idóneas sobre todas las cuestiones discutidas que cumplieran los requisitos del apartado 1 del mencionado artículo 219 LRJS. El Ministerio Fiscal

considera errónea la interpretación que realiza la sentencia de los artículos 177 a 180 LGSS con relación al artículo 48.4 ET al considerar que vulneran la Convención sobre los Derechos del Niño y el principio de igualdad y entiende que la normativa aplicada no es contraria a la citada Convención.

-El recurso ha sido impugnado de contrario. Por el INSS mediante escrito en el que interesa la estimación del recurso avalando los argumentos contenidos en el mismo e introduciendo, al efecto, las consideraciones oportunas. Por la actora oponiéndose a la estimación del recurso solicitando la confirmación de la sentencia recurrida y pidiendo expresamente, que, en todo caso, la situación jurídica creada por la sentencia recurrida sea mantenida.

- La parte actora se opone a las infracciones denunciadas por el Ministerio Fiscal y sostiene argumentalmente los razonamientos de la sentencia recurrida que considera correctos y suficientes para el mantenimiento del fallo, exponiendo ampliamente que se encuentran amparados en doctrina judicial que cita. Sostiene, además, que la única interpretación adecuada para salvaguardar los intereses del menor y para evitar cualquier tipo de discriminación a la mujer es la mantenida por la sentencia recurrida.

V. Normativa aplicable al caso

- Artículo 10.2, 93 a 96, y artículos 14 y 39 CE.

- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) que contiene previsiones (artículo 21 - prohibición de discriminación-; artículo 24 - especial atención al interés del menor; artículo 33 -derecho de toda persona a un permiso pagado por maternidad y un permiso parental por nacimiento o adopción de un niño-), a las que la legislación española se adecúa. Asimismo, el artículo 53 (Nivel de protección en la garantía multinivel de los derechos fundamentales).

- Carta Social Europea Revisada de 1996 (Ratificada por España), artículos 12.3, 20 y 27. Protocolo de Reclamaciones Colectivas.

- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España y publicada en el BOE de 31 de diciembre de 1990, artículos 2.1, 18 y 26.

- Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, artículo 8.

- Ley 25/2014 de 27 de noviembre sobre Tratados y acuerdo internacionales, artículo 31.

- Directiva 2019/1158 de 20 de junio relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, que deroga la Directiva 2010/18/UE.

- Artículo 48.4 del ET.

- Artículo 219.3 de la LRJS.

-LGSS, en el Título II sobre su régimen general y en el seno del Capítulo VI denominado "Nacimiento y cuidado del Menor", artículo 177.

- Ley Orgánica 8/2015, de 20 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

- Artículo 3 del Código Civil.

VI. Doctrina básica

1º. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 6 de octubre de 2020, Rec. 941/2020, revocó la sentencia de instancia recurrida y, tras declarar el derecho de la demandante a disfrutar de ocho semanas adicionales de

prestación por nacimiento y cuidado de hijo, reconoció a la actora la prestación solicitada condenando al INSS y a la TGSS a su abono. La sentencia recurrida fundamentó la estimación del recurso basándose en el interés superior del menor, entendiendo que el artículo 48 ET introduce un elemento importante de discriminación respecto de la mujer en relación a los fundamentos de la conciliación de la vida laboral y familiar, razonando que las familias monoparentales, mayoritariamente constituidas por mujeres, según datos del INE que cita, está perjudicando a la mujer de manera indirecta porque no puede compartir el cuidado del menor, mermando sus posibilidades de atención al mismo.

2º. Sin embargo, la interpretación con perspectiva de género no resulta determinante para la resolución del caso, puesto que lo que se nos pide va más allá de lo que significa "interpretar y aplicar el derecho" y se sitúa en el ámbito de su creación. Interpretar con perspectiva de género implica añadir un canon hermenéutico para la comprensión del derecho que consiste en rechazar cualquier inteligencia de la norma que conduzca a una discriminación de la mujer, utilizando, en cambio, las que conduzcan a erradicar cualquier situación de discriminación. No es necesario ahondar en las situaciones y supuestos en los que la Sala ha aplicado ese canon de interpretación que no cabe aplicar cuando el legislador, como es el caso, es consciente de la situación que regula y de las consecuencias de la misma y establece una normativa que tiende corresponsabilizar al varón en la educación y crianza de los hijos, como la fórmula elegida para corregir y evitar una discriminación ancestral de la mujer en este terreno que resultaba urgente remediar. No estamos en un supuesto en que quepa aplicar aquella visión porque no hay discriminación, sino ante un eventual déficit de protección concreto querido y consentido por el legislador.

3º. Como hace notar el Tribunal Supremo, el legislador en materia de protección social no ha olvidado a las familias monoparentales, ya que en el supuesto especial en el que una mujer, en caso de parto, no tenga cotización mínima suficiente, se le conceden 42 días naturales de prestación que se incrementa en 14 días adicionales en los casos de familias monoparentales (artículo 182.3.b LGSS). Añadiéndose previsiones sobre prestaciones familiares no contributivas en supuestos de este tipo de familias (artículo 351.b LGSS). Además, a juicio de la Sala, los datos disponibles revelan que estamos ante una situación conocida por el legislador que, por razones en las que no nos corresponde entrar, ha decidido de momento no intervenir para regular la situación que aquí se plantea. Ello sin perjuicio de que pueda realizarlo en cualquier caso cuando lo considere oportuno. Lo bien cierto es que, a la fecha de la deliberación de esta resolución, consta que el parlamento no ha aprobado una proposición de ley orientada a ampliar el permiso a 32 semanas en el caso de las familias monoparentales (B.O. Congreso de los Diputados de 14 de enero de 2022) y que, en fecha recienteísima, el Senado ha desestimado por abrumadora mayoría una enmienda, la n.º 93, al Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, consistente en la modificación del artículo 48.4 ET en el siguiente sentido: "en el supuesto de familias monoparentales, la persona trabajadora podrá acumular el tiempo de permiso que correspondería a la otra persona trabajadora si la hubiera". (Diario Oficial del Senado de 8 de febrero de 2023).

4º. La posible ampliación de la protección que el sistema otorga a un determinado colectivo -las familias monoparentales- en su alcance, e intensidad corresponde determinarlo exclusivamente al legislador; sin que esta Sala -ni ningún otro órgano judicial- pueda adoptar decisiones singularizadas que sustituyan, amplíen o restrinjan la configuración efectuada por legislador, mucho menos, si tales decisiones pueden potencialmente afectar a la economía del sistema contributivo de protección social. Con lo cual, cabe añadir aquí, que, significativamente, se atiende al impacto que dicha ampliación tendría en el régimen de financiación de la Seguridad Social.

5º. Respecto al interés por la protección del menor, como principio que debe informar el ordenamiento jurídico y como criterio hermenéutico que debe ser utilizado por los Tribunales, conviene recordar que en toda la regulación de la prestación por

nacimiento de hijo y cuidado del menor está, sin duda presente, la atención a ese singular interés, que no es el único al que debe atenderse; razón por la que el legislador, también ha prestado especial atención al principio de igualdad entre hombres y mujeres al confeccionar una normativa que, asimismo, tiene como finalidad lograr la corresponsabilidad entre ambos progenitores en el cuidado del menor. Al efecto, las fórmulas establecidas por el legislador tratan de cohesionar todos los intereses que deben considerarse en la regulación de tan delicada materia; y, en esto se ha de atender al principio de ponderación.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal Supremo, Sala cuarta, decide: 1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio Fiscal. 2.- Casar y anular la sentencia de fecha 6 de octubre de 2020 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación núm. 941/2020 y aclarada por auto de fecha 3 de noviembre de 2020. 3.- Resolver el debate en suplicación desestimando el de tal clase y, al efecto, declarar la firmeza sentencia de fecha 18 de mayo de 2020, dictada en autos 1015/2019, por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Bilbao, seguidos a instancia de Doña Isidora, contra la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre prestaciones. 4.- La presente resolución no afectará a la situación particular de Doña Isidora creada por la sentencia que aquí se casa y anula. 5.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.

VIII. Pasajes decisivos

Desestimar el recurso que examinamos y confirmar la sentencia recurrida implicaría varias consecuencias que interferirían sensiblemente en el orden normativo expuesto ya que, en primer lugar, supondría crear una prestación contributiva nueva en favor de los progenitores de familias monoparentales que, además, quedaría estrictamente limitada a la duplicación de la duración de la misma, sin modificar los condicionantes específicos en materia de período de cotización previa o del régimen jurídico de su propia concesión o subsistencia, alterando la configuración diseñada por el legislador. En segundo lugar, necesariamente, deberíamos modificar el régimen jurídico de la suspensión contractual por causa de nacimiento y cuidado de hijo que tan prolijamente establece el apartado 4 del artículo 48 ET, lo que, sin duda de clase alguna, afectaría al otro sujeto de la relación contractual que se vería obligado a soportar una duración mayor de la suspensión contractual prevista expresamente en la ley, lo que le afectaría en sus previsiones de sustitución o de reorganización de la empresa y que, a salvo de una intervención normativa ulterior, no le eximiría del cumplimiento de las obligaciones de cotización en materia de Seguridad Social. Una intervención de tal calibre dista mucho de lo que la organización constitucional del Estado encomienda a los jueces y tribunales. Su función es la aplicación e interpretación de la norma, pero no la creación del derecho. La intervención en el ordenamiento jurídico que exige una pretensión como la que se sostiene en el presente procedimiento sólo le corresponde al legislador, sin que la misma pueda ser suplida a través de resoluciones judiciales que vayan más allá de sus propias funciones jurisdiccionales, entre las que no se encuentran, desde luego, la modificación del régimen prestacional de la Seguridad Social, ni la modificación de la organización de la suspensión del contrato de trabajo por causas previstas en la ley, a través de la aplicación de criterios interpretativos concretos previstos legalmente que no se circunscriben a la aplicación de la norma en supuestos fácticos que, razonablemente, no parecen claramente delimitados en el ámbito de afectación de la norma interpretada. Indica, pues, declarativamente, que la función de creación del Derecho está reservada al poder legislativo, y que los jueces y tribunales tienen que limitarse a la aplicación e interpretación estricta de las normas aplicables al caso.

Por lo que respecta a la Constitución Española, se afirma que según constante y reiterada doctrina constitucional, corresponde al legislador determinar el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modificaciones para adaptarlas a las necesidades del momento. Así lo vino señalando el Tribunal Constitucional como se

recuerda en su sentencia 75/2011 diciendo que "el art. 41 CE convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17)". En definitiva, como advierte la propia STC 197/2003, de 30 de octubre, FJ 6 in fine, si bien la cobertura de las situaciones de necesidad de los colectivos sociales "es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus arts. 41 y 50 y que han de informar la legislación positiva - art. 53.3 CE-", sin embargo "este Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable (STC 184/1993, de 31 de mayo, FJ 6)".

Razones que refuerzan la tesis de que estamos ante la posible ampliación de la protección que el sistema otorga a un determinado colectivo -las familias monoparentales- cuyo alcance, e intensidad corresponde determinarlo al legislador; sin que esta Sala -ni ningún otro órgano judicial- pueda adoptar decisiones singularizadas que sustituyan, amplíen o restrinjan la configuración efectuada por legislador, mucho menos, si tales decisiones pueden potencialmente afectar a la economía del sistema contributivo de protección social. Teniendo en cuenta, además, que la regulación vigente de la protección por nacimiento y cuidado del menor en este tipo de familias ni resulta contraria al principio de igualdad del artículo 14 CE, ni contraviene ningún principio constitucional, sin perjuicio de que de "lege ferenda" pudiera ser deseable que fuera mayor o más intensa, lo que, obviamente, también sería predicable para otros colectivos sociales. Nótese que se reitera -como un *leitmotiv* de la operación interpretativa de la sentencia- el principio de división competencial (formal y material) entre el poder legislativo y el poder judicial, o, en otras palabras, entre la decisión legislativa y la decisión judicial.

Respecto de este último aspecto, el interés por la protección del menor, como principio que debe informar el ordenamiento jurídico y como criterio hermenéutico que debe ser utilizado por los Tribunales, conviene recordar que en toda la regulación de la prestación por nacimiento de hijo y cuidado del menor está, sin duda presente, la atención a ese singular interés, que no es el único al que debe atenderse; razón por la que el legislador, también ha prestado especial atención al principio de igualdad entre hombres y mujeres al confeccionar una normativa que, asimismo, tiene como finalidad lograr la corresponsabilidad entre ambos progenitores en el cuidado del menor. Al efecto, las fórmulas establecidas por el legislador tratan de cohonestar todos los intereses que deben considerarse en la regulación de tan delicada materia; y, en este ejercicio de ponderación, han considerado que el disfrute de los derechos de conciliación y la protección dispensada en estos casos eviten que el ejercicio de aquellos perpetúe roles de género que no se corresponden con la situación social actual ni mucho menos con el principio de igualdad que sustenta todo el ordenamiento jurídico. En atención a todo ello, el legislador ha efectuado la ponderación de los derechos e intereses en juego que ha estimado más oportuna y conveniente, entre las muchas posibles, en función de los recursos financieros disponibles y en atención a la prioridad de las necesidades que un estado social y democrático de derecho tiene que atender. Sin que tal ponderación, cuyo resultado es la normativa vigente, pueda ser obviada por el intérprete y aplicador de la ley, si se tiene en cuenta que, como venimos reiterando, estamos en presencia de una regulación concreta que respeta la letra y el espíritu de la Constitución y el resto de normas internacionales aplicables. Razones todas estas que llevan a la conclusión de que la solución al conflicto no puede sostenerse, como hace la sentencia recurrida, en la necesidad de tener en cuenta el interés del menor; no sólo porque no es el único en juego, sino porque no existe una

supuesta vulneración de un teórico derecho del menor de las familias monoparentales a ser cuidado en condiciones de igualdad con respecto a las biparentales. En éstas, la prestación que corresponde al otro progenitor precisa como condición inexcusable su encuadramiento y alta en la Seguridad Social y cubrir un periodo mínimo de carencia; y, en caso contrario, no se le concede, de modo que el interés del menor, cuya importancia no se desconoce y se considera de especial relevancia por la Sala, no puede ser el único factor decisivo y determinante en esta cuestión que debemos resolver.

IX. Comentario

Se ha de realzar, ante todo, el alto nivel del razonamiento judicial tanto de la Sentencia (que recoge el criterio mayoritario del Tribunal Supremo, Sala 4ª) como del Voto particular, ante un caso difícil y dotado de gran complejidad, entre otras cuestiones, por la concurrencia entre normas-regla y normas de principios vinculados entre sí y que deben ser objeto de armonización a través de la interpretación judicial. A lo que cabe añadir que la argumentación jurídica en sí como el sentido de la resolución van más allá del concreto supuesto examinado, pues alcanza al papel de los órganos judiciales en el Estado Constitucional de Derecho atendiendo al conjunto integrado de reglas de interpretación que rigen en el ordenamiento jurídico de garantía multinivel de los derechos (en virtud, señaladamente, del juego de los artículos 93 a 96 en relación con la cláusula de apertura constitucional al orden internacional -en vía de interpretación conforme- establecida por expreso mandato constitucional en el artículo 10.2 de nuestra Constitución; y asimismo atendiendo a lo previsto en el artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

Estamos en presencia de un supuesto específico de suspensión del contrato de trabajo que, una vez producidas las exigencias normativas, opera "*ope legis*" y justifica la cesación de las obligaciones mutuas básicas del contrato de trabajo -prestación de servicios y prestación salarial-, garantizando el derecho a la reincorporación al finalizar el período legalmente previsto de suspensión^[2]. En el caso de los permisos de paternidad esta suspensión de la relación laboral es coextensa a la prestación contributiva correspondiente de Seguridad Social^[3].

La familia monoparental es definida, entre otras disposiciones, en el artículo 182.3 b) LGSS ("la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia"). Caben varios tipos normativos de familia monoparental. Sin ánimo de exhaustividad, es posible reconocer que en tal definición caben no sólo la que se configura por la demandante en este caso, también las familias monoparentales derivadas de la maternidad biológica por inseminación artificial, o la derivada de una gestación subrogada; la formada por adopción efectuada por un solo progenitor, la derivada de separación o divorcio, la derivada del fallecimiento de uno de los progenitores, etc. Al respecto, los datos estadísticos proporcionados por el INE revelan que las familias monoparentales como la del supuesto que nos ocupa, son únicamente el 15,8% de las que tal instituto califica como tales.

La cuestión a decidir en el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina consiste en determinar si en una familia monoparental, la única progenitora que disfrutó de la prestación por nacimiento y cuidado del menor tiene derecho, además, a la prestación que le hubiera correspondido al otro progenitor de haber existido.

Hay que tener en cuenta que en nuestro país cerca de dos millones de hogares de un solo progenitor con hijos y más del 80 % de ellos están encabezados por mujeres. Por otra parte, varias Sentencias de los Juzgados de lo Social y de los Tribunales Superiores de Justicia habían reconocido hasta el momento el derecho de las madres de familias monoparentales a disfrutar de un segundo permiso, aunque había también votos particulares de magistrados discrepantes. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 6 de octubre de 2020, Rec. 941/2020, revocó la sentencia de instancia recurrida y, tras declarar el derecho de la demandante a

disfrutar de ocho semanas adicionales de prestación por nacimiento y cuidado de hijo, reconoció a la actora la prestación solicitada condenando al INSS y a la TGSS a su abono.

Con todo, una cuestión central del debate reside en determinar el sentido y alcance consideración primordial del interés superior del niño, sin desatender la perspectiva de género (dado ese elevadísimo porcentaje de mujeres que conforman la modalidad de familia “monoparental”). Y, en relación a ello, responder al interrogante de si es posible en el caso de autos realizar una interpretación integradora, de manera que se aplicaran prestaciones de Seguridad Social y causas de suspensión del contrato de trabajo a supuestos no expresamente previstos por el legislador.

En este sentido cabe decir que en numerosas sentencias del Tribunal Supremo se ha considerado posible -y admisible en términos compatibles con el Estado constitucional de Derecho- realizar una interpretación integradora de las normas aplicables, en base -especialmente- al interés superior del niño, que debe tener una consideración primordial, así como a la perspectiva de género con que debe realizarse dicha interpretación habida cuenta de que, en nuestro caso, se trata de una familia monoparental en la que la afectada, la madre biológica, es la única progenitora de un menor^[4]. Y sin embargo en esta ocasión el mismo Alto Tribunal cierra la puerta (aunque según el conocido refrán “cuando una puerta se cierra, otra se abre”) a una interpretación integradora y de conformidad por la aplicación de normas de principios y valores que obligan, llegado el caso, a realizar una labor integradora y correctora en vía interpretativa de resultados contrarios a dichas normas de principios y valores que se establecen en el ordenamiento pensando ante todo en esos “casos difíciles” donde puede no atenderse a ellos: en nuestro caso el principio de interpretación (aun correctora, pero habilitada para ello por la norma de principios) de hacer prevalecer el interés y los derechos del niño, por un lado, y por otro, garantizar el principio real de igualdad y no discriminación por razón de género a la par que servir a la función promocional de este principio de igualdad y no discriminación que se consagra en el grupo o bloque normativo regulador de referencia (reténgase, por ejemplo, el concepto de textura abierta de “discriminación indirecta” en la normativa de la Unión Europea y en su transposición y garantía en los ordenamientos jurídicos internos de los países miembros, incluido el de nuestro país).

En este orden de ideas, entiendo, con el voto particular, que sí era posible realizar una interpretación integradora, de manera que se aplicaran prestaciones de seguridad social y causas de suspensión del contrato de trabajo a supuestos no expresamente previstos por el legislador, y, sin embargo, en el presente caso no se ha considerado posible hacer lo mismo que en otros pronunciamientos. En efecto, del mismo modo que en otras sentencias del propio Tribunal Supremo que, por la vía de la interpretación hacen prevalecer el interés preferente del niño y llegado el caso utilizando la perspectiva de género, extienden la protección del sistema de Seguridad Social, y la percepción de las correspondientes prestaciones, a supuestos no expresamente contemplados por la normativa de Seguridad Social.

Pero ese criterio interpretativo se podría realizar con base en un potente soporte normativo, puesto que encontraría también apoyo en la amplia -y nítida en su redacción literal y finalista- normativa internacional e interna que obliga a realizar una interpretación que haga valer preferentemente los derechos del niño y en la perspectiva de género (que de manera evidente concurre en el caso, porque más del ochenta por ciento de las familias monoparentales son mujeres)^[5].

Interesa puntualizar que lo que subyace a la controversia jurídica aquí analizada conduce típicamente a una interpretación jurídica de un grupo normativo regulador que tiene que mirarse necesariamente a la luz del cano de apertura constitucional del artículo 10.2 de nuestra Norma Fundamental, en relación con los artículos 93 a 96 de la misma. Las interpretaciones “conforme” y las interpretaciones de “adecuación finalista” (para realizar los fines y valores que la normativa aplicable quiere garantizar ante todo) no rompen las fronteras -por otra parte fluidas en un Estado constitucional

de Derecho- entre el poder legislativo y los órganos del poder judicial, sino que al amparo de las normas dictadas por los poderes legislativos (nacionales e internacionales) se considera que los órganos judiciales tienen que llevar a cabo actividades no meramente silogísticas en la aplicación de las normas vigente precisamente porque se les pide *por imperativo normativo* esa actitud proactiva en vía de interpretación en orden hacer prevalecer de manera motivada (dentro del margen de discrecionalidad que permite el grupo normativo aplicable que contiene también normas positivadas de principios; es decir, reglas y principios formulados en normas) la garantía efectiva de los intereses del niño o, en su caso, evitar también -adicionalmente- discriminaciones indirectas en la perspectiva de género; y hacerlo sin dilaciones indebidas a la espera de una nueva regulación legislativa más completa y satisfactoria.

Esta función del jurista en el Estado constitucional no cuestiona la vinculación del órgano judicial a la Ley y a las reglas del ordenamiento jurídico general, ni supone afirmar, por ello mismo, la capacidad normativa del juez como una facultad enteramente autónoma y desconectada de las normas aplicables al caso. La experiencia judicial muestra que el margen de discrecionalidad del juez –del órgano judicial- es muy amplia respecto a su actividad interpretativa en los “casos difíciles” – como es el de autos-, donde tiene que acudir, entre otras reglas, a las normas de principios y valores supremos generales y a los criterios de textura abierta consagradas en el orden jurídico concreto de referencia; ambos aplicables. Todo esto va más allá del sueño del silogismo judicial (propio del positivismo legalista extremo) como modo de proceder a la resolución de las controversias jurídicas. Ha de existir una cooperación necesaria entre la normativa legislativa y la decisión judicial justamente en orden a la realización de los fines y principios que el ordenamiento jurídico pretende salvaguardar expresamente. El garantismo jurídico en el constitucionalismo de Estado Social de Derecho requiere de suyo esa colaboración, y tanto más cuanto el grupo normativo regulador la impone en un sentido inequívoco de *orientación finalista* conforme a los principios y valores que entiende que han de guiar la interpretación judicial.

En este sentido la argumentación y la decisión judicial final de la sentencia aquí brevemente comentada resulta discutible desde el punto de vista estrictamente jurídico y, en relación a ello, existen serias dudas razonables de que no suponga un cierto retroceso respecto de la jurisprudencia antes consolidada sobre la interpretación judicial integradora y finalista que está necesariamente condicionada por el grupo normativo (no por un examen aislado de las normas de conducta y de principios que lo integran) que consagra la obligación jurídica de interpretación en el sentido de que se haga valer los intereses/derechos del niño y los intereses/derechos legítimos de la mujer en una perspectiva de género; es decir, obligando a los órganos judiciales a orientar su labor interpretativa conforme a dichos intereses/derechos considerados predominantes de aquellas personas –o colectivos- por entender que son más proclives a padecer una mayor vulnerabilidad.

Reténgase que el principio explícito de protección del interés superior de menor, como también el principio de protección de la mujer frente a posibles situaciones de discriminación –directa o indirecta- están establecidos en normas (normas de principios), que exigen una actuación positiva/activa del intérprete –del jurista u operador jurídico- de interpretar las reglas o disposiciones normativas en su aplicación a un caso concreto en un sentido acorde a esos principios normados; es decir, la interpretación como actividad jurídica conforme a la observancia de los principios que orientan su acción. Esto determina que el intérprete debe (no como posibilidad, sino como obligación normativa) realizar una argumentación jurídica constructiva (o, si se quiere, reconstructiva) exigida por los principios concurrentes que establecen aquella orientación para la acción y la solución de la controversia jurídica suscitada. En el supuesto, por ejemplo, del principio de protección preferente del interés del menor, la interpretación del juez u órgano judicial de la regla normativa (que convive con el principio normado), llegado el caso, ha de ceder motivadamente el paso a dicho principio (y a sus consecuencias correctivas o rectificadoras) cuando existan

situaciones de relevancia jurídica que requieren su adecuación correctiva caso por caso. Este principio de protección preferente del interés del menor no resulta completamente extraño a la regla o disposición normativa objeto de interpretación, toda vez que va unida ella en el sentido de que la regla o disposición ha de aplicarse precisamente en el sentido querido por el principio. Por tanto, se insiste, en que la tarea jurisprudencial cuando entra en juego el principio de relevancia normativa no puede reducirse a una argumentación silogística, sino de carácter constructivo o reconstructivo que va más allá del razonamiento jurídico propio del positivismo legalista (que debe diferenciarse del positivismo crítico). Así cuando se actúa por el intérprete (el juez o tribunal) con arreglo a la interpretación conforme al principio no existe una colisión con la regla o disposición reguladora, sino su adaptación conforme a los bienes jurídicos tutelados mediante el juego del principio. Es así, que con la decisión judicial conforme se impide que la norma regla pueda contradecir frontalmente el principio normado que le viene anudado imperativamente, salvando, así, la posible tacha de invalidez por contradicción al mismo.

En este orden de consideraciones coincido, en lo principal, con el voto particular que se muestra favorable a la concesión de la prestación reclamada por la afectada, no solo en virtud de la primordial atención al interés superior del menor, sino también por la concurrencia en el caso de autos de la perspectiva de género (establecida igualmente en normas de principios). A ello cabe añadir que el principio de interpretación conforme al interés superior del niño y el principio de integración de la dimensión de género (ambos consagrados en el ordenamiento jurídico interno e internacional) obligan explícitamente a jueces y tribunales a incorporarlos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional atribuida por el artículo 117, apartados 3º y 4º de Constitución Española^[6]; y ello en el marco de la colaboración necesaria entre el poder legislativo y el orden jurisdiccional.

Estimo –coincidiendo en esto con el Voto particular- que es posible realizar una interpretación integrada de los artículos 177 y concordantes de la Ley General de la Seguridad Social y del artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores a la luz de los artículos 39 CE, 24.2 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y del mismo artículo 3 del Código Civil, entre otras disposiciones, que conduzca, en el caso de autos, a reconocer el derecho a la acumulación (o si se quiere ampliación del permiso) de los dos permisos de paternidad en la única progenitora de un menor en una familia monoparental. Y ello con fundamento en el interés superior del menor (de obligada consideración primordial) y atendiendo también a la interpretación normativa reguladora en la perspectiva de género, como el Tribunal Supremo ha llevado a cabo en doctrina reiterada en otras muchas sentencias en casos afines y de la cual parece apartarse en esta relevante sentencia.

Todo ello, sin perjuicio de que sea aconsejable y necesaria una nueva regulación legal de la materia en un sentido garantista en vista de la controversia jurídica planteada en la interconexión entre familia monoparental y permisos de paternidad. De manera que la Sala del Tribunal Supremo podría haber desestimado el recurso para la unificación de doctrina y confirmando la sentencia recurrida del TSJ, aceptando, así, el derecho de acumulación de los dos permisos de paternidad con la consiguiente prolongación del disfrute del subsidio.

X. Apunte final

Ciertamente, ahora se dispone de unificación de doctrina jurisprudencial en esta materia, pero los términos de solución no parecen convincentes. ¿Tendremos por ello mayor seguridad jurídica y plenas garantías de igualdad y no discriminación? Habrá que verificar en la práctica cómo incide esta unificación de doctrina en los pronunciamientos de los jueces y tribunales del orden social de la jurisdicción. Hay que tener en cuenta, al respecto, que estamos ante controversias jurídicas con múltiples aristas y manifestaciones a resolver caso por caso real (“derecho del caso”). Además, no es descartable en absoluto que pueda llegarse al Tribunal Constitucional, realizarse

reclamaciones ante el Comité de Derechos Sociales de la Carta Social Europea Revisada o ante el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (que, como se sabe, vela por recta aplicación e interpretación de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales); o que incluso esta cuestión alcance al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por otra parte, no parece que estemos ante un marco regulador plenamente satisfactorio para atender a las singularidades y la mayor vulnerabilidad de la familia monoparental (normalmente el dato estadístico de la mujer como única progenitora; el 81%) y la mayor dificultad en el cuidado del menor (en términos de recursos económicos y posibilidades reales de ejercer los derechos de conciliación) respecto a las familias biparentales. Ante esta situación de trato desigual, de insuficiencia y déficit de tutela específica sería deseable, desde luego, la inmediata intervención garantista del legislador. Ésta no es descartable a priori. El transcurso del tiempo lo dirá, porque se está siempre ante el tiempo de los derechos y sus garantías (inherente a la permanente lucha por los derechos); y está a la vista la realidad socio-jurídica de la innegable mayor vulnerabilidad de la familia monoparental persistirá sino se adoptan con urgencia las medidas legales de acción positiva pertinentes. El modelo legal deberá establecer mecanismos de protección sociolaboral equiparables para los distintos modelos de familia, atendiendo a la lógica entre igualdad y diferencia.

Referencias:

1. ^ GÉNY, F.: *Método de interpretación y fuentes en el Derecho Privado positivo*, edición y estudio preliminar sobre “El pensamiento científico jurídico de Gény” (pp. XVII-LXXV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, pp. 526-527 y 529.
2. ^ Cfr. Artículo 48, apartados 4, 5 y 6, y artículo 49, apartado a, b y c) del ET.
3. ^ Cfr. Artículos 177 a 180 de la LGSS. Según el artículo 177 LGSS: “A efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menor prevista en esta sección, se consideran situaciones protegidas el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 49.a), b) y c) del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”.
4. ^ Así, SSTS del Pleno 881/2016, 25 de octubre de 2016 (rcud 3818/2015), y 953/2016, 16 de noviembre de 2016 (rcud 3146/2014), 1005/2017, 14 de diciembre de 2017 (rcud 2859/2016), 277/2018, 13 de marzo de 2018 (rcud 2059/2016), y 347/2018, 22 de marzo de 2018 (rcud 2770/2016). Aunque la cuestión que resuelve es otra, también la STS Pleno 997/2022, 21 de diciembre (rcud 3763/2019). Y para la interpretación con perspectiva de género: STSS Pleno de 21 de diciembre de 2009 (rcud 201/2009), 864/2018, 26 de septiembre de 2018 (rcud 1352/2017); 778/2019, 13 de noviembre de 2019 (rec. 75/2018); 815/2019, 3 de diciembre de 2019 (rec. 141/2018); 79/2020, 29 de enero de 2020 (rcud 3097/2017); 115/2020, 6 de febrero de 2020 (rcud 3801/2017); 580/2020, 2 de julio de 2020 (rcud 201/2018); 908/2020, 14 octubre 2020 (rcud 2753/2018); 645/2021, 23 junio 2021 (rec. 161/2019); y 747/2022, 20 de septiembre de 2022 (rcud 3353/2019).

5. [^] Apartado 4 del artículo 39 Constitución Española; artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE); Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo; artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España y publicada en el BOE de 31 de diciembre de 1990; a Ley Orgánica 8/2015, de 20 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; artículo 2 (“todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por otra parte, en el apartado II del Preámbulo de la LO 8/2015 se indica que: “Los cambios introducidos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones. Por ello, para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral. A la luz de estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio”.
6. [^] Según establece el artículo 117 de la CE: [...] 3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. 4. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las

que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho". Perspectiva integradora de su función en el orden jurídico que debe retenerse para afrontar toda controversia jurídica, incluida la aquí examinada, donde entran en juego normas públicas de conducta y normas públicas sobre principios y deberes de actuación que rigen la tarea de los órganos judiciales, con carácter general y en concreto respecto a determinadas situaciones jurídicas tomadas en consideración por aquéllas.

§ 30 ¿Una “tercera” doctrina judicial sobre la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales y sus efectos en la calificación del despido?

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional

Resumen: La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Galicia declara con contundencia la intromisión ilícita en el derecho fundamental a la intimidad personal de la trabajadora producida por el registro de un maletín por otra trabajadora, ilicitud que contamina indirectamente el posterior registro de la empresa, fuente de la prueba de los hechos y de la causa del despido de la trabajadora propietaria del maletín. Privado el despido de su causa, en virtud de prueba indirectamente ilícita, la sentencia declara el despido improcedente, ya que no se efectuó con ánimo lesivo del derecho fundamental de la trabajadora despedida, ni produjo violación de su derecho fundamental. Procede indemnizar a la trabajadora por los daños y perjuicios derivados de la lesión de su derecho fundamental causada por la obtención ilegítima de las pruebas y por su aportación al acto del juicio oral, en la que, sin embargo, no hubo ánimo lesivo. Y la ausencia de un ánimo de vulneración de derechos fundamentales es circunstancia atenuante relevante.

Palabras clave: Derecho fundamental a la intimidad. Vulneración. Prueba ilícita. Registro de pertenencias de los trabajadores. Improcedencia del despido. Nulidad del despido. Propósito de vulneración de derechos fundamentales.

Abstract: The judgment of the Social Chamber of the Superior Court of Galicia forcefully declares the illegal interference in the fundamental right to personal privacy of the worker caused by the search of a briefcase by another worker, an illegality that indirectly contaminates the subsequent registration of the company, source of proof of the facts and the cause of the dismissal of the worker who owned the briefcase. Deprived of the dismissal of her cause, by virtue of indirectly illegal evidence, the sentence declares the unfair dismissal, since it was not carried out with an intent to harm the fundamental right of the dismissed worker, nor did it violate her fundamental right. It is appropriate to indemnify the worker for the damages and losses derived from the infringement of her fundamental right caused by the illegitimate obtaining of the evidence and by her contribution to the act of the oral trial, in which, however, there was no harmful intention. And the absence of an intention to violate fundamental rights is a relevant mitigating circumstance.

Keywords: Fundamental right to privacy. Violation. Illicit evidence. Registration of workers' belongings. Unfairness of the dismissal. Annulment of the dismissal. Purpose of violation of fundamental rights.

I. Introducción

La cuestión de la relevancia constitucional de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales es, sin la menor duda, de máxima importancia, tanto desde el punto de vista de la construcción de la teoría de los derechos fundamentales, como desde el de su proyección en el ámbito del contrato de trabajo y en los poderes extintivos empresariales y, de modo particular, en la calificación del despido.

La cuestión accedió por vez primera al Tribunal Constitucional en el caso de la STC 114/1984, de 29 de noviembre, de amparo, en la que el Tribunal formuló una doctrina general, muy cuidada y matizada, ante la ausencia de regulación legal en nuestro ordenamiento jurídico. La conclusión del Tribunal fue la necesidad de ponderar, en cada caso, el interés público en la obtención de la verdad procesal y el interés en el reconocimiento de la plena eficacia de los derechos constitucionales para dar acogida preferente a uno u otro, sin que exista “un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita” (FJ 2). En ausencia de ley y de que sea un derecho subjetivo fundamental autónomo, el Tribunal no dejó de vincular “la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental” con “la posición preferente” de éstos y su condición de “inviolables” (art. 10.1 de la Constitución), que garantiza “la nulidad radical de todo acto -público o, en su caso, privado- violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución” y “la necesidad institucional de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales (el *deterrent effect* propugnado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos)”; y, en concreto, con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes y el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Añadiendo que “cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento” la “exigencia prioritaria” es “atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso” (FJ 4). En el proceso laboral de instancia, cuya sentencia había declarado la procedencia del despido del demandante, se había tenido como prueba la transcripción escrita de la grabación fonográfica de una conversación mantenida por el demandante, registrada por su interlocutor sin su consentimiento. La sentencia de amparo constitucional descartó la vulneración del derecho fundamental sustantivo alegado, el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), afirmando que no dispensaba protección en relación con los propios comunicantes. No existe el nuestro ordenamiento un “hipotético derecho a la voz”, sino como concreción del derecho a la intimidad (FJ 8).

La doctrina de la STC 114/1984 fue recogida en numerosas sentencias de amparo de contenido penal, en que el Tribunal indubitadamente afirmó que “la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental no sólo deriva directamente de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, y de la necesidad de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos (STC 114/1984), sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.)” (STC 85/1994, de 14 de marzo, FJ 4, por todas).

En el ámbito material de las relaciones de trabajo la cuestión de la prueba ilícita no resurgió de manera polémica hasta la STC 61/2021, de 15 de marzo^[1], que, como no podía ser de otra manera, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, aquí comentada, cita expresamente y aplica, y de la que ofrece una particular interpretación, con la que dice abrir una tercera vía en el campo en que, hasta el momento, se habían movido sus análisis doctrinales, laudatorios y críticos. Como sentencia de esa “tercera” vía enuncia un camino argumental sobre la ilicitud de la prueba vulneradora de derechos fundamentales y sobre la calificación del despido, de la que es pieza esencial la existencia o la falta de intención empresarial de causar la lesión de los derechos fundamentales para declarar su nulidad o su improcedencia o

procedencia, que, no obstante esa “tercera” vía, en el caso, conduce a los mismos resultados de la STC 61/2021.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 925/2023, de 15 de febrero.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de suplicación núm. 6281/2022.

ECLI: ES:TSJGAL:2023:910

Fuente: CENDOJ

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Fernando Lousada Arochena.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema litigioso se suscita por un despido disciplinario, calificado por la sentencia de instancia impugnada en suplicación, de nulo al basarse en prueba obtenida ilícitamente al abrir otra trabajadora el maletín, olvidado en lugar ajeno a la empresa -un establecimiento abierto al público- por la trabajadora despedida, que contenía documentación de la empresa, sin que concudiesen los requisitos del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores (ET). La apertura del maletín no respondió a la necesidad de identificar a su propietario o de comprobar su contenido para garantizar la protección del patrimonio empresarial o el de los demás trabajadores, porque no existía la más mínima sospecha sobre la trabajadora despedida. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia declara la vulneración del derecho fundamental a la intimidad de la trabajadora. Sin embargo, considera que no hubo ánimo de vulneración de derechos fundamentales en la obtención de las pruebas ilegítimas, ni por parte de la empresa ni de la trabajadora que accedió primero al contenido del maletín, lo que califica de circunstancia atenuante relevante. La sentencia condena a la empresa, por la vulneración del derecho fundamental de la trabajadora, al pago de una indemnización de daños y perjuicios de 6.000 euros, y a ejercer la opción entre el pago de salarios de tramitación y la readmisión de la trabajadora o el abono de la indemnización correspondiente al despido disciplinario improcedente.

1. Hechos

La trabajadora era Directora de Departamento de Empleo y Formación de la Confederación Empresarial de Ourense. Fue despedida disciplinariamente por la empresa el 22 de enero de 2022 como consecuencia de haber obtenido ésta conocimiento del hecho de que la trabajadora estaba en posesión de documentos de la empresa que guardaba en un maletín que olvidó en las instalaciones de un establecimiento abierto al público -el Liceo Recreo Ourense- y que fue entregado a la Confederación Empresarial de Ourense por quien lo había recibido de una trabajadora de hostelería del Liceo Recreo Ourense. El maletín fue abierto por dos trabajadoras de la Confederación Empresarial de Ourense para conocer su contenido (la sentencia de suplicación dirá, atendiendo a la prueba testifical practicada en el juicio oral, que realmente fue una trabajadora quien lo abrió y, a la vista de lo que encontró, avisó a la segunda), y, al comprobar que contenía documentación de la Confederación, lo pusieron en conocimiento de su secretario general, quien ordenó a una trabajadora la elaboración de un inventario con el contenido del maletín, que se adjuntó a la carta de despido. El secretario general de la Confederación Empresarial acudió al Liceo Recreo Ourense, donde se entrevistó con su gerente al que enseñó

una foto de la trabajadora despedida, reconociéndola aquel como dueña y portadora del maletín. En el proceso de despido se celebró la conciliación sin avenencia ante el SMAC.

La trabajadora había sido objeto de un anterior despido disciplinario -el 25 de enero de 2021-, frente al que formuló demanda, turnada al Juzgado de lo Social núm. 3 de Ourense, habiéndose alcanzado acuerdo en el acta de conciliación -el 29 de abril de 2021-, por el que se reconoció la improcedencia del despido y la posterior readmisión de la trabajadora con efectos de 10 de mayo de 2021. Según explicó la presidenta de la empleadora en el acto del juicio oral del segundo despido, que es el que aquí interesa, aquel primer despido se produjo por el extravío de un portátil propiedad de la empleadora, que la trabajadora devolvió en el acto de conciliación, razón por la que, al devolverlo, se la readmitiera. Desde el 17 de diciembre de 2021 la trabajadora estuvo en situación de IT derivada de contingencias comunes con el diagnóstico de crisis de ansiedad.

2. Antecedentes

La trabajadora presentó demanda de despido disciplinario contra la Confederación Empresarial de Ourense. La sentencia de 30 de mayo de 2022 del Juzgado de lo Social núm. 2 de Ourense estimó la demanda de la trabajadora y declaró nulo su despido, notificado el 22 de enero de 2022, por vulneración de sus derechos fundamentales, condenando a la Confederación Empresarial demandada a la readmisión inmediata de trabajadora en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido con abono de los salarios de tramitación. Desestimó la pretensión de indemnización de daños y perjuicios de la trabajadora demandante.

La sentencia es recurrida en suplicación, tanto por la Confederación Empresarial condenada, como por la trabajadora, habiendo sido ambos recursos objeto de la correspondiente impugnación.

IV. Posición de las partes

1. De la trabajadora demandante y recurrente

La trabajadora recurre en suplicación la desestimación por la sentencia de instancia de su pretensión de indemnización de daños y perjuicios en cuantía de 60.000 euros. Denuncia la infracción, por interpretación errónea e inaplicación, de los artículos 183.1 y 2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), argumentando que la vulneración de un derecho fundamental lleva aparejada la indemnización por daños y perjuicios y justificando la cuantificación de la indemnización solicitada de 60.000 euros.

En el escrito de impugnación del recurso de la empresa, sostuvo, adicionalmente, la calificación de nulidad del despido disciplinario por considerarlo una represalia frente al anterior proceso de despido dada la proximidad temporal entre ambos.

2. De la Confederación Empresarial de Ourense, demandada y condenada por despido nulo y recurrente

La Confederación empleadora demandada combate la calificación de nulidad del despido de la trabajadora, de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Ourense, con la pretensión de su declaración como procedente, o subsidiariamente improcedente. Considera infringidos los artículos 18 del ET, en relación con los artículos 55.5 y 6 del mismo texto legal, y el artículo 18 de la Constitución Española. Pretende, por ello, principalmente, la declaración de procedencia del despido, pues fue lícita la prueba aportada como justificativa de los hechos y la causa de despido disciplinario; subsidiariamente solicita que el despido disciplinario de la trabajadora sea calificado de improcedente, ya que, si la prueba fuera ilícita, la consecuencia sería la falta de prueba de la causa del despido, lo cual conduciría a la calificación de su improcedencia, y no de su nulidad.

V. Normativa aplicable al caso

Constitución Española

- “Artículo 18

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

[...].

Estatuto de los Trabajadores

“Artículo 18. Inviolabilidad de la persona del trabajador.

Solo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible”.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

- “Artículo 11

1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”

[...]

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social

“Artículo 90. Admisibilidad de los medios de prueba

[...]

2. No se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas [...]”.

VI. Doctrina básica

La sentencia comienza a sentar su doctrina identificando la esencia del problema litigioso que ha de resolver: si la obtención de la prueba para despedir ha producido la vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1 CE) de la trabajadora despedida, derecho desarrollado en el ámbito de las relaciones de trabajo por el art. 18 del ET -bajo el desajustado título “Inviolabilidad de la persona del trabajador”-, que limita la posibilidad de efectuar “registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares” a su carácter necesario “para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa”, con los condicionamientos de que dichos registros se practiquen dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo, con respeto máximo a la dignidad e intimidad del trabajador, y esté presente en los registros un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, otro trabajador de la empresa, “siempre que ello fuera posible”.

1. Sobre la ilicitud de la prueba del despido obtenida con vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal de la trabajadora despedida en los dos momentos de su obtención

La sentencia no deja duda de la vulneración del derecho fundamental a la intimidad de la trabajadora, causada por la apertura del maletín por ella olvidado y el acceso a

su contenido, primero, por otra trabajadora y, después, por la empleadora a través de su secretario general. Pero distingue dos momentos temporales en la obtención ilícita de la prueba para despedir.

En un primer momento, cuando el maletín olvidado por la trabajadora despedida en lugar abierto al público fue llevado a la Confederación Empresarial y abierto por la trabajadora que lo recibió, no se sabía a quién pertenecía el maletín. Pero, dice bien la sentencia, ese desconocimiento no legitimaba la apertura del maletín y el acceso a su contenido, ni con la finalidad de identificar a su propietario, ni con la de comprobar lo que había dentro. El acceso al contenido del maletín, un “efecto particular” de la trabajadora despedida, solo hubiera sido legítimo en las condiciones exigidas por el artículo 18 del ET, que no concurrieron y, por ello, ni siquiera se alegaron: la identificación de su propietaria o la comprobación del contenido del maletín debían haber sido necesarias para la protección del patrimonio empresarial o del de los demás trabajadores de la empresa. Sin embargo, en aquel momento inicial no existía ni la más mínima sospecha de que la persona propietaria del maletín hubiera incurrido en un incumplimiento contractual. Nada, pues, justificaba el registro.

Destaca la sentencia que, en aquel momento primero, la vulneración del derecho fundamental de la trabajadora a su intimidad personal se produjo sin mediar orden de la empresa, por una decisión libre de la trabajadora de la empleadora que recibió el maletín, a la que no guiaba ánimo alguno de vulnerar un derecho fundamental. En el juicio oral la trabajadora declaró que había abierto el maletín ajeno de buena fe ante las dudas sobre su contenido, ya que quien se lo entregó dijo que era un portátil, que, en cambio, su tacto desmentía. Insiste la sentencia en que esa buena fe “no purifica el acceso” al contenido del maletín, no justificado por las causas de necesidad del artículo 18 del ET. Cuestión distinta hubiera sido que el litigio versare sobre la imposición de una sanción por el empresario a la trabajadora que abrió el maletín, supuesto en que la ausencia de ánimo infractor de un derecho fundamental “obviamente sería una circunstancia muy relevante”.

El segundo momento es el protagonizado por el secretario general de la Confederación Empresarial de Ourense, puesto en conocimiento del contenido del maletín por las trabajadoras. El secretario general ordenó un registro del maletín a una tercera trabajadora, al no tener la Confederación constituida representación legal de los trabajadores, lo que se conformó a las exigencias del artículo 18 del ET. También fue conforme con el precepto estatutario la ausencia en el registro del maletín de su propietaria. Ciertamente, dicho precepto legal no exige la presencia de la trabajadora afectada en la práctica del registro, obviamente cuando éste no versa sobre la propia persona trabajadora. No obstante, esa presencia puede considerarse comprendida en el requerimiento del precepto de respetar “al máximo” la dignidad e intimidad del trabajador en la realización del registro. Sin embargo, no fue incumplida en el caso, pues se desconocía la identidad de la persona propietaria del maletín y el registro se llevó a cabo, entre otras cosas, para conseguir su identificación, que se obtuvo cuando aparecieron documentos con notas manuscritas en que la trabajadora encargada del registro reconoció la letra de la demandante. Pese a ello, el intento de la empleadora de cumplimiento del artículo 18 del ET no fue posible, pues la justificación causal del registro -necesidad de protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa- trajo origen del ilegítimo acceso inicial, ilegitimidad que “emponzoña la legitimidad del posterior registro. O sea, el posterior registro ni vale para subsanar el acceso inicial ilícito ya consumado, ni sus formas lícitas convalidan su causa en cuanto está contaminada por dicho acceso inicial ilícito”.

2. Sobre el empeño fracasado de romper la conexión de antijuridicidad entre la fuente de la prueba y el medio de prueba, y de nuevo la ilicitud de la prueba, directa e indirecta

Rechaza la sentencia la virtualidad de la aplicación al caso de la doctrina del hallazgo casual del procedimiento penal, alegada por la Confederación Empresarial de Ourense, con el fin de romper la conexión de antijuridicidad y evitar la ilegitimidad de la prueba del despido de la trabajadora recurrente. De aplicarse esa doctrina al ámbito

laboral, se precisaría que el hallazgo casual de la comisión de un ilícito contractual laboral hubiera sido inevitable y se hubiese producido en el ejercicio de una actuación legítima empresarial, lo que falta en el caso. La sentencia razona con contundencia que ni la trabajadora que accedió al contenido del maletín lo hizo en ejecución de sus obligaciones laborales, sino por propia iniciativa, ni el descubrimiento era inevitable, lo que únicamente sucedería si el bolso estuviera abierto y, sin necesidad de manipularlo, se observase la existencia de unos documentos en su interior.

La sentencia prosigue por el camino abierto por la Confederación Empresarial y se pregunta, sin alegación de parte, por la posible aplicación al caso de la doctrina de la “lista *Falciani*”, que, también en una investigación penal, otorga validez a una prueba obtenida ilícitamente por un particular contra sujetos inculcados en virtud de esa prueba si no existe conexión entre la obtención ilícita de la prueba y los derechos procesales de las partes. También aquí alcanza una conclusión negativa y, con los criterios de la jurisprudencia constitucional (STC 97/2019, de 16 de julio), concluye que la vulneración del derecho fundamental ciertamente no se produjo para obtener la prueba, pero la obtención de la prueba vulneró el derecho fundamental con “tal intensidad” –“afectó al núcleo axiológico primordial de la privacidad”– que el reconocimiento de su validez deviene imposible, además de que su anulación cumple fines “generales de prevención o disuasión” de la vulneración para evitar que “se reiteren en el futuro situaciones similares”.

La prueba del registro del maletín fue ilícita y nula (arts. 11.1 LOPJ y 90.2 LRJS); según la doctrina de la sentencia, no fue directamente ilícita, al cumplirse en el registro del bolso practicado por la empresa las exigencias del artículo 18 del ET, sino “indirectamente ilícita en cuanto contaminada con la ilicitud del acceso inicial al maletín, constituyendo fruto del árbol envenenado”.

3. Sobre el recurso de suplicación de la Confederación Empresarial empleadora y la calificación del despido como improcedente al carecer el despido de propósito de vulnerar la privacidad de la trabajadora, ni producirse dicho efecto

La cerrada argumentación de la sentencia sobre la ilicitud de la prueba de la causa del despido, y su consiguiente nulidad, conduce derechamente a desestimar la pretensión principal de la Confederación Empresarial de Ourense recurrente de declaración de la procedencia de un despido sin causa.

En cuanto a la pretensión subsidiaria de la empresa de improcedencia del despido, la sentencia precisa que su respuesta se sitúa en la muy polémica cuestión de determinar los efectos de la ilicitud de la prueba por vulneración de derechos fundamentales en la calificación del despido producido con causa sustentada en esa prueba ilícita. Recuerda las tesis jurisprudenciales y doctrinales enfrentadas (teoría de la irradiación de la nulidad y teoría de la independencia) y se acoge a una tercera vía de apreciación casuística, en la que sitúa a la STC 61/2021, de 15 de marzo.

En esa ponderación casuística de las circunstancias del caso destaca como elementos relevantes: 1) la vulneración del derecho fundamental *no se produjo por la empleadora*, sino por otra trabajadora, que registró el maletín al margen de sus funciones y, por supuesto, de una orden de la empleadora; 2) la trabajadora actuó de buena fe, “*sin ánimo de vulnerar el derecho fundamental a la privacidad*” de la persona propietaria del maletín; 3) la empleadora acordó un registro posterior conformado a los requisitos del art. 18 del ET “*con la finalidad legítima de aclarar todas las circunstancias*”; 4) el registro empresarial permitió comprobar las irregularidades cometidas e identificar a la propietaria del maletín. Considera especialmente significativo el hecho 1).

Siendo estas las circunstancias del caso, “la decisión de despedir presenta un móvil disciplinario y el efecto buscado con tal despido es solo un efecto sancionador, lo que permite descartar en la decisión de despedir el propósito de vulnerar la privacidad de la trabajadora demandante, ni dicho efecto se produce, por más que la ilicitud de aquellas pruebas impidan su utilización para acreditar la causa”.

La sentencia concluye que, en el caso, la nulidad de la prueba no afecta a la calificación del despido, que, privado causa por la ilegitimidad constitucional y nulidad de su prueba, califica de improcedente.

4. Sobre el recurso de suplicación de la trabajadora y la indemnización de daños y perjuicios por vulneración su de derecho fundamental a la intimidad. La ausencia de intencionalidad infractora de derechos fundamentales como circunstancia atenuatoria relevante de la infracción

La sentencia rechaza la nulidad del despido por represalia de la demanda de despido frente a un despido disciplinario anterior -que había concluido con el reconocimiento empresarial de su improcedencia y la readmisión de la trabajadora- alegada, adicionalmente, por la trabajadora en su escrito de impugnación del recurso de suplicación de la empresa. Descarta, como indicio de la represalia, la supuesta proximidad temporal de ambos despidos, contrarrestada por la significativa distancia temporal entre el acuerdo de conciliación del anterior despido (29/04/2021) y el despido del que traen causa los recursos de suplicación (notificado el 22 de enero de 2022), y por el propio acuerdo de conciliación con readmisión de la trabajadora, “que viene a demostrar que no había ninguna intención de librarse de ella, y luego además se espere más de medio año para represaliarla por haber impugnado aquel despido”.

Y resuelve sobre su solicitud de indemnización de daños y perjuicios, aparejada a la vulneración de su derecho fundamental, cuantificada en la demanda de despido en 60.000 euros, atendiendo a la reincidencia de la empresa en su despido, a su situación de incapacidad temporal por crisis de ansiedad, y al arco sancionador de las infracciones muy graves en su grado medio de la LISOS.

Reconoce la sentencia que la vulneración de un derecho fundamental lleva aparejada la indemnización por daños y perjuicios, siempre procedente por daños morales - sin perjuicio de la acreditación de otros daños físicos o psíquicos-, pues de tal naturaleza es el que produce a una persona la vulneración de sus derechos fundamentales por cuanto afecta a su dignidad. No comparte, en cambio, la sentencia la cuantificación de los daños efectuada por la trabajadora recurrente, que rebaja a 6.000 euros. Tras descartar la reincidencia de la empresa -el despido anterior no fue con violación de derechos fundamentales y se concilió- y la relación de causalidad entre la incapacidad temporal de la trabajadora y la obtención de la prueba ilícita, no acreditada y, por demás, anterior aquélla a ésta, la sentencia vuelve a su doctrina, y precisa que el objeto de la indemnización no son los daños y perjuicios derivados de la pérdida del puesto de trabajo, ya que el despido “no tuvo como móvil la vulneración de derechos fundamentales, ni produjo ese efecto”; los daños indemnizables traen causa de la obtención de pruebas ilegítimas y de su aportación al juicio oral. Y vuelve al centro de su doctrina: la ilicitud de la obtención de la prueba no devino de un ánimo o intencionalidad vulneradora de derechos fundamentales -inexistente, primero, en la trabajadora y, después, en la empleadora-, sino de la propia vulneración de derechos fundamentales como resultado: “Y la ausencia de un ánimo de vulneración de derechos fundamentales es circunstancia atenuatoria relevante” de la vulneración, que ha de compadecerse con una cuantificación inferior de los daños, obtenida orientativamente de las sanciones de las infracciones muy graves contenidas en la LISOS, pero en el grado mínimo y no el medio propuesto por las trabajadora recurrente.

VII. Parte dispositiva

La sentencia falla:

“Estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por [... la trabajadora] , y estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la Confederación Empresarial de Ourense contra la Sentencia de 30 de mayo de 2022 del Juzgado de lo Social número 2 de Ourense, dictada en juicio seguido a instancia de [...la trabajadora] contra la Confederación Empresarial de Ourense, la Sala la revoca, y, con estimación parcial de la demanda rectora de estas actuaciones,

declaramos la improcedencia del despido disciplinario, y, en legal consecuencia, condenamos a la demandada a que readmita a la demandante con abono de los salarios dejados de percibir a razón de 62,42 euros diarios hasta su readmisión o hasta que la demandante hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a esa última fecha y se probase por la demandada lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación, o a que, a su elección, la demandada opte, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia y sin esperar a su firmeza, por el abono a la demandante de una indemnización de 38.622 euros. La opción se ejercerá mediante escrito o comparecencia ante la Oficina del Juzgado de lo Social. Si no se optare por readmisión o indemnización, se entiende que procede la primera. Asimismo, declaramos la vulneración del derecho fundamental a la intimidad de [... la trabajadora] y condenamos a la Confederación Empresarial de Ourense a abonar 6.000 € a [... la trabajadora]. Devuélvase a la Confederación Empresarial de Ourense depósitos, consignaciones y aseguramientos. Sin imposición de costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina [...].”

VIII. Pasajes decisivos

- “[...E]l nudo gordiano del presente litigio es la determinación de si se ha producido una vulneración de derechos fundamentales en la obtención de la prueba utilizada por la empleadora demandada para acreditar la causa del despido disciplinario de la trabajadora demandante [...] (FD 2º);

- “la vulneración de derechos fundamentales, de existir, se produciría en relación con el derecho fundamental a la intimidad personal contemplado en el artículo 18 de la Constitución Española, cuyo desarrollo legal, en el ámbito de la relación laboral, se encuentra en el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, donde, bajo el confuso rótulo “inviolabilidad de la persona del trabajador” (confuso porque su contenido no se refiere a tal cuestión), se contiene una habilitación a la empresa para excepcionalmente acometer ciertas injerencias en la privacidad de las personas trabajadoras [...] (FD 2º);

- “[...]para comprobar si la prueba cuestionada en el presente litigio se ajusta o a las disposiciones anteriores, es oportuno distinguir dos momentos temporales, no tanto a los efectos de la decisión sobre la ilicitud de la prueba, que será la misma en ambos momentos, como a los efectos de la motivación, que será distinta en ambos momentos, y ello además repercutirá en las consecuencias anudadas a la decisión sobre la ilicitud de la prueba (calificación del despido impugnado e indemnización por una vulneración de derechos fundamentales)” (FD 2º);

- “el acceso inicial al contenido del maletín se produjo sin mediar ninguna orden de la empresa, sino en virtud de una decisión motu proprio de la trabajadora de la empleadora que recibió el maletín de la persona que lo entregó y quien, a su vez, lo había recibido de quien lo encontró en un establecimiento abierto al público. Se desconocía en ese momento quien era propietario del maletín. Pero este simple desconocimiento no legitimaba el acceso a su contenido ni con la finalidad de identificar a su propietario, ni con la finalidad de comprobar lo que había dentro. Únicamente sería legítimo el acceso al contenido del maletín si la identificación del propietario o la comprobación del contenido fuera algo necesario para la protección del patrimonio empresarial o del de los demás trabajadores de la empresa, pero en el caso de autos no existía, en el momento del acceso inicial al contenido, ni la más mínima sospecha de que hubiera un incumplimiento contractual por quien fuera propietario del maletín, ni tampoco concurría ninguna otra circunstancia (de hecho, ni se alegó nada al respecto) que, por las causas legalmente establecidas de protección del patrimonio empresarial o de trabajadores, justificase el acceso” (FD 2º);

- “[...] no se ha alegado en ningún momento que este acceso inicial al contenido del maletín estuviese guiado por un ánimo de vulneración del derecho a la privacidad.

Al contrario, la trabajadora implicada (en una versión no puesta en duda por ninguna de las partes litigantes) ha manifestado en el acto del juicio oral que lo abrió de buena fe para comprobar su contenido a la luz de las dudas que le surgieron (quien se lo entregó afirmó que era un portátil, y al tacto se podía comprobar que no lo era, lo que le llevó a abrirlo). Pero esta ausencia de ánimo de vulneración de un derecho fundamental, [...] no purifica el acceso que, en ese momento inicial, no se encontraba avalado por la habilitación contemplada en el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores” (FD 2º);

- “[...] una vez el secretario de la empleadora fue puesto en conocimiento de todas las circunstancias atinentes al hallazgo encontrado en el maletín, aquel acordó un registro del maletín ajustado a lo establecido en el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, pues, dado que la empleadora no tiene constituida representación legal del personal, intervino otra trabajadora diferente a las que hasta ese momento eran las dos conocedoras de los hechos. [...] No resultaba óbice alguno para la legitimidad del registro la ausencia del propietario del maletín [...] en casos, como el de autos, en que cuando se inició el registro del maletín su propietario ni siquiera estaba identificado, y en que el registro se llevó a cabo, entre otras cosas, para conseguir esa identificación, que se consiguió cuando aparecieron documentos con notas manuscritas que la trabajadora encargada del registro reconoció como de la letra de la demandante” (FD 2º);

- “[...] el intento de ajustarse al artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores no puede tener éxito pues la exigencia causal justificativa del registro es que sea necesario para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, y esa necesidad solo ha surgido en el caso a resultados del ilegítimo acceso inicial, cuya ilegitimidad, en consecuencia, emponzoña la legitimidad del posterior registro. O sea, el posterior registro ni vale para subsanar el acceso inicial ilícito ya consumado, ni sus formas lícitas convalidan su causa en cuanto está contaminada por dicho acceso inicial ilícito” (FD 2º);

- “[...]el hallazgo casual en el ámbito de una relación laboral se produciría cuando, en la ejecución de una actuación legítima desarrollada dentro del círculo de organización de la empresa, inevitablemente se descubren indicios de la comisión de un incumplimiento laboral. Pues bien, en el caso de autos ni la trabajadora que accedió al contenido del maletín lo hizo en ejecución de sus obligaciones laborales, sino por propia iniciativa, ni el descubrimiento era inevitable: ello solo ocurriría si el bolso estuviera abierto y, sin necesidad de manipularlo, se observase la existencia de unos documentos en su interior” (FD 2º);

- “[...] En el caso de autos, la prueba no se ha obtenido de manera instrumental, pero la violación del derecho fundamental es de tal intensidad que afecta al núcleo axiológico primordial de la privacidad, y, además, existen necesidades generales de prevención o disuasión de la vulneración con el fin de que no se reiteren en el futuro situaciones similares” (FD 2º);

- “Conclusión: atendiendo al artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial [...], y a su trasunto en el artículo 90.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social [...], la prueba del registro del maletín es una prueba ilícita, no tanto directamente, pues en su práctica se han cumplido las exigencias formales del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, sino indirectamente ilícita en cuanto contaminada con la ilicitud del acceso inicial al maletín, constituyendo fruto del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree*)” (FD 2º);

- “[...] la ilicitud de la prueba [...] deja sin prueba la causa del despido” (FD 4º.2);

- “[...] el efecto que la ilicitud de la prueba produce sobre la calificación del despido [...es] una cuestión muy polémica que ha dado lugar a dos corrientes jurisprudenciales y doctrinales, una de ellas considerando que la nulidad de la prueba conduce a la nulidad del despido (tesis de la irradiación), y otra considerando que ambas cuestiones se mueven en planos diferentes, una es procesal y otra es sustantiva (tesis de la

independencia). A ellas se une una tercera que apunta a distinguir supuestos, que nos parece la tesis más prudente a la vista de la diversidad de la casuística. De hecho, la STC 61/2021, de 15 de marzo, ha rechazado ofrecer una interpretación constitucional de alcance general, y en el caso concreto consideró razonable desde la perspectiva de la motivación de las sentencias y del derecho a la tutela judicial efectiva, una interpretación de la legalidad ordinaria según la cual (insistimos: en el caso) la nulidad de la prueba no conducía a la del despido" (FD 4º.3);

- "[...] en el caso de autos hay varios elementos relevantes. El más significativo es el de que la vulneración del derecho fundamental se produjo sin intervención de la empleadora, esto es, fue una trabajadora la que accedió al contenido del maletín sin que mediara orden de la empleadora, ni estuviera ello entre sus funciones. Al mismo tiempo, esa trabajadora actuó de buena fe, sin ánimo de vulnerar el derecho fundamental a la privacidad de quien fuera el propietario del maletín. Conocida esta situación por el secretario de la empleadora, este acuerda, con la finalidad legítima de aclarar todas las circunstancias, un registro posterior ajustado a las exigencias formales legalmente establecidas que permite en efecto constatar las irregularidades cometidas e identificar a la propietaria del maletín" (FD 4º.3);

- "[...] la decisión de despedir nace de la constatación de unas irregularidades y de la identificación de la trabajadora demandante gracias al registro del maletín que no es una prueba directamente ilícita, e incluso presenta apariencia formal de ajuste a la legalidad, sino que su ilicitud es contaminación de la ilicitud del acceso inicial al maletín, que ni fue buscado por la empresa, ni obedeció a un móvil de vulneración de la privacidad de la trabajadora implicada, de donde, en estas circunstancias, la decisión de despedir presenta un móvil disciplinario y el efecto buscado con tal despido es solo un efecto sancionador, lo que permite descartar en la decisión de despedir el propósito de vulnerar la privacidad de la trabajadora demandante, ni dicho efecto se produce, por más que la ilicitud de aquellas pruebas impidan su utilización para acreditar la causa" (FD 4º.3);

- "[...] en el caso de autos la nulidad de la prueba no afecta a la calificación del despido, que, precisamente por la falta de prueba derivada de la nulidad del acceso y registro del maletín, se calificará como improcedente" (FD 4º.3);

- "Coincidimos con la trabajadora demandante en que la vulneración de un derecho fundamental lleva aparejada la indemnización por daños y perjuicios y en que, de no acreditarse otros daños físicos o psíquicos, cuando menos procede una indemnización por el daño moral que la vulneración de cualquier derecho fundamental produce en la medida en que se afecta a la dignidad de la persona" (FD 5º);

- "[...] el objeto de la indemnización no es aquí la pérdida del puesto de trabajo, o los daños y perjuicios inherentes, pues el despido no tuvo como móvil la vulneración de derechos fundamentales, ni produjo ese efecto, de ahí que lo hayamos calificado como improcedente, sino que lo que aquí se indemnizará son los daños y perjuicios derivados de la obtención de unas pruebas ilegítimas y por su aportación al acto del juicio oral" (FD 5º);

- "Unas pruebas ilegítimas que, además, no lo fueron porque hubiera un ánimo de vulneración de derechos fundamentales en su obtención, ni por parte de la empleadora ni por parte de la trabajadora que inicialmente accedió al contenido del maletín, sino porque, aun sin ánimo vulnerador, produjeron el efecto de vulnerar derechos fundamentales. Y la ausencia de un ánimo de vulneración de derechos fundamentales es circunstancia atenuatoria relevante" (FD 5º).

IX. Comentario

1. Sobre la ilicitud de la prueba con vulneración de derechos fundamentales

La sentencia disecciona con gran precisión y acierto los dos momentos de la vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal de la trabajadora despedida (art. 18.1 CE) por el registro ilegítimo de su maletín, realizado inicialmente

por otra trabajadora receptora del maletín por propia decisión, sin que mediara orden de la empresa que desconocía el hallazgo del maletín registrado y su contenido, y, posteriormente, por la empresa, una vez que adquirió conocimiento del hallazgo del maletín y de su contenido, consistente en documentación relativa a la empresa. La trabajadora fue despedida por el incumplimiento contractual acreditado con los documentos habidos en el registro ilícito del maletín de su propiedad.

La sentencia no duda de la vulneración del derecho fundamental “a la privacidad” - realmente, a la intimidad personal- de la trabajadora producido por la intromisión ajena en un objeto de su propiedad, sin su consentimiento y al margen de las previsiones legales, que restrictivamente autorizan los registros sobre los “efectos particulares” de los trabajadores por su estricta necesidad “para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa” (art. 18 ET), que en el caso no concurrieron, pues no existieron factores objetivos o indicios racionales de afectación que conectasen el bolso con dichas previsiones legales y no existía la más mínima sospecha de la existencia de un incumplimiento contractual por la persona que resultara ser propietaria del maletín. Su construcción es inicialmente firme y está firmemente apoyada en su declarada defensa de los derechos fundamentales de los trabajadores. Descarta bien la sentencia que el desconocimiento de esa persona, o la finalidad de llegar a su conocimiento o al del contenido del maletín, sean razones tenidas en cuenta por el legislador para habilitar excepcionalmente los registros: “Solo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares [...]” (art. 18 ET). La justificación causal del registro, por su necesidad para la defensa del patrimonio empresarial, emergió posteriormente, cuando se practicó por la empresa, pero emergió como consecuencia del primer registro ilegítimo acometido por la trabajadora, y esa ilegitimidad contamina o “emponzoña la legitimidad del posterior registro”. La conclusión que alcanza la sentencia no excusa el análisis de la posible legitimidad de la prueba (doctrina del hallazgo casual, doctrina *Falciani*, traídas del ámbito jurídico-penal), que resuelve en sentido negativo, sin dejar de afirmar, con criterios de la jurisprudencia constitucional, que, en el caso, “la violación del derecho fundamental es de tal intensidad que afecta al núcleo axiológico primordial de la privacidad, y, además, existen necesidades generales de prevención o disuasión de la vulneración con el fin de que no se reiteren en el futuro situaciones similares”. Para acabar afirmando, más matizadamente, que la prueba del registro del maletín es una prueba ilícita, “no tanto *directamente*”, pues en su práctica por la empresa “se han cumplido las exigencias formales del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, sino *indirectamente* ilícita en cuanto contaminada con la ilicitud del acceso inicial al maletín” por la trabajadora, “constituyendo fruto del árbol envenenado”. Aplicando esta doctrina de exclusión de medios probatorios conectados a la primera prueba viciada, también procedente de la dogmática procesal penal estadounidense, la sentencia deslinda la ilegitimidad del registro inicial de la trabajadora y la ilegitimidad del posterior registro empresarial “más detallado”.

La sentencia da por supuesta la lesión de derechos fundamentales de los trabajadores por otros trabajadores. Es su presupuesto conceptual. Pero, formulada la conexión de antijuridicidad entre la fuente de la prueba y el medio de prueba, descarta insertar la conducta lesiva de la trabajadora en el círculo de organización de la empresa. Al contrario, desarrollando su argumentación de la mano del relato fáctico, destaca que aquella conducta lesiva inicial -el acceso inicial al contenido del maletín-, respondió, sin mediar orden de la empresa, a la libre decisión de la trabajadora -por sus dudas sobre el contenido del maletín-, que la llevó a cabo al margen de la ejecución de sus obligaciones laborales. Nada pudo hacer la empresa para evitar la infracción constitucional. La empresa protagoniza autónomamente la lesión constitucional con su segundo registro, formalmente acompasado ya al art. 18 del ET, del que incluso la sentencia dirá más adelante que tuvo una “finalidad legítima (FD 4º.3), pero contaminado por la ilegitimidad del primero.

En aquella lesión originaria del derecho fundamental producida por la trabajadora, que, se recordará, afectó “al núcleo axiológico primordial de la privacidad” de la trabajadora despedida (FD 2º), la sentencia introduce la buena fe o la ausencia de

ánimo lesivo en la trabajadora causante, que es el *leitmotiv* de su motivación, para rechazar, con toda corrección constitucional, pero con firmeza solo respecto de ese registro inicial -respecto del registro empresarial habrá matizaciones, no respecto de la falta de ánimo lesivo, que se refuerza, sino de la causación de la lesión constitucional, que se debilita-, que esa ausencia de ánimo lesivo de un derecho fundamental impida la lesión, que, según jurisprudencia constitucional reiterada, es un resultado objetivo, que no requiere de “la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo”, ni de “la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control. Este elemento intencional es irrelevante, bastando constatar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma” (por todas, STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 9, con cita de otras anteriores, y continuada en las posteriores)^[2]. Y deja dicho, en un *obiter*, que la ausencia de ánimo lesivo “obviamente sería una circunstancia muy relevante si de lo que aquí se tratase es de decidir sobre una sanción a la trabajadora en cuestión”.

2. Sobre los efectos de la prueba ilícita en la calificación del despido; y su improcedencia

La sentencia busca aquí un juicio prudencial, que propugna de aplicación a cada caso atendiendo a sus circunstancias, alejado de doctrinas de alcance general sobre la existencia o inexistencia de “consecutividad lógica y jurídica”^[3] o de “correlación entre la nulidad de la fuente de prueba y la nulidad del despido”^[4].

De la STC 61/2021, de 15 de marzo, que abrió la caja de los truenos al negar que de la nulidad de la prueba practicada con violación de derechos fundamentales resultase la del despido producido “con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador” (art. 55.5 ET)^[5], precisa la sentencia comentada que rechazó “ofrecer una interpretación constitucional de alcance general”^[6], limitando sus efectos a considerar razonable en el caso concreto, con el canon de enjuiciamiento del derecho a la tutela judicial efectiva y a la motivación de las sentencias (art. 24.1 CE) “una interpretación de la legalidad ordinaria según la cual (insistimos: en el caso) la nulidad de la prueba no conducía a la del despido” (FD 4º.3).

Ciertamente, la STC 61/2021 dijo que el objeto de su enjuiciamiento era resolver si la nulidad del despido era una consecuencia constitucionalmente derivada del contenido y alcance del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (art. 18.1 y 3 CE) (FJ 1). Pero también dijo que “no existe un derecho constitucional a la calificación del despido laboral como nulo, por lo que la pretensión de la actora no puede tener sustento en una vulneración de los derechos reconocidos en el art. 18.1 y 3 CE” (FJ 3). Y en el caso de la sentencia del Tribunal Superior de Galicia, ahora comentada, la nulidad del despido se plantea como consecuencia de la vulneración del derecho sustantivo a la intimidad personal de la trabajadora despedida (art. 18.1CE), ajena, desde luego, al canon de motivación razonable, no arbitraria y no incurso en error de hecho patente del art. 24.1 CE.

El itinerario argumental de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en esta cuestión principal, insiste en los hechos del caso: la empresa no intervino en el registro ilícito del bolso practicado por la trabajadora; ésta actuó de buena fe y sin ánimo lesivo al proceder al registro, que no estaba entre sus funciones; la empresa acordó un segundo registro acomodado a los requerimientos formales del art. 18 del ET, al que la sentencia atribuye, pese a la contaminación reconocida de su inconstitucionalidad por falta de finalidad legítima, “la *finalidad legítima* de aclarar todas las circunstancias” (FD 4º.3), finalidad que fue efectivamente satisfecha y permitió identificar a la trabajadora propietaria del maletín.

Así las cosas, el despido “nace” de la constatación de las irregularidades cometidas por la trabajadora, identificadas y desveladas por el registro del maletín, una intromisión ilícita en el ámbito constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la intimidad personal de intensidad intolerable cuando fue cometida por

la trabajadora receptora del maletín, pero convertida en prueba del despido “no” directamente ilícita, sino consecencial a aquella lesión constitucional, cuando la lesión se comete por el registro posterior efectuado por la empresa; que no buscó la lesión primera, que no tuvo en su origen un móvil de vulneración de la privacidad de la trabajadora por la otra trabajadora. El móvil del despido fue disciplinario, sancionador del incumplimiento contractual de la trabajadora, *carente de propósito lesivo del derecho fundamental a la intimidad de la trabajadora despedida, ni produjo la violación de su derecho fundamental*, “por más que la ilicitud de aquellas pruebas impidan su utilización para acreditar la causa” (FD 4º.3). Carente el despido de causa, se califica de improcedente. Es la solución alcanzada por otros muchos Tribunales Superiores de Justicia en casos de ilicitud constitucional de la prueba, como puso de manifiesto la STC 61/2021 (FJ 5)^[7].

No entra la sentencia en la consideración de que la prueba nula era la única que acreditaba la causa del despido y de que, siendo única, el despido totalmente desprovisto de prueba de su causa por lesión de derechos fundamentales en la obtención de aquella podría merecer la calificación de nulidad radical^[8] para evitar el reconocimiento de efectividad alguna a las contravenciones de los derechos fundamentales (el *deterrent effect*), pues, aunque improcedente, el despido se produce, quedando la readmisión a la decisión de la empresa, no desapareciendo los efectos de la prueba ilícita, pese a su nulidad radical. El despido no queda desconectado del derecho fundamental lesionado alegado.

La doble finalidad de la sentencia de suplicación de hacer justicia material ante la completa falta de responsabilidad de la empresa en el registro ilegítimo inicial y las irregularidades contractuales cometidas por la trabajadora despedida, puestas de manifiesto por el registro doblemente ilegítimo -aunque menos ilegítimo el registro empresarial-, y, al tiempo, de hacer efectiva su voluntad proclamada de defensa de los derechos fundamentales y de prevención y disuasión de las vulneraciones, se satisface con la declaración de la ilegitimidad constitucional del registro, directa e indirecta, y de la improcedencia del despido, un despido que lo es, pero indemnizado -a falta de readmisión-, al que se suma la indemnización por daño moral aparejada a la vulneración del derecho fundamental.

La desconexión entre la nulidad de la prueba ilícita por vulneradora de derechos fundamentales y la nulidad del despido queda consagrada en el caso, y dejada su conexión posible en otros supuestos a la apreciación prudencial de jueces y tribunales a tenor de sus circunstancias.

La nulidad del despido basado en prueba ilícita resultará, según la sentencia, si responde a un móvil lesivo de los derechos fundamentales de los trabajadores o produce vulneración de dichos derechos fundamentales, de la que es elemento relevante el ánimo de vulneración.

En esa interpretación del art. 55.5.1º del ET con efectos generales radica, en mi personal criterio, la debilidad de la construcción argumental de una sentencia tan armada, que no lo es en su aplicación al caso, según resulta de sus razonamientos.

Cierto es que dicho precepto legal, expresión de la libertad del legislador en la configuración de la nulidad del despido, emplea el término “móvil” para declarar nulo el despido “que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley”. Pero acota ese elemento subjetivo, equiparable a la intencionalidad, a las causas de la discriminación prohibida, por tanto a un *móvil discriminatorio*. En lo demás, el legislador califica de nulo el despido que “se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”, siendo la violación de los derechos fundamentales un concepto constitucional que, como ha quedado dicho, la jurisprudencia constitucional ha identificado con un resultado objetivo de violación de los derechos fundamentales, que no precisa de ánimo o intencionalidad subjetiva lesiva. Basta una conexión de causalidad entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo.

La sentencia recurre en dos ocasiones al concepto de buena fe para describir la conducta de la trabajadora que vulneró primeramente el derecho fundamental de la despedida: la trabajadora declaró en el juicio oral que había abierto el maletín “de buena fe” para comprobar su contenido ante sus dudas -pues la persona que se lo entregó había dicho que era un portátil, y al tacto se podía comprobar que no lo era-; la trabajadora actuó “de buena fe”, concepto que equipara con la ausencia de ánimo vulnerador del derecho fundamental (FFDD 2º y 4º.3), y que afortunadamente la sentencia abandona, ya que no es un concepto constitucional, de efecto confirmatorio o limitativo del ejercicio de los derechos fundamentales, por arraigado que esté en la tradición de nuestro Derecho (art. 7.1 CC). Y lo sustituye por el de ausencia de ánimo lesivo, ¿sin el cual el derecho fundamental no quedaría comprometido?

Adviértase que, en la sentencia, la ausencia de ánimo lesivo no excluye la lesión del derecho fundamental en la obtención ilícita de la prueba: la ausencia de ánimo de vulneración de la trabajadora no “purifica el acceso que, en ese momento inicial, no se encontraba avalado por la habilitación contemplada en el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores” (FD 2); unas “pruebas ilegítimas que, además, no lo fueron porque hubiera un ánimo de vulneración de derechos fundamentales en su obtención, ni por parte de la empleadora ni por parte de la trabajadora que inicialmente accedió al contenido del maletín, sino porque, aun sin ánimo vulnerador, produjeron el efecto de vulnerar derechos fundamentales” (FD 5º). La cuestión es si la ausencia de ánimo lesivo excluye en la sentencia comentada la lesión autónoma del derecho fundamental por el acto de despido, ya lesionado por la obtención de su prueba, y, en consecuencia, su nulidad. En el caso, la decisión de despedir, afirma la sentencia, nace de la constatación de unas irregularidades y de la identificación de la trabajadora demandante gracias al registro del maletín que no es una prueba directamente ilícita, e incluso presenta apariencia formal de ajuste a la legalidad, sino que su ilicitud es contaminación de la ilicitud del acceso inicial al maletín, que ni fue buscado por la empresa, ni obedeció a un móvil de vulneración de la privacidad de la trabajadora implicada, de donde, en estas circunstancias, la decisión de despedir presenta un móvil disciplinario y el efecto buscado con tal despido es solo un efecto sancionador, *lo que permite descartar en la decisión de despedir el propósito de vulnerar la privacidad de la trabajadora demandante, ni dicho efecto se produce [...]* (FD 4º.3). Se consuma la desconexión de la nulidad del despido de la nulidad su prueba ilícita.

Es decir, que si, volviendo al plano de los efectos doctrinales de la sentencia, tras la prueba ilícita, la decisión empresarial de despedir no produce el efecto de vulnerar el derecho fundamental o “no se produce con violación de derechos fundamentales” (art. 55.5.1º ET), el despido no es nulo. La cuestión problemática, en su dimensión constitucional, es vincular la falta de lesión constitucional producida por el despido con la falta de ánimo de lesionar de la decisión de despedir sustentada en prueba ilícita.

En esa interpretación de la sentencia, la reducción material o relativización de la efectividad de los derechos fundamentales que produciría la exigencia de que su violación se acompañase de esa intencionalidad subjetiva, de difícil prueba en numerosas ocasiones, no se compadecería con la interpretación hecha por la jurisprudencia constitucional del concepto constitucional que el legislador ha decidido incorporar a la legalidad ordinaria en igual ejercicio de su libertad de regulación de la nulidad del despido, de márgenes amplísimos como sabemos. No obstante, el precepto hoy contenido en el art. 55.5.1º ET respondió al objetivo del legislador de acoger la jurisprudencia constitucional y anudar la sanción de nulidad radical a los actos empresariales, extintivos y no extintivos, causales y no causales, con intencionalidad lesiva y sin ella, pero en todo caso lesivos de los derechos fundamentales de los trabajadores -dicho esto tantas veces por la jurisprudencia constitucional que excusa su cita-. Por lo demás, sabido es que la interpretación de la ley por los jueces y tribunales ha de hacerse de conformidad con la Constitución y las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos (art. 5.1 LOPJ). En definitiva, el despido producido con violación de los derechos fundamentales del trabajador no exige el propósito vulnerador del empresario, aunque, como es patente, el despido producido con tal propósito vulnere los derechos fundamentales. La tutela constitucional elaborada por el Tribunal Constitucional

quebraría con una interpretación distinta de la legalidad ordinaria, engarzada en la Constitución.

La interpretación que suscribe la sentencia comentada responde al caso de autos, en el que constata la ausencia de propósito lesivo de la empresa en reiteradas ocasiones, incluso en la obtención de la prueba ilícita -y de la trabajadora que, primero, lesionó el derecho a la intimidad de la trabajadora despedida con total intensidad-, pero, en lo que ahora importa, en su decisión y acto de despido disciplinario. La interpretación de la sentencia fortalece su calificación de la improcedencia del despido basado en la prueba ilícita y nula, pues el despido fue ajeno a todo propósito del empresario de vulnerar el derecho fundamental de la trabajadora a su intimidad personal, y no produjo ese efecto de vulneración constitucional. Como otras sentencias de suplicación, la comentada separa la infracción del derecho fundamental a la intimidad de la trabajadora, cometido mediante la obtención de la prueba de los hechos de su despido, de éste que se produjo sin el propósito del empresario de vulnerar dicho derecho fundamental, ni vulneró el derecho.

3. Sobre la indemnización de daños y perjuicios y la ausencia de ánimo lesivo como circunstancia atenuante

La construcción de la sentencia es perfectamente explicativa de su presupuesto y de su aplicación al caso. De su presupuesto, la vulneración de un derecho fundamental lleva aparejada la indemnización por los daños y perjuicios morales que en todo caso causa, ya que “se afecta a la dignidad de la persona”, y además por los daños físicos o psíquicos que se acrediten. En su aplicación al caso, precisa la sentencia que el objeto de la indemnización no son los daños y perjuicios derivados de la pérdida del puesto de trabajo, al ser calificado el despido de improcedente, sino los daños y perjuicios ocasionados por la obtención de las pruebas ilegítimas y por su aportación al acto del juicio oral.

En este momento tan avanzado de la argumentación aparece el último de los elementos clave de la sentencia. Reitera que las pruebas fueron ilegítimas, pero que no hubo ánimo de vulneración del derecho fundamental a la intimidad de la trabajadora despedida, ni por parte de la empleadora ni por parte de la trabajadora que inicialmente registró el contenido del maletín. “Y la ausencia de un ánimo de vulneración de derechos fundamentales es circunstancia atenuatoria relevante”. ¿De la cuantificación de la indemnización? ¿De la ilegitimidad de las pruebas? ¿De la lesión de los derechos fundamentales? ¿De la nulidad del despido producido con violación de los derechos fundamentales?

¿Cabe en la vulneración de los derechos fundamentales circunstancias atenuantes de su eficacia y efectividad? ¿Y la incorporación al tipo del ilícito constitucional de un elemento subjetivo con ese carácter? La violación de un derecho fundamental es un acto tan incompatible con la dignidad humana que no consiente atenuantes ni exigencias adicionales de intencionalidad, negligencia, culpa o dolo.

Únicamente en la cuantificación de la indemnización por los daños y perjuicios causados por su vulneración. La sentencia rebaja la indemnización a 6.000 euros frente a los 60.000 solicitados por la trabajadora recurrente por las razones que aporta. Quizá no sea poca cosa para un derecho fundamental, su contenido esencial y su ámbito existencial de realización.

X. Apunte final. Sobre la ausencia de ánimo de vulneración de los derechos fundamentales por la decisión empresarial de despedir como criterio de desconexión de la nulidad de la prueba ilícita de la nulidad del despido

La sentencia hace una aplicación inteligente de la STC 61/2021, cuyo efecto separador de los efectos de nulidad de la prueba ilícita de la nulidad del despido es su punto de partida. Como en el caso de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 337/2021, de 10 de mayo de 2021^[9], enjuiciada por

aquella sentencia del Tribunal Constitucional, la nulidad de la prueba no conduce a la del despido, sino a su improcedencia, revocándose la declaración de nulidad de los despidos efectuada por los jueces de instancia, y se fija una indemnización de daños y perjuicios para la trabajadora despedida por la vulneración de sus derechos fundamentales causada por la obtención ilícita de la prueba del despido, no por su despido, que ha dejado de ser nulo al no vulnerar, en si mismo considerado, derechos fundamentales.

No obstante, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dice colocarse en una “tercera” corriente doctrinal entre las tesis que denomina de la “irradiación” (la nulidad de la prueba conduce a la nulidad del despido) y de la “independencia” (la nulidad de la prueba es cuestión procesal y la nulidad del despido es sustantiva), y dice optar por distinguir esos efectos según los casos, que “nos parece la tesis más prudente a la vista de la diversidad de la casuística” (FD 4º.3). Se sigue de ello que la solución aquí dada sobre la improcedencia del despido no tiene por qué reproducirse en otros hipotéticos enjuiciamientos de los efectos de la prueba vulneradora de derechos fundamentales en la calificación del despido, que podría ser nulo si vulnera derechos fundamentales del trabajador despedido.

Sin embargo, de la lectura de la sentencia se obtiene la conclusión de que no son de corto alcance los efectos que pueden extraerse de su doctrina para casos posteriores, ya fijados por otros Tribunales Superiores de Justicia. Del todo claro es, en efecto, que “cuando la decisión de despedir presenta un móvil disciplinario y el efecto buscado con tal despido es solo un efecto sancionador”, móvil y efecto que hay que reconocer propios de todo despido disciplinario, pero, sobre todo, cuando ese móvil y ese efecto permiten descartar de la decisión de despedir todo propósito empresarial de vulnerar los derechos fundamentales de los trabajadores, “ni dicho efecto se produce” (FD 4ª.3), la ilicitud de las pruebas vulneradoras de derechos fundamentales, impeditiva de su utilización procesal para acreditar la causa del despido, no conduce a su nulidad, y sí a su improcedencia o a su procedencia (si existiesen otras causas lícitamente acreditadas). La sentencia de suplicación de la Sala de Madrid, antes citada, había razonado, en su caso, que, puesto que no se había probado que “la decisión extintiva acordada por la empresa demandada, en si misma considerada, pretendiera la vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas de la trabajadora, ni que el móvil del empresario al acordar el despido respondiera a una causa vulneradora de esos derechos fundamentales”, el despido no podía llevar aparejada la nulidad, “no pudiendo de esta manera confundirse el despido con violación de derechos fundamentales con la infracción de derechos fundamentales para la obtención de la prueba [...] de los hechos en los que se basó la empleadora para adoptar tal sanción” (FD 2º).

La ausencia de ánimo vulnerador de los derechos fundamentales en la decisión de despedir no anula el criterio, mas apropiado, de que la vulneración de derechos fundamentales no se produzca objetivamente con la decisión de despedir para separar el despido de la sanción de nulidad. Pero no puede desconocerse que, en la sentencia, este criterio, que es el que incorpora el art. 55.5.1º ET y se corresponde con la doctrina constitucional, se empaña u oscurece por la aparición, en primer plano y con gran fuerza definitoria, del ánimo vulnerador empresarial, cuya inexistencia y desconexión con el despido acarrearía como consecuencia la desconexión del despido con la nulidad de su prueba constitucionalmente ilegítima y cuya existencia produciría la solución contraria. Advertidos sus problemas conceptuales, no pueden dejar de advertirse ahora los que podrán generarse en su aplicación concreta, problemas que precisamente trató de evitar la configuración objetiva de la lesión de los derechos fundamentales por la jurisprudencia constitucional. Esta construcción doctrinal responde al objetivo de la sentencia de facilitar la distinción entre los despidos de efecto disciplinario de los despidos disciplinarios de efecto lesivo de derechos fundamentales, basados en una prueba ilícita obtenida con vulneración de esos derechos fundamentales de los trabajadores despedidos; esto es, al objetivo de hacer transitable y efectiva esa “tercera” vía a la que responde la sentencia, y por la que ya han transitado tras, elevando a categoría identificativa de la vulneración de derechos

fundamentales por el despido, y de su consiguiente nulidad, el ánimo o propósito lesivo del empresario. No obstante, ese elemento subjetivo de la vulneración de los derechos fundamentales no es necesario para que la vulneración se produzca, lo que la sentencia reconoce sin razonamiento alguno. El peso hermenéutico se lo lleva el propósito de vulneración.

Tampoco puede dejar de advertirse la diferente argumentación de la sentencia a propósito del valor de la intencionalidad lesiva de los derechos fundamentales, cuya ausencia no excluye la lesión constitucional en la obtención de la prueba al margen de la habilitación legal de los registros de los efectos particulares de los trabajadores, aunque rebaje la intensidad de la lesión empresarial, pero puede excluir la nulidad del despido producido con violación de derechos fundamentales de la persona despedida. La ilicitud de las pruebas impiden su utilización para acreditar la causa del despido, y la ausencia de propósito empresarial de vulnerar el derecho fundamental de la trabajadora mediante su despido, derecho fundamental vulnerado por la obtención de la prueba, excluye la nulidad del despido.

Ad casum, la ponderación de la sentencia alcanza los equilibrios ya comentados, dignos de ser resaltados. Y toda su construcción, muy potente sobre la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales, merece ser seguida con la máxima atención.

Finalmente, no es de extrañar que, pese a vivir tiempos en que la fundamentalidad se ha hecho global (art. 10.2 CE), destacadamente en cuestiones relativas a los derechos de privacidad de las personas frente al imparable proceso tecnológico, globalidad a la que ha contribuido la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, la sentencia no recurra a decisiones del TEDH. Sabido es que dicho Tribunal ha advertido en su jurisprudencia que, aunque el artículo 6 del CEDH garantiza el derecho a un juicio justo, no establece ninguna norma sobre la admisibilidad de las pruebas como tales, que es fundamentalmente una cuestión que debe regularse en la legislación nacional (véase *Schenk c. Suiza*, 12 de julio de 1988, § 45, Serie A Nº 140, y *García Ruiz c. España* [GC], nº 30544/96, § 28, ECHR 1999-I). En consecuencia, no corresponde al TEDH determinar, como cuestión de principio, si determinados tipos de pruebas - por ejemplo, las pruebas obtenidas ilegalmente en virtud del derecho interno - pueden ser admisibles. La pregunta que debe responderse es si el procedimiento en su conjunto, incluida la forma en que se obtuvieron las pruebas, fue justo. Esto implica un examen de la ilegalidad en cuestión y, cuando se trate de la violación de otro derecho del Convenio, la naturaleza de la violación constatada (véase *P.G. y J.H. c. el Reino Unido*, § 76, y *Gäfgen c. Alemania* [GC], nº 22978/05, § 163, CEDH 2010). Consúltense *López Ribalda c. España II* 17 octubre 2019 [GC] § 149 y § 159, demandas nº 1874/13 y 8567/13.

Referencias:

1. [^] *De la Sala Primera, aprobada con el voto particular de una magistrada. Precedida de STC 97/2019, de 16 de julio, del Pleno, que calificó la prueba ilícita, obtenida con vulneración de derechos fundamentales de problema de mera legalidad ordinaria, respecto del que el Tribunal Constitucional ha de limitarse estrictamente a “determinar si la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo en relación con” el artículo 11.1 de la LOPJ “resulta compatible con las exigencias constitucionales que dimanán del art. 24.2 CE” (FJ 5). La sentencia suscitó la crítica generalizada de la doctrina procesalista.*
2. [^] *A excepción del derecho fundamental a la garantía de indemnidad (art. 24.1 CE), que protege frente a la adopción por el empleador de “medidas intencionales de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la*

tutela de sus derecho” (STC 138/2015, de 10 de septiembre, FJ 3, por todas).

3. ^ SSTC 114/1984, FJ 1; 61/2021, FJ 3.
4. ^ STC 61/2021, FJ 5.
5. ^ Frente a la STC 196/2004, cit.
6. ^ Se refiere la sentencia comentada al FJ 5 de la STC 61/2021. Mas exacto sería decir que dicha sentencia rechazó ofrecer una interpretación constitucional, situando el art. 55.5 ET en el terreno de la legalidad ordinaria, pese a su referencia a la violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador sancionada con la nulidad “radical” del despido disciplinario, cuya interpretación por la sentencia recurrida en aquel recurso de amparo la STC 61/2021 enjuició con un “control externo”, sin dejar de referirse a la falta de “un pronunciamiento del máximo intérprete de la legalidad ordinaria (art. 123.1 CE)”.
7. ^ Vid. la sentencia núm. 1211/2020, de 6 de octubre, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, anulada por STC 119/2022, de 19 de septiembre, del Pleno, por vulnerar los derechos de la empresa a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Con el voto particular de cinco magistradas y magistrados.
8. ^ Tesis del Ministerio Fiscal en la STC 61/2021 y, en parte, de su voto particular.
9. ^ ECLI:ES:TSJM:2021:5357.

§ 31 **No discriminación en la fijación de un tope máximo de edad para el acceso a funciones policiales.**

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León.

Resumen: *La fijación de un límite máximo de edad para el acceso a funciones públicas (in casu, 38 años) no es discriminatorio cuando existan razones objetivas que lo justifiquen como puede ser la eficaz gestión del servicio público policial, no en vano esta profesión exige la disposición subjetiva de unas óptimas condiciones físicas.*

Palabras clave: *Discriminación. Edad máxima. Acceso a cuerpos policiales. Condiciones físicas.*

Abstract: *The establishment of a maximum age limit for access to public functions (38 years old) is not discriminatory when there are objective reasons that can justify it, such as the efficient development of the public police service, since this profession requires the subjective provision of optimum physical conditions.*

Keywords: *Discrimination. Age limit. Access to police officers. Fitness conditions.*

I. Introducción

Cierto es que determinadas profesiones, como policías nacionales, autonómicos y locales, exigen la disposición subjetiva de unas óptimas condiciones físicas que permitan en todo momento el desarrollo eficiente de las funciones que les son propias, una vez superados exigentes procesos selectivos en los que no sólo hay que aprobar exámenes de conocimiento sino también test conductuales y pruebas físicas, en las que deben acreditar determinada fortaleza, adiestramiento y resistencia corporal, sin estar incursos, a la postre, en alguno de los apartados de los cuadros médicos de exclusiones. Teniendo en cuenta que sus integrantes llevan a cabo cometidos eminentemente operativos con manejo de armas y, en muchas ocasiones, desempeñan quehaceres arriesgados y peligrosos, no puede extrañar que sus aptitudes anatómicas y funcionales deban cumplir rigurosos estándares durante toda su carrera, de manera que la disposición de tales cualidades debe acreditarse tanto en el momento de acceso como de forma periódica en el desempeño de su actividad.

No menos verdad resulta tampoco que, en este marco, la edad actúa como factor clave, pues tanto las condiciones orgánicas (agudeza visual, capacidad auditiva, coordinación motora), como las mentales (dificultad de atención, memoria o reflejos), sufren progresivas limitaciones a medida que pasa el tiempo^[1]. Esta realidad ha sido atendida por el legislador de Seguridad Social a través de las prestaciones de incapacidad permanente total y absoluta junto con el mecanismo de la jubilación anticipada sin penalización, considerándose los años de bonificación de la edad hasta la edad ordinaria como tiempo cotizado.

En concreto, para la Policía Autónoma del País Vasco, la disposición adicional 20ª Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (TRLGSS), prevé la aplicación de “un coeficiente (reductor) del 0,20 a los años completos efectivamente trabajados”, si bien en ningún caso esta minoración dará ocasión a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a los sesenta años, o a la de cincuenta y nueve años en los supuestos en que se acrediten treinta y cinco o más años de actividad efectiva y cotización en el Cuerpo de la Ertzaintza, o en los colectivos que quedaron incluidos en el mismo, sin cómputo de la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias. Todo ello acompañado de un tipo de cotización adicional del 10,60 por ciento, del que el 8,84 por ciento será a cargo de la empresa y el 1,76 por ciento a cargo de la persona trabajadora, frente al 6,70%, que es el tipo más elevado, según la tarifa de primas aplicable a las contingencias profesionales (art. 122. trece Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2023).

En paralelo, desde la legislación de función pública, se establecen dos previsiones donde el factor edad adquiere un protagonismo sustancial: por una parte, el art. 90 Decreto Legislativo 1/2020, de 22 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Policía del País Vasco, prevé que “el personal funcionario de los Cuerpos de la Policía del País Vasco que se encuentre en situación de servicio activo, con excepción de quienes pertenezcan a la Escala de Facultativos y Técnicos de la Ertzaintza, podrá pasar (previa valoración de un tribunal médico) a la situación administrativa de segunda actividad por disminución apreciable de las facultades psíquicas o físicas, cuando esta determine una insuficiente capacidad de carácter permanente para el pleno desempeño de las funciones propias de su categoría, sin impedirles la eficaz realización de las fundamentales tareas de la profesión policial”^[2]. La solicitud voluntaria de pase a la situación administrativa de segunda actividad, que implica la percepción de las retribuciones básicas de la categoría y aquellas de carácter personal que tuvieran reconocidas, incluidas las que correspondan en concepto de trienios, y las complementarias que correspondan al puesto o plaza que se desempeñe, conlleva el compromiso a la petición de jubilación voluntaria anticipada cuando se alcance la edad requerida para aquella de conformidad con el régimen de la Seguridad Social, en su caso, aplicable. La observancia de tal compromiso podrá retrasarse si en el momento de cumplimiento de la edad de la jubilación anticipada no se acreditan los requisitos necesarios para percibir una pensión equivalente al 100 % de su base reguladora.

Por otra, el art. 77 Decreto Legislativo 1/2020 determina que para la admisión a las pruebas selectivas de ingreso por turno libre como funcionarios o funcionarias pertenecientes a los Cuerpos de la Policía del País Vasco, se requerirá el cumplimiento del siguiente requisito: “a) Tener 18 años de edad. Para el ingreso en la categoría de agente no haber cumplido la edad de 38 años...”.

Sobre esta última referencia en relación con el tope máximo de edad para el acceso en los cuerpos de la Policía del País Vasco y sus posibles efectos discriminatorios versa la sentencia objeto de comentario.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 335/2023, de 15 de marzo.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación núm. 1702/2022.

ECLI: ES:TS:2023:928

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. Celsa Pico Lorenzo.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El presente pronunciamiento judicial dilucida un recurso de casación, interpuesto contra la sentencia número 461/2021, de 22 de noviembre, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que resolvió el recurso de apelación, interpuesto contra la sentencia de 26 de abril de 2021 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 3 de Vitoria-Gasteiz.

La sentencia de instancia afirmó que el establecimiento de un límite máximo de edad para el acceso a funciones públicas no es discriminatorio cuando existan razones objetivas que lo justifican como puede ser la eficaz gestión del servicio público policial.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia vino a confirmar el fallo del pronunciamiento judicial anterior, entendiéndose que es ajustada a derecho la Resolución de 20 de diciembre de 2019 de la Directora General de la Academia Vasca de Policía y Emergencias, por la que se convocó un procedimiento selectivo para ingreso por turno libre en la categoría de Agente de la Escala Básica de los Cuerpos de Policía del País Vasco, Ertzaintza y Policía Local, publicada en el BOPV nº 4, de 8 de enero de 2020, en cuanto en la Base Segunda 1.- d), que exige como requisito de participación no haber cumplido la edad de 38 años. Asimismo, confirma también la Resolución de 21 de febrero de 2020 de exclusión del apelante en el proceso selectivo y la Resolución de 10 de marzo de 2020 por la que se publicó la relación definitiva de personas admitidas y excluidas al citado procedimiento selectivo.

Esta sentencia del Tribunal Superior de Justicia rechaza además el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y de cuestiones prejudiciales entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con el art. 55.1 bis de la Ley de Policía del País Vasco, según redacción dada por la Ley 7/2019, de 27 de junio, que hacía referencia al límite de edad máximo de 38 años para el acceso a la función pública policial.

Por Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2022 se admite a trámite el recurso de casación preparado por quien había sido excluido del proceso selectivo por superar la edad de 38 años frente a la citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia, señalando que el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en “reforzar, matizar o revisar la jurisprudencia del Tribunal Supremo con relación a la validez del establecimiento de un límite de edad de 38 años para el acceso a los Cuerpos de Policía del País Vasco, Ertzaintza y Policía Local”.

IV. Posición de las partes

En el litigio se mantienen las dos siguientes posiciones enfrentadas:

Por un lado, el recurrente solicita la declaración de nulidad de tres resoluciones de la Directora General de la Academia Vasca de Policía y Emergencias: 1) de 20 de diciembre de 2019, por la que se convocó el procedimiento selectivo para ingreso por turno libre en la categoría de agente de la Escala Básica de los Cuerpos de policía del País Vasco, en cuanto hace a su base segunda 1.d), que exige como requisito de participación no haber cumplido la edad de 38 años; 2) la de 21 de febrero de 2020, de exclusión del apelante del proceso selectivo; 3) la de 10 de marzo de 2020, de publicación de la relación definitiva de personas admitidas y excluidas en dicho proceso de reclutamiento.

Además, el recurrente solicita el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el art. 55.1 bis de la Ley de

Policía del País Vasco, en la redacción dada por la Ley 7/2019, que recoge la exigencia de no superar los 38 años de edad como requisito de admisión a las pruebas.

Como fundamento de sus pretensiones el recurrente argumenta que si existe una situación de envejecimiento de la plantilla, ello no debería servir como justificación para imponer un límite de edad para el acceso, ya que si concurre un problema de pérdida de capacidades por parte de los funcionarios de la Ertzaintza asociado con ese envejecimiento de la plantilla, la solución acertada es seleccionar a las personas más capaces y no a las personas más jóvenes.

Por otro lado, la Academia Vasca de Policía y Emergencias, organismo autónomo del Gobierno Vasco, solicita la desestimación del recurso de casación, entendiéndose ajustadas a derecho las tres resoluciones impugnadas. Considera que resulta innecesario tanto plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como formular una cuestión de inconstitucionalidad. También argumenta que la sentencia recurrida respeta la doctrina del Tribunal Supremo vertida entre otros pronunciamientos en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 5 de abril de 2017, dictada en el recurso de casación nº 1709/2015, en la que se considera ajustado a Derecho el límite de edad de 30 años (inferior a 38 años) establecido para el acceso a la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil; resolución judicial que aunque se refiere a otras fuerzas de seguridad diferentes a la Ertzaintza, confirma la tesis que la Administración del Gobierno Vasco defiende.

V. Normativa aplicable al caso

Las normas jurídicas objeto de interpretación en la presente sentencia son:

--El art. 4.1 Directiva 2000/78, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, conforme al cual “no obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del art. 2”, que recogen los principios de igualdad de trato y no discriminación y los conceptos de discriminación directa e indirecta, “los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el art. 1 (en el cual se incluye la edad) no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado”.

--El art. 8 Directiva 2000/78, según el cual “los Estados miembros podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la presente Directiva. La aplicación de la presente Directiva no constituirá en ningún caso motivo para reducir el nivel de protección contra la discriminación ya garantizado por los Estados miembros en los ámbitos cubiertos por la misma”.

--El art. 10 Directiva 2000/78, en virtud del cual “los Estados miembros adoptarán con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta”, “...sin perjuicio de que los Estados miembros adopten normas sobre la prueba más favorables a la parte demandante”

--El art. 14 Constitución Española (CE), a tenor del cual “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”

--El art. 23.2 CE, conforme al cual "asimismo, (los ciudadanos) tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes".

--El art. 24.1 CE, en virtud del cual "todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión", en relación con el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que se refiere a que "toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo, (de manera que) toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley; (además) "toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar".

--El art. 55 bis 1 a) Ley de Policía del País Vasco, según redacción dada por la Ley 7/2019, de 27 de junio, actual art. 77 del Decreto Legislativo 1/2020, de 22 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Policía del País Vasco, conforme al cual "para la admisión a las pruebas selectivas de ingreso por turno libre como funcionarios o funcionarias pertenecientes a los Cuerpos de la Policía del País Vasco, se requerirá el cumplimiento de los requisitos previstos en la legislación reguladora del empleo público vasco, con las siguientes singularidades: a) Tener 18 años de edad. Para el ingreso en la categoría de agente no haber cumplido la edad de 38 años, límite que se podrá compensar con servicios prestados en Cuerpos de la Policía del País Vasco".

VI. Doctrina básica

El Tribunal Supremo, siguiendo la argumentación de la parte recurrida, considera innecesario plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues este último Tribunal, en sentencia de 15 de noviembre de 2016, ha entendido que resulta conforme al Derecho Comunitario una norma nacional que exigía en aquel momento "que los candidatos a puestos de agentes de un cuerpo de policía que ejercen todas las funciones operativas o ejecutivas que corresponden a dicho cuerpo no deben haber cumplido la edad de 35 años" (edad inferior, incluso, a la actualmente debatida que es de 38 años).

Asimismo, el Tribunal Supremo entiende innecesario formular cuestión de constitucionalidad, pues atendiendo a lo señalado en el Auto del Tribunal Constitucional 183/2016, de 15 de noviembre, que reproduce lo declarado en el Auto del Tribunal Constitucional 168/2016, de 4 de octubre, "estando pendiente de resolución una cuestión prejudicial planteada por el órgano judicial sobre una norma legal, por entender que puede ser incompatible con el Derecho de la Unión Europea, no cabe que ese órgano plantee cuestión de inconstitucionalidad sobre esa misma norma hasta que el Tribunal de Justicia resuelva. La eventual incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión sería causa de su inaplicabilidad en el proceso y, por tanto, faltaría una de las condiciones exigidas para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad: que la norma con rango de ley cuestionada sea aplicable al caso" [arts. 163 CE y 35.1 Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTIC)]. En consecuencia, "el planteamiento simultáneo en el presente caso de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la cuestión de inconstitucionalidad determinaría la inadmisibilidad de esta por incumplimiento del requisito de la aplicabilidad" (art. 37.1 LOTIC).

El Tribunal Supremo considera, además, que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de noviembre de 2016 provocó un cambio en la doctrina del Tribunal Supremo sin que existan razones para volver a la doctrina anterior. Así, a partir de este referente judicial europeo, cabe hacer mención a la Sentencia del Alto Tribunal español de 25 de septiembre de 2017^[3], que en lo que se refiere al acceso al Cuerpo de Policía Local en varios Ayuntamientos de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, donde las bases de la convocatoria exigían una edad máxima de 33

años, reitera lo dicho en la Sentencia de 5 de abril de 2017^[4], reputando que tal requisito no era contrario al art. 21.1. de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ni tampoco vulneraba los arts. 14, 23.2, 103.3 y 9.3 CE.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal Supremo llega a la conclusión de no “reputar contraria a los principios de la Unión europea ni a la Constitución española la fijación de un límite de edad de 38 años para el acceso a los Cuerpos de Policía del País Vasco, Ertzaintza y Policía Local”.

VIII. Pasajes decisivos

La Sentencia objeto de comentario toma en consideración el hecho de que determinadas profesiones exigen la posesión de unas condiciones físicas óptimas que, dejando a un lado circunstancias subjetivas particulares, suelen perderse o reducirse sensiblemente con la edad. Para el análisis de esta cuestión trae a colación el razonamiento vertido en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de enero de 2010 (asunto C-229/08) dictada en relación con el cuerpo de bomberos, a cuyo tenor: “las tareas de extinción de incendios y salvamento de personas, que incumben al servicio técnico medio de bomberos, únicamente pueden llevarse a cabo por los funcionarios más jóvenes. Los funcionarios de más de 45 o de 50 años realizan otras tareas. A fin de garantizar el funcionamiento eficaz del servicio técnico medio de bomberos, puede considerarse necesario que la mayoría de los funcionarios de dicho servicio sea capaz de cumplir las tareas exigentes desde un punto de vista físico y que, por lo tanto, tengan menos de 45 o de 50 años. Además, el destino de los funcionarios de más de 45 o 50 años a tareas menos exigentes desde un punto de vista físico exige que éstos sean sustituidos por funcionarios jóvenes. Pues bien, la edad a la que se contrata al funcionario determina el tiempo durante el cual podrá cumplir las tareas exigentes desde un punto de vista físico. El funcionario contratado antes de cumplir los 30 años, dado que por lo demás deberá seguir una formación de dos años de duración, podrá ser destinado a dichas tareas durante un período mínimo de entre 15 y 20 años. Por el contrario, si es contratado a la edad de 40 años, dicho período será como mucho de entre 5 y 10 años. Una contratación a edad avanzada tendría como consecuencia que un número demasiado elevado de funcionarios no podría ser destinado a las tareas más exigentes desde un punto de vista físico. Asimismo, tal contratación no permitiría que los funcionarios contratados de este modo estuvieran destinados a las citadas tareas durante un período de tiempo suficientemente largo. Por último, como alega el Gobierno alemán, la organización razonable del cuerpo de bomberos profesionales exige, por lo que respecta al servicio técnico medio, una correlación entre los puestos que requieren una mayor capacidad física y que no están adaptados a los funcionarios de más edad y los puestos que requieren una menor capacidad física y que están adaptados a dichos funcionarios”.

Estas reflexiones sobre la limitación de la edad máxima de acceso al cuerpo de bomberos pueden trasladarse, a juicio del Tribunal Supremo, a los cuerpos de la Policía Autónoma del País Vasco, Ertzaintza y Policía Local.

IX. Comentario

La Directiva 2000/78, tras concretar qué se entiende por igualdad, discriminación directa y discriminación indirecta (art.2), va a justificar las diferencias de trato por motivos de edad en base a una finalidad legítima y a unos medios adecuados y necesarios (art. 6), incluyendo además una referencia muy general al tipo de “finalidad legítima”, al señalar como admisibles “los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional”, dando pie a que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no obstante considerar la no discriminación por edad como principio general de Derecho de la Unión, haya juzgado reiteradamente que los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación no solo para elegir un objetivo específico entre los varios posibles en materia de política social y de empleo, sino también para definir las medidas que permitan lograrlo, no siendo

necesario siquiera que exista en dicha medida una enumeración precisa de los objetivos que establezcan el distinto trato en función de la edad. A mayor abundamiento, la Directiva señala, en clara apariencia ejemplificativa, otras excepciones particulares de situaciones que permiten no aplicar esta norma europea, en contraste con el procedimiento opuesto empleado en la Directiva 2006/54, antidiscriminatoria por razón de género, la cual expone situaciones que deben considerarse contrarias a la propia norma, reforzándola de esta manera y no debilitándola como en el caso de la Directiva aquí estudiada, con el peligro de que todas estas excepciones y derogaciones se conviertan en regla.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido requiriendo, para determinar si existe o no justificación de la medida en cuestión, la concurrencia de la existencia de un objetivo legítimo, así como el respeto al principio de proporcionalidad, esto es, que se trate de una medida adecuada, necesaria y proporcional, sin que se haya marcado un criterio general para determinar cuándo una medida es discriminatoria por razón de edad, procediéndose a un examen casuístico acerca de la adecuación y necesidad de las intervenciones adoptadas, con reconocimiento de un amplio margen de apreciación a las autoridades de los Estados o a los agentes sociales en el establecimiento de los fines y de los instrumentos para alcanzar tales fines^[5]. De ahí que llegue a entender adecuada, por ejemplo, en el caso *Abercrombie & Fitch Italia*^[6], una determinada modalidad contractual con una edad máxima de contratación de 25 años, aun cuando se extinga automáticamente el contrato al cumplir dicha edad, si responde a los objetivos específicos en materia de política social y empleo, como puede ser la adaptabilidad de los asalariados, la eliminación de las formas de trabajo ilegales y el fomento de la contratación de los jóvenes.

Así pues, aun cuando se haya elevado la no discriminación por edad a la categoría de principio general de Derecho de la Unión dentro del marco de la igualdad de trato en materia de empleo y ocupación, incluso en un litigio entre particulares^[7], en absoluto queda garantizada su mayor tutela, siendo en la práctica dicha categoría un artificio para lastrar la eficacia de los derechos concernidos^[8], puesto que si se trata como una norma aparentemente neutra y no se aplica a la luz de una prohibición específica de discriminación por edad, va a permitir posibles justificaciones, afectando a la carga de la prueba de la discriminación y suministrando a los tribunales estatales una valoración en principio atenuada de las diferencias por razón de edad^[9], por lo que no puede resultar extraño presenciar, con cierta habitualidad, comportamientos irregulares como anuncios para oficios varios (hostelería, mecánica, transporte, etc.) que restringen la edad de los candidatos; medidas de fomento del empleo que marginan a amplias capas *ratione aetatis*; despidos colectivos u otras medidas de reestructuración que se centran en las personas más veteranas; y un largo etcétera^[10].

Tras la declaración de inconstitucionalidad de la prohibición de desarrollar actividad laboral más allá de los 69 años en 1981^[11], en la actualidad dentro del Estado español no existen ningún tipo de trabas para el acceso y mantenimiento del empleo en el sector privado que estén vinculadas a la edad, salvo las relativas a los menores de 16 años con carácter general o de 18 años en determinados puestos penosos, insalubres o peligrosos (art. 6.1 ET y Decreto de 26 de julio de 1957) o a la posibilidad de introducir cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva asociadas a medidas de fomento del empleo (disposición adicional 10ª ET). A diferencia de esta situación, en el sector público se exige como requisito de acceso, por mandato del art. 56.c) Real Decreto 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), tener cumplidos dieciséis años y no exceder, en su caso, de la edad máxima de jubilación forzosa, situación que para los funcionarios públicos supone el cese en tal condición, por el cumplimiento de una determinada edad, fijada en 65 años por regla general, aunque se pueda llegar a prolongar la permanencia en el servicio activo, como máximo hasta cumplir setenta años de edad (art. 67.3 TREBEP).

Además, solamente por ley podrá establecerse otra edad máxima, distinta de la edad de jubilación forzosa, para limitar el acceso al empleo público. Vía de escape que

ha sido convalidada judicialmente en sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como el asunto *Wolf*, en el cual se rechaza la candidatura al servicio de bomberos de un aspirante, que a la hora de realizar las pruebas selectivas tenía 30 años y 6 meses, por superar la edad máxima de contratación fijada en 30 años, con el objetivo de garantizar que “los funcionarios del servicio técnico medio de bomberos puedan cumplir las misiones que exigen una capacidad física particularmente elevada durante un período de tiempo relativamente largo de su carrera, puesto que se requiere una capacidad física excepcionalmente elevada que únicamente tienen los funcionarios más jóvenes”^[12].

En parecidos términos, atendiendo a un supuesto requisito profesional esencial y determinante (art. 4 de la Directiva 2000/78), se pronuncia el mismo tribunal en el asunto *Salaberría Sorondo*^[13], el cual declara que el límite de edad de 35 años para el acceso a la Escala Básica de la Policía de la Comunidad Autónoma Vasca puede estar justificado en atención a los criterios estructurales o de carrera del propio Cuerpo de Policía, es decir, esta limitación cuenta con una justificación objetiva y razonable que excluye la infracción de la Directiva 2000/78. El objetivo de mantener el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio, exige que la posesión de las capacidades físicas específicas no deba entenderse de manera estática, sino teniendo en cuenta los años de servicio que prestará el agente después de ser seleccionado.

Asimismo, el Tribunal Supremo, en Sala de lo Contencioso-administrativo, considera justificado el límite de 30 años para el acceso a la Guardia Civil, atendiendo a las necesidades de este instituto armado, de naturaleza militar, de proveer distintos puestos de responsabilidad por miembros que hayan ido adquiriendo dentro del mismo la capacitación necesaria y la consiguiente necesidad de que el acceso al cuerpo se haga a una edad que permita alcanzar ese objetivo antes de que llegue el momento de retiro^[14].

Parece evidente que todas estas resoluciones están bajo los efectos de la posibilidad, establecida en la propia Directiva 2000/78 (art. 3.4), referida a que los Estados miembros puedan prever la no aplicación de la misma, en lo referente a la discriminación basada en la edad, a las Fuerzas Armadas o cuerpos de salvamento. Si bien, con anterioridad, se había pronunciado en sentido contrario el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto *Vital Pérez*^[15], ante una norma que fijaba en 30 años la edad máxima para acceder a una plaza de agente de la Policía Local, al no considerar adecuada y necesaria dicha limitación para garantizar los requisitos de formación de los agentes, o la necesidad de un período de actividad razonable previo a su jubilación. Esta interpretación ha sido, como ya consta, posteriormente revocada.

Con carácter más reciente, sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Sentencia 17 de noviembre de 2022, asunto C-304/21, ha fallado que los arts. 2.2, 4.1 y 6.1 de la Directiva 2000/78/CE a la luz del art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea deben interpretarse “en el sentido de que se oponen a una normativa nacional (italiana) que establece una edad máxima de 30 años para participar en un proceso selectivo para la provisión de puestos de comisario de policía, en la medida en que las funciones que efectivamente ejercen esos comisarios de policía no exijan capacidades físicas específicas o, si se requirieran esas capacidades específicas, resulte que esa normativa, pese a perseguir un objetivo legítimo, impone un requisito desproporcionado, extremo que incumbe comprobar al órgano jurisdiccional remitente”.

X. Apunte final

Es un hecho objetivo que los Tratados y Directivas de la Unión Europea han generado una especie de jerarquía entre las causas de discriminación, en la cual la edad queda en el peldaño de menor consideración, como también lo es que el tono social reivindicativo ha sido menos intenso con esta causa que con otras como el sexo, la raza o la orientación sexual. Resulta paradójico que sea en el ámbito de la Directiva 2000/78, marco general para la igualdad de trato en el empleo, donde se consientan diferencias de trato desfavorables por motivos de edad, como el

establecimiento de una edad máxima para la contratación, justo al mismo tiempo que se está tratando de impulsar la permanencia en el empleo de los trabajadores de más edad y la elevación de las edades de jubilación, pareciendo que lo que conviene a las políticas de empleo no conviene a las de protección social.

Teniendo en cuenta que la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, regula con mayor contundencia las prohibiciones de discriminación, incluidas las derivadas de la edad, podría llegar a alcanzarse la siguiente conclusión: sin dejar de reconocer que determinadas profesiones exigen la disposición de unas excelentes condiciones físicas no sólo en el momento de acceso sino durante todo el desarrollo de su carrea, lo cierto es que ambas circunstancias son debidamente atendidas por el ordenamiento jurídico español, pues la posesión de las capacidades corporales necesarias para llevar a cabo las actividades de agente de policía puede valorarse adecuadamente en las pruebas físicas eliminatorias previstas en la convocatoria y el mantenimiento de tales cualidades puede revisarse periódicamente a través de los oportunos reconocimientos médicos. Así, ante cualquier deterioro anatómico o funcional, el funcionario puede pasar a las situaciones de segunda actividad, incapacidad permanente total o incapacidad permanente absoluta, sin olvidar tampoco la posibilidad de acogerse a la jubilación anticipada tras la aplicación de los oportunos coeficientes reductores. En fin, la fijación de una edad máxima como límite para el acceso a las funciones policiales tampoco encontraría acomodo en una justificación basada en la política de empleo, el mercado de trabajo y la formación profesional ante el débil argumento del envejecimiento de las plantillas.

Referencias:

1. ^ DE LA CASA QUESADA, S.: “Tiempo de trabajo y bienestar de los trabajadores: una renovada relación de conflicto en la sociedad digital”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, número extraordinario 2019, p. 137.
2. ^ *Se consideran tareas fundamentales de la profesión policial las relativas al mantenimiento y restauración del orden y la seguridad ciudadana, la prevención de hechos delictivos, su investigación, y la persecución de las personas culpables; tareas cuyo eficaz desempeño exige una elemental capacidad tanto para el uso y el manejo de armas de fuego y demás defensas reglamentarias, como para la conducción de vehículos en condiciones normales, así como una elemental capacidad motriz/motora.*
3. ^ *Rec. 2637/2015*
4. ^ *Rec. 1709/2017.*
5. ^ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y GÓMEZ GARCÍA, F.X.: “La edad como factor de vulnerabilidad social: algunos factores merecedores de preocupación”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5, 2018, pp. 505 y ss.
6. ^ *Sentencia de 19 de julio de 2017, Abercrombie & Fitch Italia, C-143/16, EU:C:2017:566.*
7. ^ *Sentencia de 19 de abril de 2016, Dansk Industri (DI), C-441/14, EU:C:2016:278, apartado 27.*
8. ^ CABEZA PEREIRO, J.: “Justificaciones proporcionadas de la discriminación por edad”, en AA.VV. BALLESTER PASTOR, M.A. (coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 240-241.

9. ^ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Jubilación y discriminación en el empleo por razón de edad en el derecho comunitario», en AA.VV. CAMAS RODA, F. (coord.), *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la inmigración*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 27.
10. ^ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La edad para trabajar (al hilo del caso de la Policía Local de Oviedo)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 897, 2015, pág. 2.
11. ^ STCo 22/1981, resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad, promovida por el Magistrado de Trabajo núm. 9 de Madrid, sobre la Disposición Adicional Quinta de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, que limitaba con carácter general a sesenta y nueve años la edad máxima para trabajar, pudiendo el Gobierno rebajarla en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo.
12. ^ Sentencia de 12 de enero de 2010, Wolf, C-229/08, EU:C:2010:3, apartado 34.
13. ^ Sentencia de 15 de noviembre de 2016, Salaberría Sorondo, C-258/15, EU:C:2016:873.
14. ^ STS Contencioso-administrativo de 5 de abril de 2017 (rec. 1709/2015).
15. ^ Sentencia de 13 de noviembre de 2014, Vital Pérez, C-416/13, EU:C:2014:2371.

§ 32 El EBEP impide remunerar los “permisos” autonómicos por guarda legal.

Antonio V. Sempere Navarro

Director de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Universidad (s.e.)

Resumen: *Se discute sobre la validez de una norma autonómica conforme a la cual el disfrute de un permiso por guarda legal (por cuidado de descendiente menor de 12 años) no comporta disminución retributiva. La legislación estatal (artículo 48 EBEP) contempla la figura con reducción proporcional de las retribuciones correspondientes y el Tribunal Supremo considera que estamos ante una norma básica. Por lo tanto, el Decreto autonómico que convierte esa reducción de jornada en un permiso remunerado incurre en causa de nulidad y no puede aplicarse.*

Palabras clave: *Guarda por cuidado de menor. Reducción de jornada. Conciliación de la vida familiar y laboral. Funcionariado autonómico y estatal. Sujeción de normas autonómicas a las estatales.*

Abstract: *There is discussion about the validity of a regional norm according to which the enjoyment of a permit for legal guardianship (for the care of a descendant under 12 years of age) does not entail a reduction in salary. State legislation (article 48 EBEP) contemplates the figure with a proportional reduction in the corresponding remuneration and the Supreme Court considers that we are dealing with a basic rule. Therefore, the regional Decree that converts this reduction in working hours into paid leave incurs grounds for nullity and cannot be applied.*

Keywords: *Save for child care. Workday reduction. Conciliation of work and family life. Regional and state officials. Subjection of regional regulations to the state.*

I. Introducción

La atención a las necesidades de índole extralaboral constituye uno de los objetivos del actual ordenamiento laboral, entendido este en sentido amplio, es decir, abarcando a quienes prestan servicios remunerados por cuenta y dependencia ajenas (sea en régimen contractual, estatutario, asociativo, cooperativo o funcional).

La conciliación de la vida familiar y la vida profesional sigue constituyendo un reto considerable para muchos progenitores y trabajadores que tienen responsabilidades en el cuidado de familiares, en especial debido a la creciente prevalencia del horario laboral ampliado y de los cambios en los calendarios de trabajo, lo que repercute negativamente en el empleo femenino. Un factor importante que contribuye a la infrarrepresentación de las mujeres en el mercado de trabajo es la dificultad para conciliar las obligaciones laborales y familiares. Las mujeres, cuando tienen hijos, se ven obligadas a trabajar menos horas en empleos retribuidos y a pasar más tiempo ocupándose de responsabilidades en el cuidado de familiares por las que no reciben

remuneración. Se ha demostrado que tener un familiar enfermo o dependiente también repercute negativamente en el empleo femenino, con el resultado de que algunas mujeres abandonan por completo el mercado de trabajo^[1].

El Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) dedica su Título III a regular derechos y deberes del personal comprendido en su ámbito aplicativo. Dentro del mismo, el Capítulo V ("*Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones*") incluye el artículo 48, disciplinando los permisos de los funcionarios públicos. Pues bien, más allá de la terminología, lo cierto es que en él aparece la reducción de jornada (y salario) por cuidado de menor o familiar a cargo. La cuestión discutida surge porque esa previsión es mejorada por un Decreto autonómico, en el sentido de convertir la figura en lo que su nombre enuncia, esto es, una ausencia de prestación profesional pero no una paralela desaparición de las remuneraciones previstas.

La STS-CONT 421/2023 constituye ocasión adecuada para examinar las posibilidades que las Comunidades Autónomas tienen para contar con una regulación propia del personal a su servicio o al de las Corporaciones Locales residenciadas en su territorio. Como el propio título de este comentario apunta, la respuesta jurisprudencial se inclina por la restricción cuando se pretende alterar el diseño incorporado por el EBEP. No hay inconveniente en adelantar la conclusión a que se accede: la concesión de la reducción de jornada, al cuerpo funcional de las corporaciones locales, debe comportar la disminución de sus retribuciones conforme al artículo 48.h) del EBEP, por lo que son nulos los artículos de las normas locales que contemplan la reducción de jornada de una hora a los/as funcionarios/as por esa causa sin establecer reducción como en el caso del art. 7.4 a) 3ª del Decreto valenciano 42/2019.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sección Cuarta de la Sala Tercera (De lo Contencioso-Administrativo) del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 421/2023 de 29 marzo.

Tipo y número de recurso: recurso de casación núm. 5492/2021.

ECLI:ES:TS:2023:1168

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

Votos Particulares: carece.

III. Problemas suscitados. Hechos y antecedentes

1. Hechos en vía administrativa

La sentencia glosada surge en el marco de un procedimiento activado por un funcionario de la Policía Local del Ayuntamiento de Albufera (Alicante), que solicitó reducción de una hora de la jornada laboral sin disminución de retribuciones para el cuidado de dos hijos menores de doce años. Basó su solicitud en el Decreto 42/2019 de la Generalitat Valenciana.

Dicha solicitud fue desestimada por resolución del Alcalde de Albufera de 12 de diciembre de 2019.

Disconforme con ello, el funcionario acudió a la vía contencioso-administrativa.

2. Sentencia del Juzgado

Mediante su sentencia nº 81/2021, de 2 de marzo, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Elche estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el policía municipal, reconociendo su derecho en los términos previstos por el artículo 7 del Decreto 42/2019, de 22 de marzo, del Consell, regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario de la Administración de la Generalitat.

Resultado de ello era el reconocimiento del derecho a la reducción de la jornada laboral en una hora diaria, sin disminución de retribuciones, por razón de guarda legal de dos niñas menores de 12 años y mientras cumpla este concreto supuesto, así como el derecho a las horas acumuladas desde que transcurrieron los dos meses de resolución expresa que tenía la Administración Pública a contar desde que presentó la reclamación en vía administrativa.

3. Recurso de casación

Disconforme con la estimación del recurso planteado por su funcionario, la Corporación Local de Albaterra preparó y, al cabo, formalizó recurso de casación.

4. Auto de la Sala de Admisiones

Mediante Auto de 22 de junio de 2022 la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo admite a trámite el recurso y precisa la cuestión que posee interés casacional: determinar, si procede o no la concesión de permisos que suponen la reducción de jornada sin disminución de retribuciones a los funcionarios públicos de las Corporaciones Locales con base en la normativa autonómica, dada la regulación del art. 48.h) del EBEP.

Al tiempo, identifica las normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación: el artículo 48 EBEP y el artículo 142 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL), en relación con el 149.1.18 de la Constitución Española (CE).

IV. Posición de las partes

No habiendo respondido de manera temporánea al emplazamiento realizado por la Sala Tercera ni el funcionario recurrido, ni la Generalitat Valenciana, la posición del Ayuntamiento es sencilla de explicar: insta que se anule la sentencia del Juzgado y declare la validez del Decreto de la Alcaldía.

El recurrente subraya que el precepto reglamentario valenciano aplicado por la sentencia objeto de este recurso de casación se aparta, mejor dicho, se opone a la prescripción del artículo 48 h) EBEP y la consecuencia no puede ser otra que la estimación del recurso de casación y la anulación de la sentencia dictada por el Juzgado n.º 2 de los de Alicante con la consiguiente desestimación del recurso promovido dado que el Decreto de la Alcaldía.

V. Normativa aplicable al caso

1. Constitución Española

El artículo 149.1 CE identifica las materias sobre las que el Estado tiene competencia exclusiva y en su apertura 18ª refiere “*Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas*”.

2. Real Decreto Legislativo 781/1986

El art. 142 LRRL dispone que “Los funcionarios de la Administración local tendrán derecho a las recompensas, permisos, licencias y vacaciones retribuidas previstas en la legislación sobre función pública de la Comunidad Autónoma respectiva y, supletoriamente, en la aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado”.

3. Estatuto Básico del Empleado Público

El EBEP dedica su Título III a regular derechos y deberes del personal comprendido en su ámbito aplicativo. Dentro del mismo, el Capítulo V (“Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones”) incluye el artículo 48, disciplinando los permisos de los funcionarios públicos.

4. Decreto 42/2019 de la Generalitat Valenciana

El Decreto 42/2019, de 22 de marzo, del Consell de la Generalitat Valenciana, regula las condiciones de trabajo de su personal funcionario de la Administración de la Generalitat. Su artículo 7º aborda las “Reducciones de jornada”. Conforme al apartado 4 Se podrá solicitar reducción de jornada de una hora diaria sin disminución de retribuciones por las causas siguientes:

a) Por las causas previstas en los apartados a) b) y c) del número 1.

No obstante, en el caso de guarda legal de niñas o niños de 12 años o menores, se podrá conceder únicamente cuando concorra alguno de los siguientes supuestos:

- 1.º Que el menor requiera especial dedicación
- 2.º Que la niña o niño tenga 3 años o menos
- 3.º Que tenga a su cargo dos o más niñas o niños de 12 años o menores
- 4.º Que se trate de familia monoparental

Interesa advertir que, al margen de este Decreto, la legislación valenciana sobre función pública no reconoce la reducción de jornada sin disminución de haberes. La Ley 10/2010 (artículo 68) remite al reglamento la regulación correspondiente. La Ley 4/2021 (artículo 80.1) reenvía al artículo 48 del EBEP, cuyo apartado h) contempla el siguiente “permiso”:

h) Por razones de guarda legal, cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, de persona mayor que requiera especial dedicación, o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a la reducción de su jornada de trabajo, con la disminución de sus retribuciones que corresponda.

Tendrá el mismo derecho el funcionario que precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida.

VI. Doctrina básica

La sentencia comentada se basa en lo previamente establecido por otra anterior^[2], aunque esta también hizo lo mismo respecto de otras dos^[3].

1. EL sistema de fuentes en la Legislación de Régimen Local

Como se ha visto, el artículo 142 del texto refundido de 1986 llama en primer lugar a la legislación autonómica a la hora de regular los permisos, lo que constituye argumento relevante para la sentencia de instancia.

Sin embargo, también es cierto que la Constitución establece la competencia exclusiva del Estado a la hora de establecer las normas básicas sobre la materia. Y no

cabe duda de que las previsiones del Estatuto Básico del Empleado Público forman parte de ese núcleo (cf. Su Disposición Final Primera).

Estas dos sencillas referencias normativas ponen de relieve que la cuestión es más compleja de como la presentó la sentencia de instancia, la cual, en realidad, se limita a aplicar el precepto reglamentario valenciano sin preguntarse por la relación entre su artículo 7.4.a) y el artículo 48.h) del EBEP.

2. El “permiso” sin remuneración

Aunque en sentido estricto un permiso equivalga a una ausencia sin pérdida de remuneración, una acepción amplia de tal institución permite comprender en ella también los supuestos, más próximos a una suspensión (total o parcial) en que cesa también el deber de remunerar. Tal es lo que aquí sucede.

Por otro lado, el caso de la guarda legal que examinamos no es el único en que este artículo 48 EBEP impone la disminución de haberes. Así, la exige en el caso de la reducción de jornada por nacimiento de hijos prematuros^[4].

Y el artículo 49 EBEP contempla los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por razón de violencia de género^[5], cuidado de menor afectado de enfermedad grave^[6] o para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos, también la prevé en los supuestos de sus apartados^[7].

3. Conclusión

Procede, en consecuencia, y en atención a las razones expuestas, estimar el recurso de casación y desestimar el recurso contencioso administrativo, pues el acto administrativo allí impugnado se fundamenta en la aplicación de una norma que es contraria a Derecho.

Las previsiones de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa abocan a que en casos como este el Tribunal Supremo anule la disposición general que considera ilegal^[8]. Lo que sucede es que esa decisión ya fue adoptada por la Sala Tercera mediante sentencia firme y anterior, siendo el precepto autonómico declarado nulo por la sentencia firme citada, y, en consecuencia, expulsado del ordenamiento jurídico, por incurrir en un defecto de invalidez que comporta la nulidad plena (artículo 47.2 de la Ley 39/2015), que es el único grado de invalidez que consienten las disposiciones generales.

VII. Parte dispositiva

Tras haber expuesto los argumentos indicados, la sentencia concluye estimando el recurso de casación interpuesto por la Corporación Local de Albaterra.

Por tanto, declara que ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Albaterra y anula la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Elche de 2 de marzo de 2021.

Ello comporta desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el funcionario y dejar incólume el Decreto de la Alcaldía que denegaba el permiso sin reducción proporcional de remuneraciones que había solicitado el policía local del citado Ayuntamiento.

VIII. Pasajes decisivos

El conciso Fundamento de Derecho Cuarto contiene la respuesta a la cuestión de interés casacional, que formula del siguiente modo:

La respuesta a la cuestión de interés casacional que fija nuestra doctrina, según declaramos en las expresadas sentencias de 29 y 30 de junio de 2022, se concreta en que la concesión de la reducción de jornada, a los funcionarios de las corporaciones

locales, debe comportar la disminución de sus retribuciones conforme al artículo 48.h) del Estatuto Básico del Empleado Público.

IX. Comentario (sobre el artículo 37.6 ET)

Desde la perspectiva que ahora interesa, el examen de esta resolución judicial sirve para traer a colación el tenor del derecho paralelo que contempla el artículo 37.6 ET, en redacción que ha ido abigarrándose hasta llegar a la actual. Recordemos su contenido.

1. Cuidado de menor de 12 años

Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años, o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella.

La norma no circunscribe el supuesto a los hijos, sino que quien trabaja puede tener un menor de doce años a su cargo por otra circunstancia, sea o no su progenitor; en concreto, la “*guarda legal*” referida quiere contemplar los supuestos de patria potestad (art. 154 CC), tutela (art. 215 CC) o acogimiento (arts. 172.3 y 173.1 CC).

No se contempla sólo la posibilidad de que quien trabaja atienda en solitario y de manera física a una de tales personas, sino más bien la circunstancia de que haya de asumir su control, inclusive con la ayuda de otras personas o instituciones. Respecto de la discapacidad padecida omite la norma su identificación exacta, pero parece que hay que referirla a los niveles que permiten acceder a tal condición, según el baremo vigente.

2. Cuidado de familiar dependiente

Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

3. Cuidado de menor de edad enfermo

El progenitor, guardador con fines de adopción o acogedor permanente tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquella, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y sea necesario su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el hijo o persona que hubiere sido objeto de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción cumpla los veintitrés años.

4. Cuidado de mayores de edad en supuestos especiales

En consecuencia, el mero cumplimiento de los dieciocho años por el hijo o el menor sujeto a acogimiento permanente o a guarda con fines de adopción no será causa de extinción de la reducción de la jornada si se mantiene la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente.

No obstante, cumplidos los 18 años, se podrá reconocer el derecho a la reducción de jornada hasta que el causante cumpla 23 años en los supuestos en que el padecimiento de cáncer o enfermedad grave haya sido diagnosticado antes de alcanzar la mayoría de edad, siempre que en el momento de la solicitud se acrediten los requisitos establecidos en los párrafos anteriores, salvo la edad.

Asimismo, se mantendrá el derecho a esta reducción hasta que la persona cumpla 26 años si antes de alcanzar 23 años acreditara, además, un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento.

5. Reglas comunes

Por convenio colectivo, se podrán establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas.

En los supuestos de nulidad, separación, divorcio, extinción de la pareja de hecho o cuando se acredite ser víctima de violencia de género, el derecho a la reducción de jornada se reconocerá a favor del progenitor, guardador o acogedor que conviva con la persona enferma, siempre que cumpla el resto de los requisitos exigidos.

Cuando la persona enferma, que se encuentre en los supuestos previstos en los párrafos tercero y cuarto de este apartado, contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho, tendrá derecho a la reducción de jornada quien sea su cónyuge o pareja de hecho, siempre que acredite las condiciones exigidas para acceder al derecho a la misma.

Las reducciones de jornada contempladas en este apartado constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

X. Apunte final

La sentencia comentada constituye inmejorable ejemplo de concisión argumental. Pese a la drástica consecuencia que se desprende (nulidad de la norma aprobada por la Comunidad Autónoma) el argumento es tan contundente como escueto: la regla del EBEP constituye una norma básica y la Generalidad Valenciana carece de competencia para alterarla, sea cual fuere su sentido (mayor o menor favorabilidad para las personas afectadas).

Referencias:

1. [^] *Por utilizar las palabras introductorias de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.*
2. [^] *En concreto, la STS-CONT 1398/2022 de 2 noviembre (rec. 7223/2020).*
3. [^] *SSTS-CONT 29 junio 2022 (rec. 2594/2021) y 30 junio 2022 (rec. 2634/2020).*
4. [^] *El apartado g) dispone “Por nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la funcionaria o el funcionario tendrá derecho a ausentarse del trabajo durante un máximo de dos horas diarias percibiendo las retribuciones íntegras. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional de sus retribuciones”.*
5. [^] *Conforme al apartado d) “las funcionarias víctimas de violencia sobre la mujer, para hacer efectiva su protección o su derecho de asistencia social integral, tendrán derecho a la reducción de la jornada con disminución*

proporcional de la retribución [...] la funcionaria pública mantendrá sus retribuciones íntegras cuando reduzca su jornada en un tercio o menos”.

6. *^ Conforme al apartado e), cuando concurren en ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, por el mismo sujeto y hecho causante, las circunstancias necesarias para tener derecho a este permiso el funcionario tendrá derecho a la percepción de las retribuciones íntegras durante el tiempo que dure la reducción de su jornada de trabajo, siempre que el otro progenitor, adoptante o guardador con fines de adopción o acogedor de carácter permanente, sin perjuicio del derecho a la reducción de jornada que le corresponda, no cobre sus retribuciones íntegras en virtud de este permiso o como beneficiario de la prestación establecida para este fin en el Régimen de la Seguridad Social que le sea de aplicación. En caso contrario, sólo se tendrá derecho a la reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones.*
7. *^ El apartado f) contempla el derecho de estos funcionarios y sus parejas a la reducción de la jornada con disminución proporcional de la retribución.*
8. *^ El artículo 27 LJCA aborda el supuesto en que un Tribunal dicta sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, pero contiene una específica regla conforme a la cual “Sin necesidad de plantear cuestión de ilegalidad, el Tribunal Supremo anulará cualquier disposición general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella norma” (apartado 3).*

§ 33 La propia actividad como ejemplo de concepto jurídico indeterminado.

Francisco A. Vila Tierno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga.

Resumen: *Se trata de analizar si en el concepto de "propia actividad", a los efectos del art. 42 ET, puede incluirse el servicio de cafetería y comedor de los centros municipales de mayores gestionados por el Ayuntamiento de Madrid. Se parte del concepto elaborado jurisprudencialmente pero que, sometido a la importante casuística sobre la materia, puede identificarse como un concepto jurídico indeterminado.*

Palabras clave: *Propia actividad. Contratas y subcontratas. Responsabilidad solidaria.*

Abstract: *Si tratta di analizzare se nella nozione di "propria attività", ai sensi dell'art. 42 ET, può includere il servizio di caffetteria e mensa dei centri comunali per anziani gestiti dal comune di Madrid. Si parte dal concetto elaborato giurisprudenzialmente ma che, sottoposto all'importante casistica in materia, può essere identificato come un concetto giuridico indeterminato.*

Keywords: *Propria attività. Contratti e subappalti. Responsabilità solidale*

I. Introducción

El artículo 42 ET regula un supuesto concreto de responsabilidad solidaria entre empresas que colaboran entre sí mediante una relación de contrata o subcontrata. La cuestión es que no se plantea una ordenación extensiva y sin límites de dicha responsabilidad a cualquier forma de colaboración empresarial bajo esta fórmula, sino que queda delimitada de manera específica por el concepto de propia actividad.

Dos reflexiones se extraen de estas primeras líneas: a) que el fenómeno de colaboración entre empresas es una opción válidamente contemplada, pero con repercusiones en el ámbito de las relaciones laborales; b) que la consecuencia directa que se deduce de la aplicación del precepto estatutario, en el referido ámbito laboral, es la responsabilidad solidaria en él definida y conforme a los presupuestos exigidos. Sea como fuere, la citada exigencia de responsabilidad depende de que la contratación o subcontratación de obras o servicios sea para la propia actividad de la empresa principal. El problema es que éste, el de propia actividad, es un concepto que no se define.

Precisamente, el mismo art. 42 ET, en su apartado primero, dice que "Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la *propia actividad de aquellas* deberán..." para a continuación definir a qué obligación quedan constreñidas tales empresas. Por su parte, en su apartado segundo, define el alcance de la responsabilidad solidaria a las que se

someten contratistas y subcontratistas, pero en ningún momento se desarrolla -ni antes ni después- la noción legal de la tan reiterada propia actividad.

La relevancia de este dato es esencial, porque quedan fuera de aquella responsabilidad las situaciones en las que la contrata o subcontrata no puede identificarse en el marco de aquella propia actividad.

No se trata, en este punto, de analizar otros elementos de debate como la naturaleza del negocio jurídico que debe vincular a las empresas (v.gr. STS de 15 de diciembre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:5855), si no, exclusivamente, el concepto delimitador de la responsabilidad expresamente incluido por el legislador.

Y ello es particularmente complejo, puesto que, como se ha adelantado, no existe ningún parámetro legal que permita definir el concepto, hasta el extremo de que así ha sido reconocido por la Sala Cuarta del TS cuando afirma que “La imprecisión de este concepto ha sido suplida por la jurisprudencia que se ha decantado por una concepción estricta que limita su alcance a aquellas obras o servicios que sean inherentes al proceso productivo de la empresa comitente” (STS núm. 184/2018, de 21 de febrero, ECLI:ES:TS:2018:761).

Se aportan, por tanto, en el ámbito de la interpretación judicial, unos parámetros de referencia que no impiden el mantenimiento de una situación de incertidumbre que desemboca, necesariamente, en una extensa casuística que parece llamada a no concluir y de lo que es un claro ejemplo la presente resolución.

El objeto de este análisis se centra, por tanto, en precisar si se ha conseguido, de forma definitiva, definir aquel concepto, o si, por el contrario, seguimos sometidos a una permanente incertidumbre.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: STS-SOC núm. 186/2023, de 9 de marzo.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 1518/2020.

ECLI:ES:TS:2023:881.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema que se presenta como objeto de debate, tal y como se explicita en el FJ 1º de la sentencia comentada, es la concreción del responsable para el pago de una deuda salarial que expresamente se ha reconocido respecto a una empleada de una empresa que, en régimen de externalización, ha asumido la prestación de servicios que originalmente dependen de la Comunidad de Madrid.

A estos efectos resultan relevantes dos circunstancias que son determinantes para el fallo:

- Las tareas realizadas -y que son el contrapunto de la prestación salarial adeudada- se corresponden con las de cocina en el marco de los servicios que se dispensan en un centro de mayores de titularidad pública. Dichas tareas se prestan no de un modo directo de contratación entre el Ayuntamiento de Madrid y la trabajadora, sino mediante la contratación de una mercantil que resulta adjudicataria del servicio (por Decreto de 13/05/2016).

- La propia casuística nos sitúa ante dos interpretaciones distintas con relación a si el servicio descrito constituye, o no, propia actividad. Precisamente este hecho es el que sirve para conformar el requisito de contradicción necesario para acceder a la Casación. Y así, de una parte, la STSJ de Madrid 772/2019, de 12 julio (rec.116/2019) entiende que la actividad como ayudante de cocina prestada por una trabajadora para una empresa adjudicataria del servicio descrito sí se enmarca dentro del concepto de propia actividad -generando, por tanto, aquella responsabilidad solidaria-, frente a la STSJ de Madrid 134/2020, de 17 de febrero (rec. 815/2019), que entendió que el servicio de comedor y cafeterías no era indispensable en el ámbito idéntico de los centros de mayores de titularidad pública, prestados, también, por la misma empresa. Esta última resulta ser la sentencia recurrida que da lugar a la unificación de doctrina en la resolución ahora comentada.

La relevancia de los hechos descritos adquiere especial trascendencia para la resolución del caso y para reconocer, o no, responsabilidad solidaria a la empresa principal (el ayuntamiento de Madrid) en tanto que, como hemos advertido, ni la definición legal, ni la interpretación judicial consiguen identificar, de un modo definitivo, que se entiende por propia actividad.

En efecto, será la descripción del supuesto fáctico y su posible identificación con un pronunciamiento anterior, lo que permite resolver en uno o en otro sentido. La dificultad estriba cuando la realidad analizada se aparte de resoluciones anteriores ¿cuál debe ser, en tales circunstancias, el criterio objetivo para alcanzar una conclusión al respecto?

IV. Posición de las partes

De una parte, la actora, en calidad de empleada de la empresa Vegetales Tradicionales S.L. (hasta 28/02/2018 en que Future Factory, S.L se subrogó en la relación laboral) frente a la que reclama deudas salariales de noviembre y diciembre de 2017 y enero y febrero de 2028. Recuérdese que, como se ha señalado, aquella empresa resultó adjudicataria de los servicios de cafetería y comedor en varios centros municipales de mayores de la ciudad de Madrid. Y así, se reclaman aquellas cantidades tanto a la empresa Vegetales Tradicionales, S.L., como al Ayuntamiento de Madrid como responsable solidario. Y este es el pronunciamiento que se obtiene en la instancia.

Frente a dicha sentencia se alza la entidad local mediante Recurso de Suplicación -no consta que se hubiera planteado oposición por la mercantil- que obtiene satisfacción a su pretensión en la Sala del TSJ, respondiendo a ésta que el repetidamente señalado servicio de comedor y cafeterías no era indispensable para la actividad de los centros municipales de mayores, por lo que no la considera propia actividad.

Finalmente, la actora en casación sigue defendiendo esta naturaleza en contra del sentir del ayuntamiento ratificado en el escrito de impugnación del recurso de casación.

V. Normativa aplicable al caso

La normativa aplicable al caso viene expresamente desglosada en el Fundamento Jurídico Tercero;

“El régimen jurídico que regula la responsabilidad empresarial en materia laboral y de Seguridad Social diferencia dos clases de contratadas y subcontratadas, en función de que se trate de obras o servicios de la propia actividad del empresario principal. El art. 42 del ET dispone:

“1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos deberán comprobar que

dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social [...]

2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata.

De las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores responderá solidariamente durante el año siguiente a la finalización del encargo [...].

2.- El art. 4.1.e) y f) del Reglamento de Régimen Interior de los Centros Municipales de Mayores aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid el 25 de febrero de 2011 (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 18 de marzo de 2011) establece:

"Art. 4.1. Los Centros Municipales de Mayores contarán, al menos y cuando el espacio lo permita, con los siguientes servicios y espacios básicos:

e) Cafetería.

f) Comedor."

3.- El apartado 4º.2.2.b) del Acuerdo de 29 de octubre de 2015 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 10 de noviembre de 2015) incluye como competencia específica de los Concejales Presidentes de los Distritos:

"Gestionar los centros para mayores, comedores y demás equipamientos de servicios sociales municipales ubicados en el Distrito, de conformidad con las disposiciones y directrices del Área de Gobierno de Equidad, Derechos Sociales y Empleo."

Al margen de ello, existen otras dos referencias en cuanto a las fuentes de derechos y obligaciones que alcanzan a las partes y que pasan prácticamente desatendidos en la resolución, puede que porque se entienda que son irrelevantes para cambiar el fallo, si bien, podrían haber servido como refuerzo a la conclusión que el ponente llega en el Fundamento Jurídico Cuarto como presupuesto definitivo para adoptar la decisión de entender existente responsabilidad solidaria por reconocer los servicios como propia actividad.

Nos estamos refiriendo, de una parte, a la disposición adicional cuarta del Convenio Colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva (alegado por la actora, vid. FJ 1º) y, de otra, el contrato y los Pliegos de Cláusulas Administrativas particulares y de Prescripciones Técnicas para la adjudicación del servicio de comedor y cafetería, pero por lo establecido al respecto por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Refiriéndonos, en primer lugar, a lo dispuesto en la disposición adicional cuarta del Convenio Colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva -a la fecha resultaba aplicable el texto de la Resolución de 16 de marzo de 2016 (BOE 22 de marzo) que posteriormente ha sido objeto de modificaciones-, éste indicaba lo siguiente:

"En cuanto así se mantenga y las partes no acuerden otro régimen, la subrogación convencional en el ámbito funcional de éste convenio se regirá por lo dispuesto en el capítulo XII del Acuerdo Laboral Estatal de Hostelería, incluido su desarrollo y modificación por la jurisprudencia y, en especial, en lo relativo a los derechos y garantías de la representación legal y unitaria de los trabajadores" (con la adición, en

el BOE de 24 de abril de 2027: "Concretamente y en tanto no se negocie otro régimen, se mantiene vigente el artículo 49.e) del Convenio Colectivo de Hostelería de la Comunidad de Madrid, el cual dice: «Los/as representantes sindicales, elegidos/as por agrupación de centros, según lo estipulado en el artículo 63.2 del ET, en los cambios de titular de su centro de trabajo, que cuenten con menos de 50 trabajadores/las, podrán optar entre continuar en el mismo centro o permanecer en la empresa que fueron elegidos/as".

Y ciertamente, aun siendo invocado por la parte actora, no parece que tenga repercusión alguna respecto al contenido del fallo que ahora se analiza respecto a la existencia o no de la propia actividad. Bien es cierto, no obstante que, en cualquier caso, podría aludirse a la consolidada jurisprudencia que excluye a las Administraciones Públicas de los convenios colectivos sectoriales que imponen condiciones de subrogación, al no formar parte de su ámbito negocial y no haber participado en su negociación (vid. v.gr. STS 11 de noviembre 2021, rec. 3330/2019), pero parece éste un tema tangencial que no ha requerido atención para resolver el presente caso.

En segundo término, la LCSP es suficientemente taxativa al respecto, pero basta citar dos preceptos:

"Artículo 188. Régimen jurídico.

Los efectos de los contratos administrativos se regirán por las normas a que hace referencia el apartado 2 del artículo 25 y por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares, o documento descriptivo que sustituya a éstos.

Artículo 189. Vinculación al contenido contractual.

Los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas".

En este sentido, debe entenderse como vinculante lo reflejado en el Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas, en el que "se recogen [...] necesidades administrativas a satisfacer mediante el contrato" al especificar que "Con la prestación del servicio de cafetería o cafetería y comedor, según el caso, en los seis, Centros Municipales de Mayores del Distrito, no sólo se persigue ofrecer un servicio de calidad y a precios más económicos que los habituales de mercado a los usuarios de esos Centros, sino, además, propiciar las relaciones sociales de las personas mayores, promoviendo la convivencia, la participación y la integración social. Además, con carácter transversal, mediante la presente contratación se persigue la consecución de la estabilidad del empleo y el mantenimiento de las condiciones laborales del personal de ejecución del mismo durante el plazo de duración, dentro del respeto a las normas socio laborales vigentes en España, la Unión europea y de la Organización Internacional del trabajo, en el marco normativo de la contratación pública, lo que añade valor al servicio a prestar. Así mismo, los medios con los que cuenta la Administración Municipal para llevar a cabo las prestaciones objeto del presente contrato son inadecuados e insuficientes, habida cuenta de la inexistencia de efectivos suficientes para asumir la realización del mismo..." (Antecedente de hecho segundo, con relación al hecho probado tercero).

VI. Doctrina básica

La doctrina básica asentada y reiterada por esta resolución encuentra su desarrollo en el Fundamento Jurídico Tercero, cuando se hace eco de la

STS de 29 de octubre de 1998 (rcud. 1213/1998). Dicha sentencia ilustra sobre que debe reconocerse como concepto jurídico indeterminado de propia actividad, entendiendo como parte de ésta, exclusivamente, las obras y servicios que integran la

actividad principal de la empresa. Siendo así, quedan fuera de tal concepto aquellos servicios o tareas que tengan una naturaleza complementaria.

Lo relevante, por tanto, es delimitar su carácter como principal o complementaria a partir de la guía que supone la importante casuística sobre la materia conformada por la doctrina del TS al respecto, si bien, al amparo de dos presupuestos:

- al hilo de los elementos fácticos que se expliciten en el supuesto objeto de análisis;
- así como por la existencia de otros factores como pueda ser una regulación específica al respecto de la actividad que se cuestiona.

VII. Parte dispositiva

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo entiende, de manera sucesiva y encadenada que:

- Existe contradicción -a los efectos del art. 219.1 LRJS- al resolverse, de manera absolutamente contrapuesta, la naturaleza de la actividad de cocina desarrollada por empleados para una misma empresa adjudicataria de idénticos servicios para el Ayuntamiento de Madrid.

- Que se aplicará el art. 42 ET, en virtud de lo expuesto en la STS de 9 de julio de 2002, (rcud. 2175/2001), cuando se cumplan los requisitos del mismo, con el objeto de establecer un mecanismo de reciprocidad entre beneficios y riesgos y, así, el contratista principal, que es el que en mayor medida puede obtener los primeros, debe asumir los segundos.

- Resulta aplicable a este supuesto, para determinar la concurrencia de los presupuestos del art. 42 ET, la doctrina básica sobre el concepto de propia actividad desarrollada a partir de la STS de 29 de octubre de 1998 (rcud. 1213/1998) y reiterada, según cita, por “las sentencias del TS 514/2017, de 14 junio (rcud1024/2016); 519/2017, de 15 junio (rcud 972/2016) y 56/2020, de 23 enero (rcud 2332/2017), entre otras muchas”.

- Al respecto, siguiendo la STS 707/2016, de 21 julio (rcud 2147/2014), limita la propia actividad a los servicios nucleares de la principal, los únicos que pueden integrarse en la actividad principal y que, de no prestarlos, tendría que asumirlos directamente el contratista.

- Para clarificar el concepto de propia actividad es conveniente:

- en primer término, examinar la doctrina del TS en aquellas ocasiones en las que las ha reconocido. Expresamente con cita de las SSTS de 18 de abril de 1992, recurso 1178/1991; de 22 de noviembre de 2002, recurso 3904/2001; de 11 de mayo de 2005, recurso 2291/2004; de 24 de noviembre de 1998, recurso 517/1998; de 23 de septiembre de 2008, recurso 1048/2007; de 23 de enero de 2008, recurso 33/2007; de 3 de octubre de 2008, recurso 1675/2007; de 24 de junio de 2008, recurso 345/2007; 15 de noviembre de 2012, recurso 191/2012; y 7 de diciembre de 2012, recurso 4272/2011; de 29 de octubre de 2013, recurso 2558/2012; de 15 de abril de 2010, recurso 2259/2009; de 5 de diciembre de 2011, recurso 4197/2010; 707/2016, de 21 julio (rcud 2147/2014); 933/2016, de 8 noviembre (rcud 2258/2015); 366/2017, de 26 abril (rcud 110/2016); 601/2017, de 6 julio (rcud 322/2016); 602/2017, de 6 julio (rcud 325/2016); 184/2018, de 21 febrero (rcud 251/2016) y 485/2018, de 9 mayo (rcud 3535/2016); 56/2020, de 23 enero (rcud 2332/2017); 880/2021, de 14 septiembre (rcud 652/2018); 486/2022, de 27 mayo (rcud 3307/2020); 524/2022, de 7 junio (rcud 675/2021); 525/2022, de 7 junio (rcud 1817/2021); 528/2022, de 8 junio (rcud 674/2021); y 539/2022, de 13 junio (rcud 677/2021); 630/2022, de 6 julio (rcud 2103/2021). Particularmente relevante, dentro de dicha relación, es la consideración de los

servicios de comedor y cafetería de un Colegio Mayor, así como el de los centros docentes públicos de Andalucía, o el servicio municipal de atención a mayores

- en segundo lugar, hacer un recorrido por las Sentencias en las que el TS ha rechazado la existencia de la propia actividad. A tal efecto, describe el motivo del rechazo en las SSTS de 18 de enero de 1995, recurso 150/1994; de 10 de julio de 2000, recurso 923/1999; de 27 de octubre de 2000, recurso 693/1999; de 20 de julio de 2005, recurso 2160/2004; de 2 de octubre de 2006, recurso 1212/2005; de 29 de octubre de 1998, recurso 1213/1998; de 18 de enero de 2010, recurso 3237/2007; 514/2017, de 14 junio (rcud 1024/2016); 519/2017, de 15 junio (rcud 972/2016);
- por último, es conveniente repasar los supuestos en los que se ha reconocido la propia actividad en el marco de las Administraciones Públicas, para lo que se refieren las STSS de 5 de diciembre de 2011, recurso 4197/2010; TS880/2021, de 14 septiembre (rec. 652/20189); 524/2022, de 7 junio (rcud 675/2021); 525/2022, de 7 junio (rcud 1817/2021); 528/2022, de 8 junio (rcud 674/2021); y 539/2022, de 13 junio (rcud 677/2021). Nuevamente se incluyen los servicios de comedor en centros públicos.

A la vista, por tanto, de la doctrina analizada, entiende que se trata de propia actividad, por lo que estima el Recurso interpuesto, casar y anular la sentencia de suplicación, confirmando la sentencia de instancia. En consecuencia, extender la responsabilidad solidaria al Ayuntamiento como contratista de su propia actividad respecto de los Centros municipales de mayores.

VIII. Pasajes decisivos

En los Fundamentos Jurídicos Tercero y Cuarto se concentran, esencialmente los pasajes decisivos de la sentencia, si bien, antes de los mismos, debemos reseñar un elemento antes comentado y que puede ser muy significativo para entender si nos encontramos, o no, ante un supuesto de propia actividad.

Concretamente, el ya citado Antecedente de hecho segundo, cuando reproduce el hecho probado tercero de la sentencia de instancia, y respecto al Pliego de Cláusulas Administrativas, cuando se explicita que *“Con la prestación del servicio de cafetería o cafetería y comedor, según el caso, en los seis, Centros Municipales de Mayores del Distrito, no sólo se persigue [...] sino, además, propiciar las relaciones sociales de las personas mayores, promoviendo la convivencia, la participación y la integración social. Además [...] los medios con los que cuenta la Administración Municipal para llevar a cabo las prestaciones objeto del presente contrato son inadecuados e insuficientes, habida cuenta de la inexistencia de efectivos suficientes para asumir la realización del mismo...”*

Si se atiende al contenido del Reglamento de Régimen Interior de los Centros municipales de Mayores de Madrid, este incluye como servicios y espacios básicos tanto comedor como cafetería.

A partir de ahí y al amparo de resoluciones anteriores, resultan decisivos los siguientes pasajes:

- “La sentencia del TS de 9 de julio de 2002, recurso 2175/2001, explicó que el art. 42 del ET quiere evitar que el contratista principal, *“quien se halla mejor situado en esa cadena de contratación [...] que es quien controla realmente su ejecución y quien en definitiva asume en mayor medida los beneficios económicos de la actividad que realizan otros en todo o en parte, quede inmune ante las posibles deudas de estos últimos frente a sus trabajadores ante su posible situación de insolvencia, por lo que deviene razonable que desde el legislador, que no le niega los beneficios, le exija también responder de las posibles deudas salariales o de seguridad social que puedan haber generado aquellos subcontratistas situados en el final de cadena. Se entiende, en definitiva, que el art. 42 ET constituye un reflejo, mal traducido para el caso que contempla, del principio de derecho según el cual quien está en condiciones de*

obtener un beneficio debe de estar también dispuesto a responder de los perjuicios que puedan derivar del mismo".

- "La sentencia del TS de 29 de octubre de 1998, recurso 1213/1998, argumentó que el concepto jurídico indeterminado "propia actividad" puede explicarse conforme a dos teorías:

La teoría del ciclo productivo, que incluye *"las operaciones o labores que son inherentes a la producción de los bienes o servicios específicos que se propone prestar al público o colocar en el mercado"*.

La teoría de las actividades indispensables, más amplia que aquélla, que abarca *"todas las labores, específicas o inespecíficas, que una determinada organización productiva debe desarrollar para desempeñar adecuadamente sus funciones"*.

- La doctrina jurisprudencial se inclinó por la primera, excluyendo *"las actividades complementarias inespecíficas, como la vigilancia de edificios o centros de trabajo"*. La razón es que *"las actividades del ciclo productivo, a diferencia de las actividades indispensables no inherentes a dicho ciclo, se incorporan al producto o resultado final de la empresa o entidad comitente, tanto si son realizadas directamente como si son encargadas a una empresa contratista, justificando así la responsabilidad patrimonial de la empresa o entidad comitente respecto de los salarios de los trabajadores empleados en la contrata"*.

- "La sentencia del Pleno de la Sala Social del TS 707/2016, de 21 julio (rcud 2147/2014), compendia la doctrina en la materia:

"Si se exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial [...] ha de acogerse la interpretación que entiende que propia actividad de la empresa es la que engloba las obras y servicios nucleares de la comitente. Son las "obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la empresa, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa"; "nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so penade perjudicar sensiblemente su actividad empresarial".

- "Para precisar el alcance del concepto jurídico "propia actividad" resulta ilustrativo examinar los concretos pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia. Se ha declarado la existencia de propia actividad en los siguientes casos [...] Servicios de comedor y cafetería del colegio mayor contratados por una fundación [que] prestaba los servicios propios de un colegio mayor, que incluye el alojamiento y manutención [...] "servicio de comidas forma parte esencial del cometido del Colegio Mayor de forma que, de no dispensarse la prestación alimenticia [...] quedaría incompleta la labor del Centro que se integra con dos áreas de actividad: una, la docente y otra, la de hostelería de unas específicas características pues ha de contribuir a la formación integral de los colegiales".

- "Servicio municipal de atención a personas mayores en centros de día [...] dicho servicio constituye propia actividad del Ayuntamiento que éste ha asumido y para la que es competente, con independencia de que su prestación le sea legalmente exigible".

- "Servicio de comedor en los centros docentes públicos de la Junta de Andalucía [...] el "servicio de comedor en los centros docentes no es una actividad complementaria inespecífica de la empresa principal [...] el ente público [...] tiene atribuida la competencia relativa a la gestión de los servicios complementarios de la enseñanza no universitaria, incluyendo los comedores en los centros docentes. El servicio de comedor constituye un servicio complementario pero inherente y estrictamente necesario para que el ISE pueda prestar el servicio público que tiene encomendado".

- *“Por el contrario, se ha negado el requisito de propia actividad en los siguientes supuestos [...] “son actividades accesorias de la principal y coadyuvantes a la prestación de servicios administrativos propios de la Junta”.*

- *“Hemos explicado que este tribunal ha considerado “propia actividad” de las Administraciones públicas: El servicio de comedor en los centros docentes públicos de la Junta de Andalucía [sentencia del TS880/2021, de 14 septiembre (rec. 652/20189)] porque se trata de una competencia atribuida al ente público. Es un servicio complementario pero inherente y estrictamente necesario para que se pueda prestar el servicio público docente”.*

- Por último, y como decisivo, se concluye que *“La aplicación de la citada doctrina jurisprudencial al supuesto enjuiciado obliga a concluir que el servicio de cafetería y comedor de los centros municipales de mayores no es una actividad complementaria inespecífica de la corporación local, como pueden serlo la limpieza o la vigilancia del centro. El Ayuntamiento de Madrid ha asumido la competencia relativa a los centros municipales de mayores que, si el espacio lo permite, deben incluir cafetería y comedor [art. 4.1.e) y f) del Reglamento de Régimen Interior de los Centros Municipales de Mayores]. No es una actividad meramente auxiliar de esa Administración pública sino que se trata de servicios complementarios pero inherentes y necesarios para que el ayuntamiento pueda prestar a las personas mayores el servicio público que tiene encomendado. Es una labor que la corporación municipal debe desarrollar para desempeñar adecuadamente las competencias que ha asumido, sin que tenga la naturaleza de mera actividad complementaria inespecífica, por lo que debe concluirse que constituye propia actividad de la empresa principal”.*

IX. Comentario

A pesar de la claridad expositiva del ponente en la Sentencia, no reporta la misma un avance sustancial en la definición de un concepto jurídico indeterminado como el de propia actividad. Se confirma, sin embargo, su vinculación a la casuística, pero de un modo más significativo, el peso de la actuación interpretativa del TS en la materia que, a pesar de la indefinición señalada, marca las pautas mínimas para poder delimitar el ámbito objetivo del alcance de la responsabilidad objetiva del art. 42 ET.

En este sentido, una obra o servicio que se inserta en la actividad principal del comitente y que no puede ser considerada complementaria o auxiliar, tendrá la condición de propia actividad.

A tal efecto, es sustancial la descripción de los elementos fácticos que describen el supuesto analizado, pero no menos importantes los antecedentes jurisprudenciales que habrían justificado una motivación extraordinaria para apartarse de lo previamente decidido. Debemos concluir, por tanto, al respecto, que las decisiones previas de la Sala son, para esta cuestión, uno de los factores más determinantes para alcanzar una solución. De hecho, la sistemática para resolver se basa en definir la noción básica para, a continuación, repasar los citados pronunciamientos precedentes para indicar cuando han reconocido o no -y en base a qué-, una obra o servicio como propia actividad.

En la resolución objeto de análisis se aprecia la concurrencia de resoluciones que ya habían identificado la misma actividad desarrollada en el supuesto de hecho como propia actividad, si bien, lo fundamental resulta ser que aquel servicio se había identificado como básico para los centros municipales de mayores. Este es esencial para el desarrollo de la actividad de atención a este colectivo, sin que se pueda separar o cercenar respecto de un conjunto de tareas que conforman un todo con la misma finalidad: el cuidado de este colectivo vulnerable. No puede considerarse, por tanto, una actividad complementaria o auxiliar distinta de la principal de la contratante (como podría ser la limpieza o vigilancia) y, por tanto, en el caso de externalización, opera la garantía de la responsabilidad del art. 42 ET. Se evita, por tanto, una exportación de la responsabilidad que correspondería al contratante en el supuesto de asumir directamente la actividad.

X. Apunte final

Sea como fuere, no se pierde ni el carácter de concepto jurídico indeterminado de la propia actividad, ni la incertidumbre que genera y seguirá generando la importantísima casuística en esta materia, que nos invita a pensar:

- que no es, ni mucho menos, un tema cerrado y;
- que puede estar sujeto a cambios de criterios.

Para los operadores jurídicos, sin embargo, mientras, tres recomendaciones:

- Existe un criterio restringido de propia actividad cuyos parámetros esenciales están definidos y sirven como referencia;
- Resulta de enorme conveniencia dejarse guiar por el catálogo de decisiones jurisprudenciales al respecto, por lo parece determinante la existencia de un precedente;
- Que, a pesar de lo anterior, no es adecuado confiarse, porque como en la misma resolución se refleja, han existido sustanciales cambios de criterio.

En fin, si alguien buscaba una solución definitiva, absoluta o genérica para identificar la propia actividad, no se encontrará en esta sentencia. Sí, sin embargo, una respuesta específica para un caso concreto que, de momento, nos puede servir de referente. Mañana... ya se verá...

§ 34 **Hacer supuesto de la cuestión como vía para el fracaso de los recursos extraordinarios.**

Susana Molina Gutiérrez

Magistrada de la jurisdicción social (TSJ de Madrid).

Resumen: *Reitera nuestro Alto Tribunal su doctrina general para el acogimiento de la revisión fáctica, desestimando el recurso por incurrir en petición de principio o hacer supuesto de la cuestión, al fundarse la censura jurídica no en los hechos declarados probados sino en los que se pretendió incorporar y que fueron rechazados.*

Palabras clave: *Naturaleza extraordinaria del recurso de casación. Hacer supuesto de la cuestión.*

Abstract: *Our High Court reiterates its general doctrine for the prosperity of the factual review, dismissing the appeal for incurring factual censure at the request of principle or assuming the issue, since the censure was based not on the facts declared proven but on those purported to incorporate, which were rejected.*

Keywords: *Extraordinary nature of appeal. Assumption of the issue.*

I. Introducción

La sentencia que se analiza resulta de interés no tanto por las conclusiones sobre el fondo de la controversia que se plantea a la Sala (relativas a la aplicación de la normativa COVID), sino por las de índole procesal que ésta aborda. Así, nuestro Alto Tribunal viene a profundizar sobre cuestiones que, si bien no resultan novedosas, sí que parece conveniente recordar para profundizar sobre la naturaleza extraordinaria del recurso de casación para unificación de doctrina (y por extensión el de suplicación), así como la trascendencia y alcance de sus respectivos escritos de impugnación.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Supremo (Pleno).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 193/2023, de 15 de marzo.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCO núm. 178/2022.

ECLI:ES:TS 2023:923

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Reacciona el Sindicato Unión Sindical Obrera (USO) contra la decisión empresarial adoptada en el seno de Expediente de Regulación de Empleo por causas ETOP por una empresa del sector de alimentación con ocasión del COVID-19, y que finalizó sin acuerdo. Se proponía una compañía heladera a suspender los contratos de trabajo de 42 trabajadores y reducir la jornada de otros 11 entre los días 1 de junio de 2021 y hasta el 31 de diciembre de 2021, dentro de una plantilla de 331 personas trabajadoras. La causa aducida por la compañía era la persistente pérdida de actividad en la línea de negocio de helado y yogur como consecuencia del cierre temporal de los establecimientos de sus clientes de consumo y de distribución al por menor, siendo el número final de trabajadores que se vieron afectados por la medida colectiva su de 20. USO niega la realidad de la causa, denunciando como lesionado el compromiso de conservación de empleo impuesto por el RD Ley 11/2021.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede Las Palmas de Gran Canaria) dictó sentencia^[1] en la que, desestimando la demanda interpuesta en materia de regulación temporal de empleo por la representación legal del Sindicato "UNIÓN SINDICAL OBRERA" (USO) contra "GRUPO K., S.A.", absolviéndose a la referida empresa de los pedimentos formulados en aquélla.

Declaraba probado la Sala territorial los siguientes datos relevantes: *“en el período que va del 15 de marzo de 2020 hasta el 30 de septiembre de 2021 se produjo un importante descenso de ventas de helado y yogur en relación al ejercicio anterior.*

La caída de ventas total de la compañía ascendió a 23.654 miles de euros, lo que supone un acumulado total del 25,51% respecto del mismo período del año anterior no afecto al impacto de la COVID-19.

Por actividades, el descenso de ventas de Helado fue de 20.542 miles de euros, lo que representa una caída porcentual del 37,18%, y la actividad de Yogur tuvo un descenso de ventas respecto del período comparado de 3.112 miles de euros, que supone una caída del 8,31%.

El impacto de los descensos fueron más pronunciados en Fuerteventura y Lanzarote que en las islas capitalinas, básicamente porque el impacto del cierre del turismo y la hostelería es mayor en aquellas ya que la población residente es menor y, por tanto, el consumo local (vía supermercados o comercios al menor) tiene una incidencia más baja en las ventas totales.

SÉPTIMO.- Desde abril de 2020 hasta septiembre de 2021 tanto la actividad de Helado como la de Yogur han ido sufriendo mes a mes caídas de las ventas.

En el caso de la actividad de Helado, las caídas de los primeros meses fueron muy fuertes, por encima del 50%, para recuperarse levemente en los meses de mediados de año, volviendo a caídas muy significativas que se han mantenido en el tiempo, con la excepción del mes de septiembre, en el que se produjo una puntual recuperación del nivel de ventas, sin llegar a superar los datos del ejercicio anterior.

En la actividad de Yogur las caídas iniciales no fueron tan drásticas pero con el paso de los meses se han ido produciendo descensos que superan el 10%, incluso en algunos casos han llegado al 20%, con la excepción del mes de septiembre, como en el caso del Helado.

OCTAVO.- Para la distribución de Yogur la empresa tiene externalizadas a través de la empresa EXFERA GLOBAL, S.L. parte de las rutas de reparto en las islas en las que opera (Gran Canaria, Tenerife, Lanzarote y Fuerteventura).

El volumen de rutas externalizadas en agosto de 2021 era similar al existente en enero de 2020.

En Tenerife y Lanzarote dicho volumen se mantuvo, mientras que en Gran Canaria y Fuerteventura descendió ligeramente.

NOVENO.- Durante el año 2021 la empresa procedió a realizar cinco nuevas contrataciones de personas trabajadoras para ocupar puestos de trabajo de nueva creación que, por causas operativas, no podían ser cubiertos por los integrantes de la Plantilla”.

IV. Posición de las partes

Recurre en casación ordinaria el sindicato actor destinado sus dos primeros motivos de recurso, contruidos al cobijo del apartado d) del artículo 207 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, a la rectificación del relato de hechos probados contenido en la sentencia, denunciado en último término la infracción del artículo 3.5 del Real Decreto Ley 11/2021 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos.

El Ministerio Fiscal considera improcedente el recurso.

V. Normativa aplicable al caso

Como hemos anticipado, la Sala rechazará el recurso, no tanto por cuestiones de fondo como de naturaleza procesal, efectuando un análisis del artículo 207.d) de la LRJS en cuya virtud *“El recurso de casación habrá de fundarse en alguno de los siguientes motivos: d) Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios”.*

VI. Doctrina básica

La sentencia que analizamos reitera una doctrina, que no por conocida, consolidada y pacífica deja de ser de absoluto interés. Se trata de analizar el modo en que impacta el éxito o fracaso de la revisión fáctica sobre la censura jurídica construida en los recursos de naturaleza extraordinaria.

Insiste la Sala en que no debemos de correr el peligro de convertir la intervención de la Sala cuarta en una nueva instancia jurisdiccional, pues no fue ese el deseo del legislador, lo que explica las notorias exigencias impuestas por el legislador y por el propio Tribunal al interpretar la norma en orden a la revisión d ellos hechos probados^[2].

Partiendo de los requisitos que tradicionalmente han quedado sentados para la llegada a buen término de los motivos contruidos al amparo del apartado d) del artículo 207 de la norma adjetiva laboral^[3] concluye la Sala que *“No todos los datos que figuran en la prueba de las partes han de tener acceso a relación de hechos probados de la sentencia, sino únicamente aquéllos que resulten trascendentes para el fallo. La revisión fáctica propuesta ha de ser trascendente para la resolución del litigio, es decir, de entidad suficiente para hacer variar el signo del pronunciamiento de instancia, pues en otro caso resultaría inútil. En efecto, “la inclusión de hechos probados solo debe efectuarse con respecto a aquéllos que sean esenciales para la resolución de la cuestión debatida, en el sentido de trascendentes para modificar el pronunciamiento impugnado, y que hayan sido objeto de debate y prueba procedente por haber sido alegados oportunamente por las partes” (STS de 27 de marzo de 2000, recd 2497/1999). Lo que conduce a rechazar aquéllas modificaciones que carecen de trascendencia para la resolución del litigio y que únicamente se justifican porque la redacción propuesta es de mayor agrado del recurrente, pues, reiteramos, el error debe ser trascendente en orden a alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida (STS 11 de febrero de 2014, rec. 27/2013)”.*

Aborda también la sentencia, con menor intensidad pero con igual relevancia, lo que rubrica como *“funcionalidad de la impugnación del recurso”^[4]*, señalando que

“dicho escrito en modo alguno puede ser el cauce adecuado para la anulación o revocación total o parcial de la sentencia impugnada. Invocando otras anteriores, la STS 728/2016 de 14 septiembre advierte que “la naturaleza del escrito de impugnación no es similar a la del recurso, por lo que no cabe plantear por esta vía lo que hubiera podido ser objeto de un recurso específico. Por ello, la impugnación eventual no puede sustituir al propio recurso ni puede agravar por sí misma la condena inicial, y en consecuencia no es posible la reformatio in peius por la sola circunstancia de haberse formulado una impugnación eventual a cargo de la parte recurrida”.

Aclarado este particular, y tras rechazar la totalidad de motivos de rectificación histórica construidos por USO^[5], concluye la Sala, en lo que nos ocupa, al tiempo de abordar la denuncia de infracción jurídica que *“El recurso se construye en este pasaje a partir de los hechos que considera acaecidos, presuponiendo el éxito de las dos revisiones interesadas en tal sentido.*

Al no haber prosperado ninguna de las dos, quiebra por su propia base la infracción postulada respecto de horas extraordinarias y nuevas contrataciones.

El motivo de recurso acaba abordando un problema o supuesto diverso al que concurre, incurriendo así en el vicio o defecto que venimos denominando “petición de principio”. Al haberse construido el motivo sobre bases fácticas erróneas incurre en el vicio procesal de la llamada “petición de principio” o “hacer supuesto de la cuestión”, que se produce cuando se parte de premisas fácticas distintas a las de la resolución recurrida. Este defecto se produce cuando el recurrente parte de unas premisas fácticas distintas a las que declara probadas la resolución recurrida (STS 141/2021 de 2 febrero, rec. 128/2019 y las citadas en ella).

Pese a que la aplicación de la referida doctrina resultaría suficiente para rechazar el recurso, el Tribunal añade que *“El RDL 30/2020 dispone que esas actuaciones antijurídicas de la empresa “podrán constituir infracciones de la empresa afectada, en virtud de expediente incoado al efecto, en su caso, por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”. Sin embargo, lo que el sindicato recurrente pretende, aunque sobre base fáctica inexistente, es algo bien distinto: que “se anule y deje sin efecto el expediente de regulación temporal de empleo aprobado con efectos de 1 de junio de 2021”. No hay cita adicional alguna de la norma en que apoya esa pretensión, ni reflexión acerca del principio de proporcionalidad (la sentencia recurrida destaca el volumen de empleo existente y la escasa entidad de las supuestas irregularidades denunciadas).*

VII. Parte dispositiva

Atendiendo a lo expuesto la Sala concluye que procede la desestimación del recurso de casación ordinaria entablado por el sindicato actor, confirmando el fallo de la sentencia de la Sala territorial que declaran firme, sin proceder la imposición de costas.

VIII. Pasajes decisivos

Centra el Tribunal sus razonamientos jurídicos más relevantes en los fundamentos de derecho segundo y siguientes, donde sintetiza su doctrina unificada sobre la cuestión que nos ocupa.

IX. Comentario

Como se comprueba de los razonamientos jurídicos contenidos en la sentencia que comentamos, y aunque parece que cada vez es más complicado que el Alto Tribunal rechace de plano un recurso por cuestiones de estricta naturaleza procesal, resulta que estas en muchas ocasiones se presentan con tal intensidad que restan protagonismo a la controversia de fondo que se suscita, haciendo depositar sobre ellas la *ratio decidendi* de lo finalmente acordado.

No podemos olvidar que las reglas de procedimiento se presentan como la estructura más elemental que dota de seguridad jurídica al proceso, ofreciendo la senda por el que éste habrán de transitar, facilitando a quienes a él se aproximen unas comunes reglas de juego que salvaguarda su derecho fundamental de tutela judicial. Sabemos que el derecho al recurso no se integra dentro de este derecho consagrado en el artículo de nuestra Carta Magna de manera absoluta, sino en los términos definidos por el legislador ordinario. Así ha tenido ocasión de manifestar el Tribunal Constitucional en repetidas ocasiones, insistiendo en que "el derecho a la tutela judicial efectiva no obliga a crear un sistema de recursos al legislador" Ahora bien, ha señalado, con la misma rotundidad, que "una vez establecido tal sistema, el mencionado derecho fundamental comprende el de utilizarlo de acuerdo con la ley y el de obtener una resolución fundada del recurso correspondiente" (STC 3/83, de 5 de enero de 1983). En efecto, una reiterada y consolidada jurisprudencia constitucional insiste en que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE no exige, per se, ni la doble instancia, ni otro recurso jerárquico cualquiera contra las decisiones judiciales (STC 54/84, entre otras muchas).

En el mismo sentido, añadir que la propia Sala Cuarta nos ha ofrecido en ocasiones precedentes una noción del instituto que hoy examinamos, concluyendo que no es otra cosa que partir de hechos no declarados probados en la sentencia de instancia para aplicar la norma que se invoca como infringida con un resultado distinto. Y como dice la sentencia de la Sala de lo Civil de 19 de mayo de 2005, reiterando doctrina, *"no cabe en casación hacer supuesto de la cuestión, es decir, partir de hechos distintos de los que ha declarado acreditados la sentencia de instancia, pues ello sería tanto como pretender la revisión de la actividad probatoria y, especialmente, de la valoración de la prueba realizada en la instancia, que corresponde exclusivamente a ésta. Lo cual, que también coincide con el concepto y la función de la casación, ha sido mantenido por reiterada jurisprudencia: así, sentencias de 17 de mayo de 2000, 3 de mayo de 2001, 21 de noviembre de 2002"* (por todas, sentencia de la Sala Cuarta de 15 de mayo de 2007, recurso 44/2006).

X. Apunte final

La doctrina analizada, impone que no podemos olvidar, ni desatender, la adecuada construcción de los diferentes motivos de recurso, pues la naturaleza extraordinaria de los confectionados por el legislador para nuestro orden social impregna de principio a fin su tratamiento; no sólo desde la determinación, o selección, de resoluciones susceptibles de ser impugnadas, o la fijación de motivos de recurso tasados; sino hasta la propia dinámica de su tramitación; de tal modo que, como una suerte de piezas de dominó, el éxito o fracaso de unos comprometerá la fortuna de los restantes.

Insistir para concluir que la doctrina analizada en relación con esta causa de desestimación del recurso de casación resulta de plena aplicación respecto del de suplicación, en tanto en cuanto que ambos comparten idéntica naturaleza; debiendo destacar que son numerosas las ocasiones en que las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de nuestra geografía acuden a este argumento para rechazar los correspondientes recursos^[6] de los que conocen; por lo que no es baladí insistir en la doctrina jurisprudencial desgranada *ut supra*, en tanto en cuanto nos refresca la apropiada técnica procesal con que se han de construir los recursos de casación y suplicación (y sus respectivas impugnaciones), garantizando con ello una más eficaz y recta administración de justicia.

Referencias:

1. ^ De fecha 12 de mayo de 2022 Social sección 1 del 12 de mayo de 2022 (ROJ: STSJ ICAN 3317/2022 - ECLI:ES:TSJICAN:2022:3317)

2. [^] En esta misma línea se ha de destacar -igualmente- cómo la doctrina constitucional recuerda que el recurso de suplicación tiene un alcance limitado y que los términos del debate vienen fijados por el escrito de interposición del recurrente y la impugnación que del mismo haga -en su caso- el recurrido [SSTC 18/1993, de 18 de enero, FJ 3 ; 218/2003, de 15 de diciembre , FJ 4 ; 83/2004, de 10 de mayo, FJ 4 , y 205/2007, de 24 de septiembre , FJ 6], de manera que tal configuración del recurso determina que el Tribunal «ad quem» ni pueda valorar «ex novo» toda la prueba practicada ni tampoco revisar el Derecho aplicable, sino que ha de limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes (STC 169/2013, de 7/Octubre , FJ 4).
3. [^] Tal y como refieren las SSTS 28 mayo 2013 (rec. 5/20112), 3 julio 2013 (rec. 88/2012), 25 marzo 2014 (rec. 161/2013), 2 marzo 2016 (rec. 153/2015) y otras muchas viene exigiendo, para que el motivo prospere:1. Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse).2. Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de Derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.3. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué discrepa.4. Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].5. Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte" encuentra fundamento para las modificaciones propuestas.6. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.7. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.8. Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.9. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental.
4. [^] Disciplinado en el artículo 211.1 de la LRJS, que dispone que "Una vez formalizado el recurso o recursos dentro del plazo concedido y con los requisitos exigidos, el secretario judicial proveerá en el plazo de dos días dando traslado del mismo a las demás partes por término común de diez días para su impugnación.El escrito de impugnación deberá presentarse acompañado de tantas copias como sean las demás partes para su

traslado a las mismas. En el mismo se desarrollarán por separado los distintos motivos de impugnación, correlativos a los de casación formulados de contrario y las causas de inadmisión que estime concurrentes, así como, en su caso, otros motivos subsidiarios de fundamentación del fallo de la sentencia recurrida o eventuales rectificaciones de hechos que, con independencia de los fundamentos aplicados por ésta, pudieran igualmente sustentar la estimación de las pretensiones de la parte impugnante, observando análogos requisitos que los exigidos para la formalización del recurso. El escrito deberá estar suscrito por letrado, quien de no indicarse otra cosa asumirá desde ese momento la representación de la parte en el recurso, designando domicilio con todos los datos necesarios para notificaciones en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”

5. *^ Aplicando nuevamente los criterios tradicionales sobre rectificación fáctica, en concreto la necesidad de trascendencia de la nueva redacción propuesta para la variación del sentido del fallo que se persigue, así como la imposibilidad de efectuar una reconsideración de los medios de prueba que ya fueron valorados por el órgano de instancia, pues a él a quien corresponde tal facultad (así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (por todas la Sentencia de la Sala Cuarta de 18/11/1999 [RJ 1999\8742]).*
6. *^ Así, sentencias de la Sala de Social del TSJ de Madrid de 14 de abril de 2023, Sección Primera (recurso 101/2023), de 3 de abril de 2023 Sección Cuarta (recurso 65/2023), de 30 de marzo de 2023 de la Sección Sexta (recurso 877/2022), de Cataluña de 4 de julio de 2022 (recurso 178/2022), de Cantabria de 31 de marzo de 2023 (Recurso 118/2023) ente otras muchas.*

§ 35 Subrogación convencional y “despido colectivo de hecho”. Precisiones sobre el régimen jurídico integrador de la subrogación empresarial.

José Luis Monereo Pérez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

Resumen: *Despido colectivo de hecho en el contexto de un cambio de titularidad en contrata o concesión. Cambio de contratista para la vigilancia y seguridad de los centros de acogida a inmigrantes (Canarias), al principio dirigida a los establecimientos hoteleros (gestionados por Cruz Roja) en que se alojaban y finalmente a los centros de acogida preparados al efecto (gestionados por Tragsa). Cuando la empresa entrante viene convencionalmente obligada a asumir a ciertos trabajadores se produce la subrogación empresarial y no cabe invocar la doctrina sobre sucesión de plantillas so pretexto de que ha asumido a menos de la mitad. Aplica doctrina. De acuerdo con el Ministerio Fiscal, desestima recurso frente a STSJ 642/2022 Las Palmas de Gran Canaria.*

Palabras clave: *Subrogación convencional. Cambio de titularidad de organización o unidad productiva “desmaterializada”. Garantías legales en la subrogación empresarial. “Despido colectivo de hecho”.*

Abstract: *Collective dismissal in the context of a change of ownership of a contract or concession. Change of contractor for the surveillance and security of the immigrant reception centers (Canary Islands), initially directed to the hotel establishments (managed by the Red Cross) where they were staying and finally to the reception centers prepared for this purpose (managed by Tragsa). When the incoming company is conventionally obliged to take over certain workers, the company is subrogated and the doctrine of succession of workforces cannot be invoked on the pretext that it has taken over less than half of the workforce. The doctrine applies. In agreement with the Public Prosecutor's Office, dismissed the appeal against STSJ 642/2022 Las Palmas de Gran Canaria.*

Keywords: *Conventional subrogation. Change of ownership of organization or “dematerialized” productive unit. Legal guarantees in business subrogation. “De facto collective dismissal”.*

I. Introducción

En la coyuntura histórica actual se asiste a un intenso proceso de movilidad del capital y al surgimiento de nuevas formas de gestión organizativa de la empresa. Estos cambios no son fortuitos, pues obedecen a respuestas estratégicas empresariales condicionadas, a su vez, por las transformaciones en el entorno en que se mueven las empresas. Esta realidad subyace a la subrogación o sucesión laboral del empleador

prevista en el marco de la ordenación y racionalización jurídica de las transmisiones de empresas. Esta problemática de los fenómenos transmisivos está al orden del día, suscitando numerosas controversias jurídicas y debates doctrinales.

La STS-SOC (Pleno) núm. 197/2023, de 15 de marzo (RCO núm. 212/2022), contempla un supuesto de cambio de titularidad en contratas con incumplimiento de la normativa subrogatoria laboral y la realización de un “despido colectivo de hecho” (incumplimiento de la ordenación jurídico-laboral del despido colectivo y de la normativa subrogatoria) por parte de CENPOL SEGURIDAD S.S.L. Despido colectivo de hecho. Cambio de contratista para la vigilancia y seguridad de los centros de acogida a inmigrantes (Canarias), al principio dirigida a los establecimientos hoteleros (gestionados por Cruz Roja) en que se alojaban y finalmente a los centros de acogida preparados al efecto (gestionados por Tragsa). Motivo 1º: infracción de las normas reguladoras de la sentencia por insuficiencia de hechos probados. Desestimación por no estar ausentes los imprescindibles y resultar factible completarlos a partir de las pruebas documentales existentes. Motivo 2º: revisión de hechos probados que no cumple las exigencias legales. Aplica doctrina y desestima. Motivo 3º: cuando la empresa entrante viene convencionalmente obligada a asumir a ciertos trabajadores se produce la subrogación empresarial y no cabe invocar la doctrina sobre sucesión de plantillas so pretexto de que ha asumido a menos de la mitad. Aplica doctrina. De acuerdo con el Ministerio Fiscal, desestima recurso frente a STSJ 642/2022 Las Palmas de Gran Canaria.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social (Pleno).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 197/2023, de 15 de marzo.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCO núm. 212/2022.

ECLI:ES:TS:2023:929

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Vicente Sempere Navarro.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Al hilo del cambio de contratista en la vigilancia y seguridad de determinados establecimientos dedicados a la acogida de inmigrantes en las Islas Canarias se debate sobre la eventual existencia de un despido colectivo encubierto (“despido colectivo de hecho”). El recurso formulado por la empresa recurrente cuestiona desde dos perspectivas el relato fáctico, así que el Tribunal Supremo entiende que es necesario comenzar clarificando el supuesto de hecho en cuestión, tanto para acotar lo discutido cuanto porque de ello pende, en buena medida, la respuesta que demos a su protesta sobre defectos de la sentencia y vulneración de las previsiones convencionales sobre transmisión de contratas y subrogación empresarial.

El sindicato Federación de Trabajadores de Seguridad Privada Unión Sindical Obrera (FTSP-USO) interpuso demanda de despido colectivo del que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede en Las Palmas de Gran Canaria). Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se reconozca la nulidad de los despidos operados (subsidiariamente su improcedencia), condenando a los codemandados a estar y pasar por sus consecuencias legales.

Con fecha de 31 de mayo de 2022 se dictó sentencia ahora recurrida, con el siguiente fallo: "Estimamos la demanda interpuesta por la FEDERACIÓN DE TRABAJADORES DE SEGURIDAD PRIVADA UNIÓN SINDICAL OBRERA (FTSP-USO) frente a EULEN SEGURIDAD, S.A. y CENPOL SEGURIDAD, S.L., sobre impugnación de despido colectivo, declaramos que la negativa de CENPOL SEGURIDAD, S.L. a subrogar a los treinta trabajadores vigilantes de seguridad adscritos al servicio de vigilancia y seguridad del centro de acogida de inmigrantes Canarias 50 de la isla de Gran Canaria, relacionados en el ordinal décimo segundo del relato de hecho declarados probados de esta resolución, constituye despido colectivo, que declaramos nulo, con derecho de los afectados a su inmediata reincorporación, y al percibo de los salarios dejados de percibir desde el 26 de agosto de 2021, a razón del salario regulador diario que obra que en el expositivo relacionado. Condenamos a CENPOL SEGURIDAD, S.L. a responsabilizarse del despido y de sus consecuencias, procediendo a la inmediata reincorporación de los trabajadores despedidos con abono de las retribuciones no percibidas. Absolvemos a EULEN SEGURIDAD, S.A. de las pretensiones en su contra deducidas. Debiendo el FOGASA estar y pasar por esta declaración".

- Tras nueva licitación en mayo de 2021, el servicio se adjudica el 13 de julio de 2021 CENPOL, que con fecha 26 de agosto de 2021 inicia la prestación de los servicios (doc. n.º 4 del ramo de EULEN). 10º.- En el *Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares* para la contratación, ap. 3.3 -"Subrogación"- se hacía constar: "... las empresas licitadoras deberán considerar que en la actualidad hay personal desempeñando este servicio de vigilancia, con derecho a subrogación. Por lo que a tenor de lo establecido en el artículo 130. LCSP, se informa que actualmente prestan servicio los trabajadores que se enumeran en el Anejo I del presente pliego...". En el Anejo I figura una relación de 62 trabajadores de EULEN en el centro de trabajo Canarias 50. 11º.- En la documentación que EULEN remite a Cenpol a efectos de -subrogación aparecen en plantilla de EULEN 55 trabajadores. Cenpol subroga tan sólo a 25 trabajadores.

La negativa de la nueva empresa adjudicataria (CENPOL SEGURIDAD) es constitutiva de despido colectivo hecho, calificable de nulo al no haberse seguido el procedimiento de despido colectivo previsto en el artículo 51 del ET y en la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a los despidos colectivos. Incumplimiento ilícito tanto más reprochable cuanto el Pliego Administrativo de condiciones técnicas de la licitación ganada por CENPOL advierte sobre la necesidad de que -atendiendo a la normativa aplicable- la empresa adjudicataria se ha de subrogar en el personal adscrito al servicio en "Canarias 50", listándose en Anexo hasta 62 personas (HP Décimo), mientras que la empresa EULEN traslada al nuevo contratista listado en que aparecen 55 (HP 11º).

Contra la expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre de la empresa Cenpol Seguridad S.L. Su Letrado, Sr. Sr. Alonso Pérez, en escrito de fecha 27 de julio de 2022, formalizó el correspondiente recurso, basándose en los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 207.c) LRJS por quebratamiento de las formas esenciales del juicio. SEGUNDO.- Al amparo del art. 207.d) LRJS por error de hecho en la apreciación de la prueba obrante en autos. TERCERO.- al amparo del art. 207.e) por infracción de los arts. 14 y 15 Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad de 2021 y artículo 44 ET.

IV. Posición de las partes

-Federación de Trabajadores de Seguridad Privada Unión Sindical Obrera (FTSP-USO), EULEN Seguridad: consideran que existe un incumplimiento de la obligación jurídica de subrogación de 30 trabajadores, actuación que es constitutiva de un "despido colectivo de hecho". Y solicitan que se declare nulo (o subsidiariamente improcedente).

- CENPOL Seguridad: entiende que ha cumplido con la obligación de subrogación convencional de una parte significativa de la plantilla (25 trabajadores) y que no se ha producido un “despido colectivo de hecho”.

V. Normativa aplicable al caso

-Artículo 130 de la LCSP.

-Artículo 207. c) de la LRJS.

-Artículo 207.d) de la LRJS.

-Artículo 207.e) de la LRJS.

-Artículos 14 y 15 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad de 2021.

-Artículo 44 del ET.

-Artículo 51 del ET

-Artículo 124.11 de la LRJS.

-Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

-Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a los despidos colectivos.

VI. Doctrina básica

- La negativa de la nueva empresa adjudicataria (CENPOL SEGURIDAD) es constitutiva de despido colectivo hecho, calificable de nulo al no haberse seguido el procedimiento de despido colectivo previsto en el artículo 51 del ET y en la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a los despidos colectivos. Incumplimiento ilícito tanto más reprochable cuanto el Pliego Administrativo de condiciones técnicas de la licitación ganada por CENPOL advierte sobre la necesidad de que –atendiendo a la normativa aplicable- la empresa adjudicataria se ha de subrogar en el personal adscrito al servicio en “Canarias 50”.

- El convenio colectivo no puede reducir el ámbito aplicativo del artículo 44 ET y que lo decisivo es determinar qué personas venían adscritas al servicio de vigilancia y seguridad en las instalaciones (fueren las que fueren) dedicadas a atender a las sucesivas oleadas de inmigrantes.

-La subrogación “convencional” y la subrogación “legal” del nuevo empleador no operan en el sistema normativo regular como a modo de compartimentos estancos. Ha de realizarse una interpretación integradora atendiendo a sus efectos jurídicos sociolaborales. Los convenios colectivos cuando establecen “cláusulas subrogatorias” en los cambios de titularidad en contratos o concesiones persiguen el mismo objetivo sustancial que la Directiva 2001/23/CE, y, en consecuencia, también el de la normativa de transposición de la misma al Derecho interno.

VII. Parte dispositiva

Como se desprende de cuanto antecede, el recurso no puede prosperar y debe quedar firme la sentencia que declara la nulidad del despido colectivo y la responsabilidad de la recurrente. En esencia, porque ha existido un número de terminaciones contractuales que supera los umbrales del artículo 51 ET, interpretado conforme a las exigencias del Derecho de la UE, sin haberse activado el

procedimiento previsto al efecto. En su último párrafo, el artículo 124.11 LRJS prescribe que "La sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el art. 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este supuesto la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta ley". Esa es la solución a que accede la STSJ Canarias recurrida, por lo que ahora debemos confirmarla. Por otro lado, el artículo 235 LRJS dispone que la sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita. De acuerdo con los criterios usualmente aplicados por esta Sala, procede establecerlas en 1.500 euros en favor de cada una de las partes impugnantes.

Por todo lo expuesto esta Sala ha decidido: 1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la empresa Cenpol Seguridad S.L., representada y defendida por el Letrado Sr. Alonso Pérez. 2º) Confirmar y declarar firme la sentencia nº 642/2022 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede en Las Palmas de Gran Canaria), de 31 de mayo, en autos nº 39/2021, seguidos a instancia del sindicato Federación de Trabajadores de Seguridad Privada Unión Sindical Obrera (FTSP-USO) contra dicha recurrente, Eulen Seguridad, S.A., Fondo de Garantía Salarial, sobre despido colectivo. 3º) Imponer a la mercantil recurrente las costas causadas a quienes han impugnado el recurso que ahora desestimamos, en cuantía de 1.500 euros en cada caso.

VIII. Pasajes decisivos

I.-Respecto a la existencia de despido colectivo:

1ª. Acierta la sentencia recurrida cuanto subsume el supuesto debatido entre los constitutivos de despido colectivo. Es decir: cuando finaliza un número de contratos de trabajo por decisión atribuible a la empresa hay que contabilizar esas extinciones a efectos de integrar la figura de referencia. Sobre la unidad de cómputo, diversas sentencias recuerdan que la aplicación del criterio de interpretación literal fue cuestionada por la STJUE de 13 de mayo de 2015 (asunto Ruiz Conejero) que entendió que la normativa española no se adaptaba fielmente a la aludida Directiva, puesto que esta se refería a centro de trabajo, mientras que la normativa interna expresamente señalaba a la empresa como el espacio físico y material donde hay que realizar los cálculos^[1]. Como consecuencia de ello, nuestra jurisprudencia concluyó que la unidad de cómputo debe ser el centro de trabajo de más de veinte trabajadores en aquellos casos en que los despidos que se producen en un centro de trabajo aisladamente considerado exceden de los umbrales del artículo 51.1 ET Las SSTS 848/2016 de 17 octubre (rec. 36/2016, Pleno; Zardoya Otis), 312/2017 de 6 abril (rcud. 3566/2015; Fucoda) y 787/2019 de 19 noviembre (rcud. 1253/2017; Prosegur) vienen manifestando lo siguiente: * La "interpretación conforme del Derecho español" requiere tomar en cuenta lo dispuesto en el art. 1.1º de la Directiva 98/59, en relación con las doctrina de las SSTJUE de 30 de abril de 2015 (C-80/14, asunto "Wilson"), 13 de mayo de 2015 (C-80/14, asunto "Rabal Cañas"). * Cuando los despidos acaecidos en un centro de trabajo superan los umbrales del art. 51.1 ET, la unidad de cómputo debe ser el centro de trabajo que emplea a más de 20 trabajadores. * La unidad de cómputo debe ser la empresa, cuando se superen los umbrales tomando como unidad de referencia la totalidad de la misma.

2ª. La STS 771/2017 de 10 octubre (rec. 86/2017, Pleno; Cafestore) analizó con carácter previo y de oficio la posible existencia de un despido colectivo respecto de supuestos en los que se extinguieron la totalidad (13) de los contratos de trabajo de quienes prestaban servicios en un centro de trabajo de una empresa con un volumen de trabajadores relevante a nivel nacional. Se otorgaba respuesta a la pregunta de si, por debajo de los umbrales previstos en el art. 51.1 ET y del art. 1.1 de la Directiva

98/59 CE, de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, resulta jurídicamente posible llevar a cabo un despido colectivo por las causas consignadas en el art. 51.1 ET, en lugar de acudir necesariamente a la vía prevista para tales situaciones en el artículo 52 c) ET realizando despidos individuales. La importancia estriba en la afectación misma de la competencia objetiva, tanto de la Sala de lo Social de instancia, como la de la propia Sala IV, de conformidad con las reglas preceptuadas en el párrafo segundo 16 de la letra a) del art. 7, art. 9 b) y art. 205.1 LRJS. Con remisión a otros dos precedentes, se entiende que no existe un derecho a disponer libremente de una u otra modalidad de despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción -individual o colectivo-, y que la puesta en marcha de sus trámites y procedimientos se proyectan tanto sobre la propia naturaleza del despido, como sobre todo el ámbito procesal de la legitimación activa -sujetos colectivos- y, lo que es más relevante, desde el punto de vista de la indisponibilidad de los derechos, sobre la propia competencia objetiva de los tribunales. Concluye afirmando la imposibilidad de articular un despido colectivo por debajo de los umbrales previstos en las referidas normas, de manera que la Sala de instancia debió reconocer su propia incompetencia objetiva, de conformidad con lo previsto en el párrafo segundo de la letra a) del art. 7 LRJS, lo que al no haberse producido, determina que en esta resolución se decida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo la nulidad de tal pronunciamiento, sin perjuicio de que los trabajadores planteen demandas individuales frente a las extinciones producidas, lo que podrán hacer en los términos previstos en la regla 1ª de la letra b) del número 13 del artículo 124 LRJS.

3ª. Posteriormente hemos perfilado, con mención de la anterior resolución y respecto de la figura del despido colectivo de facto, que en el cómputo para la determinación de los umbrales del art. 51 ET, están incluidos los contratos temporales concertados para la ejecución de una contrata que finalizan antes de la fecha prevista o determinada por reducción de su volumen por la empresa comitente, estando excluidos solamente aquellas extinciones que se producen por motivos inherentes a la persona del trabajador y las que se produzcan por cumplimiento del término (STS 283/2019 de 4 abril, rec 165/2018, Pleno; Konecta BTO).

4ª. La STS 669/2019 de septiembre (rec 143/2018, Pleno; Air Liquide) explica que no cabía tramitar un despido colectivo de doce trabajadores en una empresa con 216 empleados, razón por la que no aplicó indebidamente el art. 8.1 de la LRJS en relación con el art. 51.1 ET, al afirmar su falta de competencia objetiva para conocer de las pretensiones de la demanda y remitir a los afectados al despido individual por causas objetivas previsto en el art. 52 c) ET.

5ª. La STS 421/2021 de 21 abril (proc. 142/2020, Pleno; Eulen) se ha enfrentado a un problema similar al que nos ocupa ahora y resume el tenor de numerosos pronunciamientos del siguiente modo: "a).- La conjunción de los artículos 51.1 y 52.c) no deja lugar a la duda: cuando el empresario procede a efectuar despidos en número superior a los umbrales previstos en el artículo 51.1 ET estamos en presencia de un despido colectivo y hay que seguir los trámites y procedimiento que la ley ha previsto para la tramitación de tales extinciones colectivas". b).- La noción de despido colectivo se diseña normativamente a través de la referencia a dos elementos distintos: por un lado, están los requisitos numérico-temporales...; por otro, se encuentran las exigencias causales, es decir, que el despido esté motivado por la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción. A tales efectos... constituyen claramente normas absolutamente imperativas o de derecho necesario absoluto, inmodificables por convenio colectivo. El fundamento de tal calificación como estructuras normativas de orden público se presenta evidente puesto que en tal concepto extintivo no sólo intervienen intereses empresariales, sino que se atiende -de manera especial- a intereses públicos evidentes (minorar -en lo posible- la destrucción del tejido productivo), y también los de los trabajadores afectados...". c).- Nuestra jurisprudencia... es clara al reseñar que en nuestro ordenamiento jurídico, desde siempre, el Estatuto de los Trabajadores ha sancionado con la nulidad los despidos o extinciones del contrato que, vulnerando la letra y el espíritu de la ley, han eludido la

tramitación colectiva en los casos exigidos en el artículo 51.1 ET ". d).- ... cuando la ley sanciona con la nulidad las extinciones contractuales computables que, superando los umbrales del artículo 51.1 ET no se tramitaron como despido colectivo, tal nulidad es predicable no sólo cuando las impugnaciones de esas nuevas extinciones se realicen colectivamente (artículo 124.11 LRJS) o individualmente en el seno de un despido colectivo incorrecto llevado a cabo por el empresario (artículo 124.13. a. 3º); también es nulo de pleno derecho cuando, omitiéndose los trámites exigibles ex artículo 51.1 ET , la impugnación se lleva a cabo individualmente por el trabajador despedido, al margen de cualquier impugnación colectiva".

II.-En relación a Doctrina sobre transmisión de contratatas, la STS (Pleno) 873/2018 de 27 septiembre (rcud. 2747/2016, Clece) actualizó la doctrina sobre la subrogación empresarial en casos como el presente para concordarla con la del TJUE. Síntesis de ello son las siguientes premisas: 1ª Primera.- Hay transmisión de empresa encuadrable en el art. 44 ET si la sucesión de contratatas va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante. Segunda.- En actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata (en términos cuantitativos o cualitativos) activa la aplicación del artículo 44 ET. Tercero.- Cuando (como en el caso) lo relevante es la mano de obra (no la infraestructura) la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante (cuantitativa o cualitativamente) del personal. Cuarto.- El hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado por el convenio colectivo no impide la aplicación de la anterior doctrina. Especial interés para nuestro caso poseen las reflexiones vertidas en el apartado 2 del Fundamento Séptimo de tal STS 873/2018: Digamos que tiempo atrás el Tribunal de Luxemburgo ya había sentado una doctrina similar a la del caso Somoza Hermo (STJUE 24 de enero de 2002, Temco, C-51/00), conocida y tenida en cuenta por nuestras sentencias. Pero las razones antes expuestas nos habían llevado a pensar que la misma no afectaba a la validez de un convenio colectivo negociado con las exigentes mayorías representativas que nuestro legislador reclama (arts. 87 y 88 ET) y que convenios como el aplicado en el presente supuesto respetaban y mejoraban las previsiones heterónomas.

El Tribunal Supremo incorpora una *reflexión autocrítica y reconstructiva*: Pensábamos que el deseo de los agentes sociales de otorgar estabilidad laboral en casos adicionales a los subsumibles en la transmisión legal de empresas justificaba esa peculiar regulación. En ese sentido, nuestra doctrina partía de una premisa distinta a la que refleja la STJUE 11 julio 2018 cuando subraya (& 38) que los convenios como el ahora examinado persiguen el mismo objetivo que la Directiva 2001/23/CE. A la vista de lo expuesto debemos modificar una de las premisas de nuestra doctrina. En contra de lo que hemos venido entendiendo, el hecho de que la subrogación de plantilla (la asunción de una parte cuantitativa o cualitativamente relevante) sea consecuencia de lo previsto en el convenio colectivo no afecta al modo en que deba resolverse el problema. Que la empresa entrante se subrogue en los contratos de trabajo de una parte significativa del personal adscrito por mandato del convenio no afecta al hecho de que la transmisión pueda referirse a una entidad económica. El concepto de "entidad económica", de este modo, es el único que puede erigirse en definidor de la existencia de una transmisión empresarial con efectos subrogatorios. Y la determinación de si eso sucede ha de hacerse ponderando el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso. En este aspecto consideramos que lo sustancial de nuestra doctrina viene ajustándose a lo que la doctrinal del TJUE exige: siempre que haya transmisión de un conjunto de medios organizados impera el régimen legal de transmisión y subrogación laboral, debiendo considerarse ilegal el convenio que lo desconozca. Lo que no debemos hacer es seguir abordando el problema atendiendo a la causa de esa continuidad significativa de contratos de trabajo (el mandato convencional). Por el contrario, son los efectos derivados de la previsión del convenio (asunción de una parte significativa de la plantilla) los que deben valorarse para determinar si hay sucesión de empresa. En sectores donde la mano de obra constituye el elemento principal de la actividad empresarial es posible que el conjunto de personas adscritas a la actividad equivalga a la unidad económica

cuyo cambio de titularidad activa la subrogación. Pero esa subrogación no es automática e incondicionada. Ni nuestra doctrina ni la del TJUE sostienen que la mera asunción de un conjunto de personas equivale a la transmisión de una unidad productiva en todos los casos. Hay que ponderar el conjunto de circunstancias concurrentes. Por eso la sucesión en la contrata (de vigilancia, de limpieza, de cualquier otra actividad de características similares) activa la subrogación empresarial " siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas" (parte dispositiva de la STJUE de 11 julio 2018). En principio, y siempre por referencia a estos supuestos en que lo relevante no es la infraestructura productiva puesta en juego, la adjudicación de una nueva contrata a empleador diverso del saliente nos sitúa ante la transmisión de la "entidad económica" recién aludida. Pero no se trata de algo que pertenezca al terreno de lo abstracto o dogmático sino al de los hechos y de su prueba. Es decir, el examen de las características de la adjudicación (condiciones de tiempo, exigencias sobre el modo de suministrar los servicios a la empresa principal, dirección del grupo de personas adscrito, 18 adscripción funcional permanente o aleatoria, etcétera), de la realidad transmitida (afectación funcional y locativa, medios audiovisuales, programas informáticos, mobiliario para el personal, etc.), del alcance que tenga la asunción de personas (no solo cuantitativa, sino también cualitativa) son aspectos valorables para despejar esa incógnita, que constituye al tiempo un condicionante de la subrogación. Eso significa, claro, que en sectores donde la mano de obra constituye lo esencial ha de valorarse de manera muy prioritaria el dato relativo al número o condición de quienes han sido asumidos por la nueva empleadora, al margen del título o motivo por el que ello suceda. A partir de ahí, dados los términos en que el convenio colectivo disciplina la subrogación, será lógico que quien sostenga que no se ha producido la asunción suficientemente relevante de la mano de obra así lo acredite (artículo 217 LEC) y que se produzca el debate correspondiente cuando la cuestión sea controvertida.

En lo que hace referencia al supuesto concurrente, cabe señalar que la STS 1268/2021 de 15 diciembre (rcud. 4236/2019, Ilusión Outsourcing, S.A.) advierte que no cabe en este aspecto operar con porcentajes numéricos, pues el carácter significativo de la plantilla asumida escapa a ese cálculo matemático. De hecho en ella exponemos cómo cabe que exista ese fenómeno aunque la cesionaria solo haya asumido dos de las cinco personas que venían destinadas a la tarea (un 40%, por tanto): El factor o elemento meramente numérico, que ciertamente no alcanza el 50% de la plantilla, no ha de erradicar en sí mismo el predicado de significativo o relevante, cuando, como también sucede en el actual, es esencial el personal en el desempeño y permanencia de los servicios auxiliares que han venido conformando la entidad económica objeto de sucesión, atendidas las condiciones de la prestación y el principio de estabilidad en el empleo. Se constata la continuidad en la actividad objeto de transmisión -servicios auxiliares para la comitente, desarrollados en sus instalaciones-, que, sin embargo, pasa a desempeñar parte de la plantilla existente con anterioridad por decisión de la empleadora (matizaremos que nada se ha precisado acerca del modo de selección). Pero a pesar de esa prolongación o permanencia de la propia actividad transferida, la subrogación solamente acaece respecto de dos de los cinco auxiliares de servicios -que efectivamente implicaría un porcentaje del 40% de la plantilla-, cuando en este caso la relevancia y competencia exigibles dimanaban o se focalizan, no en que se tratase de personal con tareas de dirección u organización, porque aquí las características propias del servicio revelan su inexistencia, sino en que ese personal resulta fundamental para llevarlo a cabo atendidas las condiciones o circunstancias que lo conforman.

De este modo, examinada en su verdadero alcance, la situación muestra una contrata de vigilancia en la que la empresa entrante debe asumir a las personas adscritas que cumplen los requisitos del convenio colectivo (arts. 14 y 15). Cuando Cenpol rechaza la prestación de servicios por parte de las personas afectadas por este litigio, aun sin pretenderlo, está incurriendo en un despido colectivo. Coincidimos así con lo sustancial del Informe emitido por la Fiscalía, conforme al cual 1º) La sentencia no incumple lo previsto en los artículos 14 y 15 del Convenio Colectivo de aplicación

que fijan la subrogación de los trabajadores en los supuestos de sucesión empresarial, que en realidad no combate el motivo. 2º) Por otro lado se ha producido un supuesto de subrogación legal en los términos que establece el art. 44 del ET, circunstancia que el motivo no alcanza a desvirtuar. 3º) No infringe la sentencia ninguno de los preceptos convencionales y legales que se denuncian y el motivo no puede prosperar.

IX. Comentario

El Tribunal Supremo ha ido estableciendo en la última década una doctrina cada vez más precisa y fundamentada en materia de transmisión de empresa; y en ese marco incidiendo en la delicada y compleja cuestión de los cambios de titularidad en contrataciones y concesiones. En relación a la doctrina jurisprudencial sobre transmisión de contrataciones, la STS (Pleno) 873/2018 de 27 septiembre (rcud. 2747/2016, Clece) actualizó la doctrina sobre la subrogación empresarial en casos como el examinado en la presente Sentencia para concordarla con la del TJUE. Síntesis de ello son las siguientes premisas: 1ª. Hay transmisión de empresa encuadrable en el art. 44 ET si la sucesión de contrataciones va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante. Segunda. 2ª. En actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata (en términos cuantitativos o cualitativos) activa la aplicación del artículo 44 ET. 3ª. Cuando -como en el caso de autos- lo relevante es la mano de obra (no la infraestructura económico-productiva) la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante (cuantitativa o cualitativamente) del personal. 4ª. El hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado por el convenio colectivo no impide la aplicación de la anterior doctrina. Especial interés para el caso de la sentencia objeto de comentario aquí poseen las reflexiones vertidas en el apartado 2 del Fundamento Séptimo de la referida STS 873/2018.

Pero el Tribunal Supremo parte ahora de la premisa que ya reflejara la STJUE 11 julio 2018 cuando subraya (& 38) que *los convenios con cláusulas subrogatorias - como el ahora examinado- persiguen el mismo objetivo que la Directiva 2001/23/CE*. De manera que el hecho de que la subrogación de plantilla (la asunción de una parte cuantitativa o cualitativamente relevante) sea consecuencia de lo previsto en el convenio colectivo no afecta al modo en que deba resolverse el problema. Que la empresa entrante se subrogue en los contratos de trabajo de una parte significativa del personal adscrito por mandato del convenio no afecta al hecho de que la transmisión pueda referirse a una entidad económica. El concepto de "entidad económica", de esta manera, es el único que puede erigirse en definidor de la existencia de una transmisión empresarial con efectos subrogatorios. Y la determinación de si eso sucede ha de hacerse ponderando el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso.

En este aspecto considera nuestro Alto Tribunal que lo sustancial de la doctrina establecida viene ajustándose a lo que el TJUE exige: siempre que haya transmisión de un conjunto de medios organizados impera el régimen legal de transmisión y subrogación laboral, debiendo considerarse ilegal el convenio que lo desconozca. Lo que no es pertinente es seguir abordando el problema atendiendo a la causa de esa continuidad significativa de contratos de trabajo (el mandato convencional). Por el contrario, son los efectos derivados de la previsión del convenio (asunción de una parte significativa de la plantilla) los que deben valorarse para determinar si hay sucesión de empresa. *En sectores donde la mano de obra constituye el elemento principal de la actividad empresarial es posible que el conjunto de personas adscritas a la actividad equivalga a la unidad económica cuyo cambio de titularidad activa la subrogación. Pero esa subrogación no es automática e incondicionada*. Ni la doctrina del Tribunal Supremo ni la del TJUE sostienen que la mera asunción de un conjunto de personas equivale a la transmisión de una unidad productiva en todos los casos. Es estrictamente necesario ponderar el conjunto de circunstancias concurrentes. Por eso la sucesión en la contrata (de vigilancia, de limpieza, de cualquier otra actividad de características similares) activa la subrogación empresarial "siempre y cuando la

operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas" (parte dispositiva de la STJUE de 11 julio 2018). En principio, y siempre por referencia a estos supuestos en que lo relevante no es la infraestructura productiva puesta en juego, la adjudicación de una nueva contrata a empleador diverso del saliente nos sitúa ante la transmisión de la "entidad económica" recién aludida. Pero no se trata de algo que pertenezca al terreno de lo abstracto o dogmático sino al de los hechos y de su prueba. Es decir, el examen de las características de la adjudicación (condiciones de tiempo, exigencias sobre el modo de suministrar los servicios a la empresa principal, dirección del grupo de personas adscrito, 18 adscripción funcional permanente o aleatoria, etc.), de la realidad transmitida (afectación funcional y locativa, medios audiovisuales, programas informáticos, mobiliario para el personal, etc.), del alcance que tenga la asunción de personas (no solo cuantitativa, sino también cualitativa) son aspectos valorables para despejar esa incógnita, que constituye al tiempo un condicionante de la subrogación. Eso significa, claro, que en sectores donde la mano de obra constituye lo esencial ha de valorarse de manera muy prioritaria el dato relativo al número o condición de quienes han sido asumidos por la nueva empleadora, al margen del título o motivo por el que ello suceda. A partir de ahí, dados los términos en que el convenio colectivo disciplina la subrogación, será lógico que quien sostenga que no se ha producido la asunción suficientemente relevante de la mano de obra así lo acredite (art. 217 LEC) y que se produzca el debate correspondiente cuando la cuestión sea controvertida.

La Directiva comunitaria 2001/23/CE y sus instrumentos normativos de transposición adecuada en la legislación nacional [(artículos 44 del ET, y artículos 221 ("Sucesión de empresa") y 222 ("Subrogación del adquirente") de la LC^[2]] se puede aplicar tanto al paradigma típico tradicional (propio del capitalismo industrial) del cambio de titularidad de una empresa, centro de trabajo o unidad productiva en el marco de empresas "materializadas" (esto es, dotadas de infraestructura económico-patrimonial, según el tipo morfológico de empresas)^[3]; o bien en modelos típicos singulares en el que el cambio de titularidad se produce en empresas o "centros de actividad" (son los términos utilizados, por cierto, en la ordenación normativa de la Directiva europea) "desmaterializados" (más propio del periodo expansivo de la terciarización de la economía y del tejido empresarial), donde lo relevante no es aquella infraestructura material, sino ante todo el conjunto organizado de trabajadores que conforman la plantilla de la organización empresarial (y atendiendo al tipo de empresa, que, de ordinario, se enmarca dentro del amplísimo sector terciario de la economía de mercado de nuestro tiempo)^[4].

La sentencia del Tribunal Supremo aquí comentada subraya que la asunción de plantilla no debe valorarse tan sólo en términos cuantitativos, sino ante todo cualitativos, porque varios o un grupo de trabajadores relativamente pequeño puede ser esencial para integral el supuesto de la sucesión de plantilla por su carácter determinante para la identidad del objeto del cambio de titularidad de la actividad organizada. En esto concuerda con la doctrina establecida en la STS 1268/2021, de 15 de diciembre (rcud. 4236/2019, Ilunión Outsourcing, S.A.) en el sentido de que no cabe operar con porcentajes numéricos, pues el carácter significativo de la plantilla asumida escapa a ese cálculo puramente matemático. Lo relevante es que el personal asumido por subrogación para llevar a cabo las tareas fundamentales del servicio atienda a las condiciones o circunstancias que lo conforman.

La Directiva se declara, en principio, aplicable indiferentemente a todas las transferencias de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad. La Directiva se impone en su aplicación cada vez que la entidad económica guarda su identidad después de la cesión, este criterio debe ser verificado por el juez nacional a través del conjunto de circunstancias de hecho que caracterizan la operación transmisiva en cuestión (cfr. Las pioneras STJCE 18 de marzo 1986, Spijkers c/Gebroeders Benedik Abattoir; y TCJE 17 diciembre 1987, asunto 287/86). El dato a señalar es que en el microcosmos que constituye la empresa, el Tribunal de Justicia incorpora a su personal como organización (cfr. STJCE 17 diciembre 1987, caso 287/86), más allá de cualquier insostenible connotación comunitarista. Parece,

pues, que el Tribunal europeo no se satisface con la continuación de una simple actividad sino que la transferencia de una empresa ha de implicar igualmente el mantenimiento - al menos parcial- de una estructura o de la organización en la cual esta actividad tiene lugar atendiendo a la naturaleza "materializada" o "desmaterializada". Pero el Alto Tribunal ha dado una interpretación flexible del elemento organizativo, hasta extenderlo a supuestos en los que no existe una transmisión de empresa material (en el sentido en que típicamente lo es la empresa industrial), incluyendo en el objeto de la transmisión relevante el cambio de titularidad de una actividad productiva organizada (no se trata, pues, de una simple actividad), incluso sin soporte material alguno (supuestos de sucesión de contratas y concesiones administrativas, sin que en la hipótesis el cambio se acompañe de las máquinas, utensilios y productos necesarios para su ejercicio). Precisamente en las empresas prestatarias de servicios, como regla general, no se requiere de una infraestructura material muy desarrollada, que muchas veces es prácticamente inexistente. En las empresas del sector servicios ciertamente lo más frecuente es que apenas exista un patrimonio empresarial consistente en objetos materiales. En el modelo de empresa terciaria el concepto de "empresa" radica menos en los elementos y medios materiales de producción, que en el efectivo despliegue de una actividad organizada, en los contactos sociales que se establecen, en la clientela y en el prestigio ante la opinión pública (que delimita espacios de mercado que pueden ser acotados por ella). De manera que el hacerse cargo de las instalaciones figura en un segundo plano para entender integrado el fenómeno transmisivo. De este modo, frente a la transmisión de empresa en sentido estricto ("empresa-organización" materializada), se incluiría extensivamente el supuesto limítrofe (pero distinto) de un cambio de titularidad de la organización de actividad desmaterializada^[5].

La interpretación extensiva del art.44 ET, en cuanto capaz de acoger la singularidad de las cada vez más generalizadas (y a veces realmente nuevas facilitadas por el actual era de la digitalización y la creciente expansión de los procesos de externalización productiva y funcional) formas de empresa terciaria permite defender la realización de una política del Derecho capaz de *normalizar* en esta sede la regulación jurídica de la empresa terciaria y de instaurar un sistema de tuteladas laborales a los trabajadores terciarios análoga a la que disfrutaban los trabajadores de los sectores más tradicionales de la economía (señaladamente los que prestan servicios bajo el vigente -por cierto cada vez menos hegemónico- modelo industrial de producción). Es esta, además, una actualización reflexiva del propio ordenamiento laboral y del derecho de juristas críticos en respuesta a las formas específicas de la organización de las empresas en el sector de servicios.

Más allá, pues, de la transmisión de un complejo de bienes organizados se comprende también la transferencia de una "organización autónoma de actividad" preordenada a la consecución de un fin productivo o distributivo por el centro de dirección de la empresa o complejo empresarial en que se haya inserto. Esto pone nuevamente de manifiesto que para el art.44 ET es preciso reconstruir y modular para adaptar a su propia "ratio legis" las nociones legales de centro de trabajo y de "unidad productiva autónoma de la empresa" (ambos conceptos funcionalizados a las exigencias normativas del art.44.1 ET). Se trata de una operación hermenéutica que está llevando a cabo la doctrina científica y la poniendo en práctica la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la dirección creativa que dinámicamente viene realizando el TJUE.

Por lo demás, existen fronteras difusas entre actividades "materializadas" y "desmaterializadas", siendo necesario examinar caso por caso real a fin de preciar el tipo de entidad económica que está en la base objetivada del cambio de titularidad. En este sentido hacer valer la regulación de la Directiva y la normativa interna de transposición y su régimen jurídico de garantías constituye un elemento importante para realizar los fines de la normativa subrogatoria en los supuestos de cambio de titularidad de organizaciones y actividades organizadas.

Esta interpretación extensiva permite al ordenamiento laboral responder (formalizando y conformando el ámbito de realidad) a los retos que presenta la regulación jurídica de los nuevos modelos de empresa terciaria, caracterizada por la que se ha dado en llamar producción "desmaterializada"; es decir, la palabra producto se desmaterializa, viene empleada para indicar la actividad prestataria de servicios y "productos financieros", "informativos" y de otra análoga índole desmaterializada, comportando un replanteamiento del carácter estrictamente "productivo" de la unidad productiva^[6]

El proceso de renovación ciertamente está impulsado por el TJUE (al que sigue creativamente el Tribunal Supremo). Un caso significativo es el previsto en la STJUE (Sala Cuarta), de 27 de febrero de 2020^[7], en el asunto C-298/18, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Arbeitsgericht Cottbus — Kammern Senftenberg (Tribunal de lo Laboral de Cottbus — Salas de Senftenberg, Alemania), mediante resolución de 17 de abril de 2018, recibida en el Tribunal de Justicia el 2 de mayo de 2018. El Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que *el criterio decisivo para determinar la existencia de tal transmisión consiste en saber si la entidad económica mantiene su identidad*, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de septiembre de 2015, Ferreira da Silva e Brito y otros, C-160/14, EU:C:2015:565, apartado 25 y jurisprudencia citada). Para determinar si se cumple este requisito, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación examinada, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario contrate o no a la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. No obstante, estos elementos son tan solo aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (sentencia de 9 de septiembre de 2015, Ferreira da Silva e Brito y otros, C-160/14, EU:C:2015:565, apartado 26 y jurisprudencia citada). En particular, la importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios varía necesariamente en función de la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte del centro de actividad de que se trate (sentencia de 9 de septiembre de 2015, Ferreira da Silva e Brito y otros, C-160/14, EU:C:2015:565, apartado 27 y jurisprudencia citada).

Por su parte, la STJUE 27 de febrero de 2020 (C-298/18), *Grafe y Pohle*, declara que incluso el cambio de titularidad en una actividad materializada dotada en sí de una infraestructura económica soporte de la actividad —como es el servicio de autobús de pasajeros—, puede no requerir necesariamente la transmisión de elementos relevantes de la infraestructura patrimonial ante la relevancia en sí de la asunción de plantilla en una sucesión cronológica sin solución de continuidad. En tal sentido se falla declarando que: "El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que, cuando, en virtud de un procedimiento de contratación pública, una entidad económica reanuda una actividad cuyo ejercicio requiere medios de explotación importantes, el hecho de que, debido a requisitos jurídicos, medioambientales y técnicos impuestos por el poder adjudicador, esta entidad no adquiera dichos medios, propiedad de la entidad económica que ejercía anteriormente esa actividad, no obsta necesariamente a que la reanudación de la actividad pueda calificarse de transmisión de empresa, *siempre que otras circunstancias de hecho*, tales como la contratación de la mayor parte de la plantilla y la continuación sin interrupción de la referida actividad, permitan caracterizar el

mantenimiento de la identidad de la entidad económica de que se trata, extremo que corresponde apreciar al tribunal remitente”.

X. Apunte final

En esta importante y bien construida sentencia del Tribunal Supremo (que toma como base la reiterada doctrina creativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en este materia de crucial relevancia en orden económico presidido por la movilidad del capital, la modificación de las estructuras y las transmisiones de empresas) contribuye a consolidar una interpretación finalista de la normativa subrogatoria o sucesoria laboral en los cambios de titularidad de la empresa, “centros de actividad” o de una unidad productiva autónoma; lo cual implica una amplitud de su supuesto de hecho capaz de evitar una lectura interpretativa tradicional que de mantenerse petrificada supondría la obsolescencia y el vaciamiento paulatino del ámbito de aplicación (centro socio-económica de imputación normativa) del sistema de garantías establecido en el artículo 44 ET, que, como se sabe, constituye el eje del grupo normativo de transposición de la Directiva 2001/23/CE en nuestro Derecho interno. Esta interpretación permite incluir dentro del supuesto de hecho de la normativa subrogatoria o sucesoria laboral tanto los cambios de titularidad de empresas “materializadas” como de las empresas “desmaterializadas”.

Referencias:

1. ^ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho interno”, en *Temas Laborales*, núm. 130 (2015), pp. 311-350; SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Los umbrales del despido colectivo y el TJUE”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 969 (2020); MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M. N., y LÓPEZ INSUA, B. DEL M.: “Reorganización y modernización de las Administraciones Públicas: sucesión laboral y despidos colectivos”, en *Gestión Y Análisis De Políticas Públicas*, (22), (2019), pp. 40–58. <https://doi.org/10.24965/gapp.i22.10630>; MONEREO PÉREZ, J.L., ORTEGA LOZANO, P.G.: “Despido colectivo y Derecho Social Comunitario: La reinterpretación en el método del cómputo del factor temporal de los despidos colectivos: criterio amplio a través del período continuo anterior/posterior”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 89 (2021).
2. ^ *Texto refundido de la Ley Concursal*, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo; *Ley 16/2022*, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).
3. ^ *Para la transmisión de la empresa en el concurso*, véase artículos 221-122 *Ley Concursal*, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo. Puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: “Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en el marco de procedimientos de insolvencia concursal. Interpretación del alcance de la

excepción establecida en el artículo 5 de la Directiva 2001/23/CE: transmisión de empresa o de una parte autónoma de ésta después de una declaración de quiebra precedida de una fase preparatoria de la venta en el marco de la liquidación judicial (“pre-pack”), en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5 (2022), pp. 1-21. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2022-00000001864; MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., & RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Aproximación al contenido laboral de la ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la ley concursal: apostando por la lógica “preventiva”, “reestructuradora” y “conservativa” de la empresa y del empleo”, en *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, (5), (2023), pp.11–35. Recuperado a partir de <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/articulo/view/658>; MONEREO PÉREZ, J. L.: *La conservación de la empresa en la Ley Concursal. Aspectos laborales*, Valladolid, Lex Nova/Aranzadi, 2006.

4. ^ Cfr. SSTJCE 173/96 y 247/96, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados Sánchez Hidalgo y otros; 127/96, 229/96 y 74/97, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados Hernández Vidal y otros; 172/99, de 25 de enero de 2001, asunto Oy Liikenne Ab; 51/00, de 24 de enero de 2002, asunto Temco, 340/01, de 20 de noviembre de 2003, asunto Carlito Ablor y otros y 232 y 233/04, de 15 de diciembre de 2005, asunto Güney-Gorres y Demir. Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: “Los procesos de externalización y reversión de servicios públicos”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GONZÁLEZ DE PATTO, R., VIDA FERNÁNDEZ, R. y SPINELLI, C. (Dir.) et altri: *El empleo público. Puntos críticos en los ordenamientos italiano y español*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2918, pp. 323-348. MONEREO PÉREZ, J. L.: “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresa: funciones y disfunciones ante los “casos difíciles” en la jurisprudencia reciente”, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. extra 5, 2017; *Ibid.*, “Reversión de servicios públicos y sucesión legal en las relaciones laborales (STJUE de 26 de noviembre de 2015, Aira Pascual, asunto C-509/14)”, en *VV.AA.: Las repuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por los órganos jurisdiccionales españoles*, GÁRATE CASTRO, J. y MANEIRA VÁZQUEZ, Y. (DIRS.), Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2020; MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N.: “La subrogación ‘contractual’ a través de la negociación colectiva”, en *VV.AA.: La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Estudios en homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, Cruz Villalón, J., González-Posada, E. y Molero Marañón, M.L. (Dir.), Albacete, Bomarzo, 2021; MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y LÓPEZ INSUA, B. M.: “Reorganización y modernización de las Administraciones Públicas: sucesión laboral y despidos colectivos”, en *Gestión y análisis de políticas públicas*, núm. 22, 2019, pp. 40-58. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Implicaciones jurídico laborales de la reasunción de servicios públicos: la aplicación del principio de subrogación empresarial y sus excepciones”, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 29, 2017, pp. 19-39; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Garantías de subrogación empresarial en la nueva ley de contratos del sector público: convergencias y desencuentros con la normativa laboral”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 51, 2018, pp.1-45; ARETA MARTÍNEZ, M. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Sucesión de empresa: contratas, subcontratas y otros supuestos*, Madrid, Francis

- Lefebvre, 2017, pp. 227 y ss.; MONEREO PÉREZ, J. L., y ORTEGA LOZANO, P.G.: "Sucesión de plantilla en la empresa por subrogación convencional –"ex convenio colectivo sectorial"–. La reciente doctrinal del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su recepción por el Tribunal Supremo", en *La Ley Unión Europea*, núm. 65, 2018; MONEREO PÉREZ, J. L., y ORTEGA LOZANO, P.G.: "Reflexiones sobre la doctrina jurisprudencial a los efectos subrogatorios o sucesorios jurídico-laborales en supuestos de reversión y reasunción de los servicios: personal indefinido fijo vs personal laboral fijo", en *La Ley Unión Europea*, núm. 107 (2022); MONEREO PÉREZ, J.L.Y ORTEGA LOZANO, P.G.: *Fundamentos del Derecho Social de la Unión Europea. Configuración técnica y estudio sistemático del marco normativo regulador*, Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters/Aranzadi, 2022, Capítulo 11, espec., pp. 589-617.
5. ^ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, *Ibidem ediciones*, 1999, pp. 106-122, en particular pp. 112-115; y en el mismo sentido, MONEREO PÉREZ, J.L.: "La transmisión de empresa: El problema de la identificación jurídica del concepto de empresa a efectos de la normativa laboral reguladora de la transmisión de empresas", en MARTÍNEZ ABASCAL, V. (Cord.): *La modificación del contrato de trabajo*, Madrid *Ibidem ediciones*, 1997, pp. 205-243.
 6. ^ Sobre el tema, reténgase el planteamiento originario al que después seguirían otras aportaciones doctrinales en similar dirección de pensamiento, GALGANO, F.: "Le istituzioni della società post-industriale", en GALGANO, F., CASSESE, S., TREMONTI, G., y TREU, T.: *Nazioni senza ricchezza. Ricchezze senza nazione*, Bologna, Il Mulino, 1993, p.14; PIORE, M.J. SABEL, C.F.: *La segunda ruptura industrial*, Madrid, Alianza editorial, 1984; BOYER, R.y FREYSSINET, M.: *Modelos productivos*, Madrid, *Fundamentos*, 2003; PANITCH, L.y GINDIN, S.: *La construcción del capitalismo global*, Madrid, Akal, 2015; MONEREO PÉREZ, J.L., y PÉLAN QUESADA, S. (DIRS): *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial. Aspectos laborales y de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2018; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del derecho del trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017.
 7. ^ Sentencia del TJUE (Sala Cuarta), de 27 de febrero de 2020, «Procedimiento prejudicial — Directiva 2001/23/CE — Artículo 1, apartado 1 — Transmisión de empresa — Mantenimiento de los derechos de los trabajadores — Explotación de líneas de autobuses — Asunción del personal — No cesión de los medios de explotación — Motivos».

§ 36 La ceguera no implica el reconocimiento automático de una situación de gran invalidez.

Faustino Cavas Martínez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

Resumen: *Rectificando su propia doctrina, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo descarta el criterio objetivo de la dolencia -en este caso, ceguera- para activar el derecho al reconocimiento de la situación de gran invalidez y sostiene ahora que una persona ciega, o que sufre una merma visual inferior a 0,1 en ambos ojos, no puede considerarse gran inválida de forma automática, sino únicamente cuando queda acreditado que precisa el concurso de una tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida.*

Palabras clave: *Ceguera. Gran invalidez. Actos esenciales de la vida. Autonomía.*

Abstract: *Rectifying its own doctrine, the Fourth Chamber of the Supreme Court discards the objective criterion of disease -in this case, blindness- to activate the right to severe disability and maintains now that a blind person, or who suffers a visual impairment of less than 0.1 in both eyes, cannot be automatically considered severely disabled, but only when it is accredited that the assistance of a third person is required to do the most essential acts in life.*

Keywords: *Blindness. Severe disability. Essential acts of life. Autonomy.*

I. Introducción

Nunca puede darse por definitivo un criterio jurisprudencial, por más que el marco normativo que hubiera propiciado su alumbramiento se mantenga estable. Prueba de ello es la sentencia de la Sala Cuarta del TS que aquí se comenta, que una vez más -y son ya múltiples las ocasiones en que lo ha hecho- aborda la problemática relativa a la calificación del grado de incapacidad permanente que incumbe reconocer a una persona que sufre ceguera total o una discapacidad visual grave equiparable (ceguera “legal”).

El interés del pronunciamiento dictado en el rcud. 3980/2019 estriba en que priva a la ceguera de la caracterización privilegiada que hasta ese momento venía recibiendo en la jurisprudencia social, como causa automática en orden al reconocimiento de una prestación de gran invalidez. Citando el conocido axioma de que “no hay enfermedades sino enfermos”, se abandona el criterio objetivo que tradicionalmente se ha venido aplicando para presumir que una persona ciega no puede desenvolverse de forma plenamente autónoma y, por tanto, es acreedora a la prestación de gran invalidez sin precisar mayor prueba sobre su incapacidad para realizar por sí misma los actos más esenciales de la vida. Esta tesis objetiva es sustituida por el criterio de individualización diferenciada.

La relevancia del viraje doctrinal asumido explica, por demás, que se haya convocado al Pleno de la Sala Cuarta para fijar la nueva doctrina, ahormada con un alto grado de consenso pues ha salido adelante sin votos particulares.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social (Pleno).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 199/2023, de 16 de marzo.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUUD núm. 3980/2019.

ECLI:ES:TS:2023:956

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. María Luz García Paredes.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Es objeto de recurso de casación para la unificación de doctrina la STSJ, Sala de lo Social, de Madrid, de 9 de septiembre de 2019 (rec. 366/2019), que desestimando los recursos de suplicación interpuestos por las dos partes (INSS y trabajadora), confirma la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 18 de Madrid, de 18 de enero de 2019, que había estimado en parte la demanda, declarando a la demandante afecta de incapacidad permanente absoluta y rechazando la existencia de gran invalidez.

La demandante tiene profesión de agente vendedora de cupones. En junio de 1977 presentaba una agudeza visual, según la escala de Wecker, de 1/10 (0,1) en OD y 1/8 (0,125) en OI, teniendo un campo visual reducido en un 15% en ambos ojos. Se afilió a la ONCE el 28 de enero de 1978. Por agravación de estas lesiones, desde mayo de 1993 presenta ceguera completa. La trabajadora solicitó incapacidad permanente el 22 de mayo de 2018, siéndole denegada por la entidad gestora y aceptada en vía judicial, en los términos *supra* indicados.

Ha quedado acreditado que la demandante vive a tres manzanas de su trabajo; va al trabajo andando; vive sola en casa y recibe bastante ayuda de su familia; tiene una persona que le cocina y le hace la compra; calienta la comida, come, se baña y se viste sola, pero precisa ayuda para combinar la ropa. Da paseos sola por los alrededores de su domicilio.

IV. Posición de las partes

1. El recurso de casación para la unificación de doctrina de la trabajadora

La trabajadora insiste en su consideración como gran inválida, y a tal efecto formaliza recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como contradictoria una sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, de 19 de septiembre de 2017 (rec. 1611/2017). Esta sentencia había desestimado el recurso del INSS, confirmando la gran invalidez reconocida en la instancia a la demandante. Esta, nacida en 1965, figuraba afiliada al Régimen General de la Seguridad Social por su profesión de vendedora de cupón desde 1987. El criterio de la sentencia de contraste es que en 1987 la visión de la actora no constituía una gran invalidez en ese momento pues con corrección sus valores eran equiparables a 0,1 pero no inferiores, estaba justo en el límite. Pero en 2008, cuando ya llevaba 21 años trabajando, se objetiva un empeoramiento y entonces puede considerarse ciega, lo que supone una agravación de las dolencias posterior a la afiliación y sin que el dato de la continuidad laboral sea decisivo en el proceso pues solo indica una voluntad de incardinarse en el mercado de trabajo. Se le reconoció por ello la gran invalidez.

La parte recurrente denuncia que la sentencia recurrida ha infringido lo dispuesto en los arts. 193 y 194 de la LGSS porque, constando en autos que la ceguera legal no es anterior a la afiliación al sistema sino posterior, ha de partirse del criterio objetivo de las dolencias visuales que padece para entender que existe la gran invalidez, tal y como ha venido resolviendo doctrina tradicional de la Sala Cuarta.

2. La impugnación del recurso

Por su parte, la Entidad Gestora, como parte recurrida, impugna el recurso aduciendo la inexistencia de contradicción. Se apoya en la conocida doctrina de la Sala Cuarta sobre la dificultad que existe en los procesos de valoración de la incapacidad para entender concurrente la identidad del art. 219 de la LRJS, por lo que, a su entender, el recurso no debe ser admitido, ante la evidencia de que las deficiencias visuales de los respectivos demandantes difieren, lo que justificaría las diferentes (que no contradictorias) respuestas de la sentencia recurrida y de contraste. Subsidiariamente, tampoco existiría una infracción normativa, según la parte recurrida, por las razones que expone en su recurso.

3. El informe del Ministerio Fiscal

Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debía ser desestimado por falta de contradicción y que, en otro caso, procedería su estimación. A tal efecto, entiende que en la sentencia recurrida se deja constancia de que la parte actora no precisa de la asistencia de tercera persona, lo que no viene explicitado la sentencia de contraste. De apreciarse la existencia de contradicción, manifiesta que desde los criterios objetivos que se han marcado por la Sala, tal y como refiere la sentencia de contraste, el recurso debería estimarse.

4. La existencia de contradicción

La Sala Cuarta del TS aprecia contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste. En ambos casos estamos ante una situación de ceguera, que las dos sentencias califican de ceguera legal (virtual ceguera), y ante esta misma situación, la sentencia recurrida deniega la gran invalidez mientras que la de contraste la reconoce. El hecho de que en la sentencia recurrida se haya atendido a la concreta situación que se ha declarado probada, en orden a constatar la situación de necesidad de ayuda de tercera persona que justifique la situación de gran invalidez, sin recurrir al criterio de las dolencias objetivadas, no impide apreciar que los pronunciamientos son contradictorios en el extremo que aquí se cuestiona; y tampoco afecta a la existencia de una agravación de las dolencias desde la afiliación y alta en el sistema de Seguridad Social.

V. Normativa aplicable al caso

Es fácil identificar el conjunto normativo de cuya interpretación y aplicación depende la solución al problema enjuiciado.

El régimen jurídico en el que se encuadra la situación de gran invalidez (GI) a considerar parte de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966 en la que ya se regulaba las situaciones de invalidez permanente, recogiendo en su art. 135.6 la situación de gran invalidez, que fue también reproducida en el art. 12.4 de la Orden de 15 de abril de 1969 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS), diciendo que “se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afectado de incapacidad permanente absoluta y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”.

En cuanto a su configuración, el art. 12 del RD 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del RGSS y condiciones para el derecho a las mismas, al

igual que el art. 18 de la Orden de 15 de abril de 1969, indicaban que el derecho económico del grado de GI consistía en una prestación equivalente a la establecida a la incapacidad permanente absoluta (IPA), “incrementándose la pensión en un 50 por ciento destinado a remunerar a la persona que atienda al inválido” que podía ser sustituido, a petición de beneficiario, por un alojamiento y cuidado del inválido, a cargo de una entidad gestora o mutua patronal. Este concepto de GI se ha venido manteniendo en posteriores normas (LGSS 1974 y LGSS 1994), si bien, a partir de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, dicho grado ya no se vincula a una IPA (se dice que “La gran invalidez no implica necesariamente la incapacidad permanente absoluta para toda clase de trabajo”).

La Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, modificó el art. 137 de la LGSS y, con ello, el sistema de grados de incapacidad permanente, conservando estos (incapacidad permanente parcial, total, absoluta y gran invalidez) pero con implantación de un modelo de lista de enfermedades con indicación del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, disponiendo que ese nuevo régimen quedaba pendiente de desarrollo reglamentario y que, entretanto, se seguiría aplicando la legislación anterior.

El vigente Texto Refundido de la LGSS 2015 describe los grados de incapacidad permanente en el art. 194, disponiendo en su apartado 3 que “La lista de enfermedades, la valoración de las mismas, a efectos de la reducción de la capacidad de trabajo, y la determinación de los distintos grados de incapacidad, así como el régimen de incompatibilidades de los mismos, serán objeto de desarrollo reglamentario por el Gobierno, previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social”. No habiéndose producido hasta el momento el referido desarrollo reglamentario, el sistema de grados de incapacidad permanente que se sigue aplicando es el previsto en la redacción interina del art. 194, contenida en la Disposición transitoria vigésima sexta de la LGSS 2015, que caracteriza la GI como “la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”.

Por tanto, el marco legal en el que se encuentra la incapacidad permanente, en el grado de GI, es el que regula la LGSS de 2015 en la que se identifica aquel grado con la necesidad de asistencia de otra persona para atender los actos más esenciales de la vida, cualquiera que sea la incapacidad permanente que le haya sido reconocida -parcial, total o absoluta-.

El régimen económico de la GI se recoge en el apartado 6 del art. 194 de la LGSS 2015, en el que se dispone lo siguiente: “Si el trabajador fuese calificado de gran inválido, tendrá derecho a una pensión vitalicia según lo establecido en los apartados anteriores, incrementándose su cuantía con un complemento, destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda. El importe de dicho complemento será equivalente al resultado de sumar el 45 por ciento de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30 por ciento de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de incapacidad permanente. En ningún caso el complemento señalado podrá tener un importe inferior al 45 por ciento de la pensión percibida, sin el complemento, por el trabajador”.

Por último, y por su carácter orientador en la materia, la Sala Cuarta invoca otras dos disposiciones reglamentarias bastante añejas:

- El Decreto de 22 de junio de 1956, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Legislación de Accidentes del Trabajo y el Reglamento para su aplicación, que describía las incapacidades que podían generar indemnización por accidente de trabajo, contemplando un suplemento para la correspondiente a la IPA si por dicha situación se necesita la asistencia de otra persona. Así, en el capítulo IV, el art. 41. C) calificaba de IPA con “la pérdida de visión de ambos ojos, entendida como anulación del órgano o pérdida total de la fuerza visual”, y el art. 42 disponía que “el operario

afecto de incapacidad permanente absoluta se calificara como "Gran Inválido", cuando, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, para realizar los actos más esenciales de la vida (comer, vestirse, desplazarse o análogos), necesite la asistencia de otra persona".

- El Decreto 1328/1963, de 5 de junio, sobre calificación de "Gran Invalidez" de los trabajadores que pierdan la visión en ambos ojos en accidente de trabajo. Este reglamento introdujo una modificación en el Reglamento de Accidente de Trabajo por la que, partiendo de que la consideración de los invidentes como grandes inválidos era dudosa, consideró que debía precisarse de forma afirmativa tal situación de GI en tanto que "a partir de que es calificada su incapacidad necesita de la ayuda de otra persona para los actos más esenciales de la vida, aconsejando por otro lado la severidad extrema de la lesión un trato a favor que es el que el aumento de la renta viene a conseguir" y añade: "Todo ello sin perjuicio de que en los casos en que se consiga la readaptación y autosuficiencia del invidente sea revisable la calificación de "Gran Invalidez" otorgada en principio".

VI. Doctrina básica

El TS rectifica y pasa a declarar que la GI por ceguera exige que la persona afectada necesite la asistencia de una tercera persona. O, dicho de otro modo, contar con una agudeza visual inferior a 0,1 en ambos ojos, ya no es una situación que implique por sí misma una GI. Se abandona el criterio objetivo mantenido con anterioridad – padece ceguera quien tiene una agudeza visual inferior a 0,1, considerándose, a partir de ello, que el afectado requiere la colaboración de un tercero para la realización de las actividades esenciales de la vida-, para decantarse por un sistema que, en orden a la determinación de la GI, exige valorar e individualizar cada caso. Basándose en el conocido axioma de que no hay enfermedades sino enfermos, el Alto Tribunal considera que, aunque dos personas tengan la misma dolencia (ceguera), ello no implica que ambas se desenvuelvan de igual forma en su ámbito personal.

En relación con ello, el Alto Tribunal ha aclarado que el sistema de incapacidades laborales previsto en la LGSS, que atiende al establecimiento de un listado de enfermedades y a la determinación porcentual de su impacto sobre la capacidad laboral, todavía no ha sido objeto de desarrollo reglamentario, de modo que no procede objetivar una concreta dolencia (la ceguera) como grado de incapacidad permanente, apartándose del criterio que rige para el resto de dolencias o padecimientos. La tesis de la objetivación que se ha venido aplicando a la ceguera no es la correcta en el actual marco legal referido a la GI, sino que debe tenerse en cuenta el distinto alcance que el padecimiento tiene sobre el sujeto particular que lo sufre por factores como la edad, el momento en que la dolencia se presenta o su situación anterior y posterior. Esta es la forma de proceder no solo con la ceguera sino con todas las dolencias incapacitantes.

En consecuencia, a partir de este cambio de doctrina, ser una persona ciega total o equiparada a ella ya no equivale a ser una persona gran inválida a efectos prestacionales de la Seguridad Social. El reconocimiento de la gran invalidez a las personas invidentes ya no será automático, sino que, al igual que sucede con otras dolencias y limitaciones funcionales, habrá que valorar la situación real del sujeto y sus habilidades para desenvolverse con autonomía en la vida diaria. Así lo exige el principio de igualdad en la aplicación de la ley, sin que exista justificación alguna para que a la ceguera se le procure un tratamiento diferenciado *ad hoc*.

VII. Parte dispositiva

La STS 199/2023 incluye el siguiente fallo:

"1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Borja David Vila Tesorero, en nombre y representación de D^a Graciela.

2.- Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia recurrida dictada el 9 de septiembre de 2019, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 366/2019.

3.- Sin imposición de costas.”

VIII. Pasajes decisivos

La rectificación operada por el Alto Tribunal en su tradicional doctrina sobre la ceguera, total o asimilada, como un padecimiento constitutivo de GI que exige *per se* la colaboración de otra persona para la realización de los actos más esenciales de la vida, se construye sobre una secuencia de argumentos alojados en el FJ 2 de la sentencia, pudiendo destacarse como más relevantes los siguientes pasajes:

- “La objetivación de la dolencia como impeditiva de atender los actos esenciales de la vida, fue adoptada partiendo de un criterio legal que entendemos que no pretendía dar carácter absoluto a la ceguera como situación legal de gran invalidez”.

- “La presencia de una enfermedad, ya sea la ceguera total u otra situación en las que confluyan dolencias relevantes sobre el sujeto -físicas o psíquicas- ya sea acreedoras de una incapacidad permanente en cualquiera de los otros grados, debe ir acompañada de una acreditación de que la persona no está en condiciones de atender los actos más esenciales de la vida. Se debe atender a las circunstancias específicas que pongan de manifiesto que, para atender las diferentes facetas que comprende los actos más esenciales de la vida, se precisa la asistencia de una persona, ya que, aunque estemos ante una misma dolencia, ello no implica que los sujetos que la presentan se desenvuelvan de igual forma en ese ámbito personal.”

- “ La sola presencia de una determinada dolencia no permite, por sí misma, reconocer que la persona que la presenta no pueda atender los actos más esenciales de la vida ya que, en las incapacidades laborales de la LGSS no está todavía reglamentado el régimen de la incapacidad permanente bajo ese sistema de listado de enfermedades, al que se refiere aquella norma, por lo que siendo evidente que un cuadro de padecimientos puede tener distinto alcance en los sujetos a los que afecta, atendidas a determinadas circunstancias que le puedan rodear, como es la edad, el momento en el que la dolencia se presenta, situación anterior y posterior, etc. no es aceptable que, para la GI, la enfermedad, como la que aquí se presenta, sea objetivada sin atender a la situación real del sujeto.”

- “ Excluir el criterio de objetividad en la valoración del grado de incapacidad, en este caso para la gran invalidez, no elimina la doctrina de la Sala sobre el alcance de lo que se entiende por actos más esenciales de la vida que precisen y necesiten la asistencia de otra persona, sino que se retorna al criterio general para todas las situaciones de incapacidad permanente -en cualquiera de sus otros grados- sea cual sea el padecimiento que se presente, sin discriminar unas de otras por su naturaleza.”

- “No se incurre en desprotección ni desatención a los discapacitados ciegos totales por el solo hecho de que la gran invalidez que se pretenda se analice desde el propio concepto jurídico que la define y que no atiende a criterios objetivos, ya que no se les priva del derecho sino que éste no sea automático sino sea calificado, al igual que otras personas discapacitadas que puedan presentar otro determinado cuadro de dolencias y limitaciones funcionales, ya físicas, sensoriales o psíquicas, se les exige que ponga de manifiesto que precisan de la asistencia de una persona para atender las más esenciales actividades de la vida, y que va a ser remunerada con ese incremento de la pensión de incapacidad permanente que conlleva el reconocimiento de la gran invalidez.”

IX. Comentario

A diferencia de lo que sucede, como regla general, en relación con las pensiones de incapacidad permanente causada por otras dolencias, para las que se ha declarado que “estamos ante situaciones individuales, que no permiten generalizaciones y

extensiones” porque su valoración y la declaración de necesidad de ayuda de terceras personas depende de cada caso^[1], el Tribunal Supremo ha seguido durante muchos años una tesis objetiva respecto de las prestaciones de gran invalidez por discapacidad visual, que se integra de tres criterios interpretativos básicos: 1) padece ceguera “legal” quien presenta una agudeza visual con corrección por debajo de una décima en ambos ojos^[2]; 2) tal discapacidad visual debe presentarse, sea originariamente o como resultado de una agravación, después de la afiliación en el sistema de Seguridad Social; y 3) se presume que la persona ciega requiere la colaboración de una tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida.

Por otra parte, la Sala Cuarta del TS ha precisado que no excluye la calificación de GI que la persona invidente haya adquirido habilidades adaptativas y pueda realizar funciones esenciales de la vida, sin ayuda de terceros o sin necesidad de ayuda permanente^[3], o incluso que pueda haber llegado a ejecutar trabajos compatibles y no perjudiciales con su situación, considerado el Alto Tribunal que ello puede evitar un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en esta situación^[4]. Conforme a esta doctrina, en el reconocimiento de la gran invalidez por ceguera ha de atenderse prioritariamente a los parámetros objetivos de disfunción y no a los subjetivos que se deducen de las habilidades o aptitudes para el desenvolvimiento en el ámbito personal del interesado.

Sin embargo, el TS considera que esta doctrina debe rectificarse porque constreñir el reconocimiento de la pensión de gran invalidez a una concreta cifra de pérdida de agudeza visual o de disminución del campo visual “constituye una simplificación que puede conducir a resultados erróneos”, lo que exige valorar una pluralidad de circunstancias intelectuales y volitivas del solicitante de la pensión, la edad en la que se sufre la pérdida de la agudeza visual, la capacidad de adaptación a las limitaciones, así como las restantes dolencias que se puedan padecer.

Como ha precisado otra sentencia de 16 de marzo de 2023 (rcud 1766/2020), la gran invalidez, además de la incapacidad para el trabajo, “exige valorar la aptitud de cada persona, a fin de determinar si efectivamente necesita la asistencia de otro para los actos más esenciales de la vida”. Con la finalidad de precisar la aptitud vital de cada individuo, “la disminución de la agudeza visual no puede examinarse aisladamente, soslayando las restantes circunstancias personales del solicitante de la pensión”, pues “con la misma disminución de la agudeza visual, hay personas que sufren unas limitaciones vitales mayores que otras”.

La conclusión es que los discapacitados visuales que adquieren las habilidades adaptativas necesarias para realizar los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros no tienen derecho a percibir la pensión de gran invalidez.

En cuanto al efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de las personas invidentes que ello podría tener, la Sala se defiende diciendo que la legislación estatal en materia de derechos de las personas con discapacidad define la inclusión social dotándola de un contenido en el que nada tiene que ver el que se califique a un discapacitado como persona que necesita la asistencia de una persona para las actividades más esenciales de su vida. No se incurre en desprotección ni desatención a los discapacitados ciegos totales por el solo hecho de que la GI que se pretenda se analice desde el propio concepto jurídico que la define y que no atiende a criterios objetivos, ya que no se les priva del derecho sino que este no sea automático sino sea calificado, al igual que otras personas discapacitadas que puedan presentar otro determinado cuadro de dolencias y limitaciones funcionales, ya físicas, sensoriales o psíquicas, se les exige que ponga de manifiesto que precisan de la asistencia de una persona para atender las más esenciales actividades de la vida, y que va a ser remunerada con ese incremento de la pensión de incapacidad permanente que conlleva el reconocimiento de la GI. Este argumento es concluyente, porque, ciertamente, el complemento de la pensión de GI está “destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda” (art. 196.4 LGSS), de modo que, si el beneficiario de la pensión no necesita la ayuda de terceros para realizar los

actos esenciales de la vida, “no tiene derecho a percibir un complemento cuya finalidad es remunerar a esa tercera persona”.

X. Apunte final

En resumen, la agudeza visual inferior a 0,1 en ambos ojos (ceguera legal) no es causa automática de gran invalidez cuando, por sus concretas circunstancias personales, la persona afectada no necesita en realidad de la ayuda de terceras personas para realizar los actos más esenciales de la vida.

Tiene razón el TS cuando afirma que, en el vigente marco regulatorio de la incapacidad permanente, no hay razones que justifiquen que el reconocimiento de la pensión de GI por deficiencia visual deba merecer un tratamiento jurídico distinto al del resto de pensiones de incapacidad permanente. Debe aplicarse, por tanto, la tesis subjetiva a todas las pensiones de incapacidad permanente: el reconocimiento de la pensión dependerá de las circunstancias de cada caso concreto, debiendo valorar individualizadamente las concretas patologías y limitaciones anatómicas o funcionales de cada uno los solicitantes.

Desde luego, lo anterior invita a una reflexión pausada sobre los criterios que deben ser tenidos en cuenta para determinar el reconocimiento del grado de incapacidad permanente en nuestro sistema de Seguridad Social. En este sentido, la tesis de la objetivación podría echar raíces en el sistema de valoración de incapacidades laborales que el legislador ha previsto en el art. 194 LGSS 2015, en referencia a un modo integrado por una lista de enfermedades y la medición de su impacto sobre la capacidad laboral, pendiente aún de desarrollo reglamentario. En este sentido, sería perfectamente razonable la predeterminación del grado de incapacidad permanente y, en su caso, concluir la necesidad del auxilio de un tercero para realizar los actos elementales de la vida ante la constatación de determinadas patologías (ceguera, tetraplejias, etc.) que limitan severamente la movilidad y la interacción con el entorno, sin penalizar con la pérdida del complemento económico a quien, padeciendo estas dolencias, se esfuerzan para conseguir, afrontando enormes dificultades, cierto nivel de autonomía en algunas facetas de su vida personal y laboral.

En cuanto a las pensiones por GI reconocidas a personas ciegas en aplicación de la tesis objetiva ahora superada, no cabe descartar que en una posterior revisión del EVI la entidad gestora rebaje la calificación de la GI si constata que el beneficiario realmente no precisa el auxilio continuado de una tercera persona para desenvolverse en su vida diaria.

Referencias:

1. [^] STS de 5 mayo 1999, rcud 3709/1998.
2. [^] Todos los países cuantifican cuál es la disminución de la agudeza visual que justifica la declaración de la ceguera legal, en términos que no coinciden entre unos Estados y otros. Normalmente se exige una disminución de la agudeza visual bilateral que oscila entre 0,03 y 1.
3. [^] SSTs de 3 marzo 2014, rcud 1246/2013; 10 febrero 2015, rcud 1764/2014; 20 abril 2016, rcud 2877/2014; 22 mayo 2020, rcud 192/2018; 28 septiembre 2022, rcud 3208/2019 y 25 octubre 2022, rcud 1260/2019, entre otras muchas.
4. [^] SSTs de 3 marzo 2014, rcud 1246/2013; 25 abril 2018, rcud 2322/2016; y 4 diciembre 2019, rcud 2737/2017, entre otras.

§ 37 Tiempo invertido en la ampliación de demanda frente a los administradores concursales y su impacto en el pago de salarios de tramitación por el Estado.

Juan Martínez Moya

Magistrado de la jurisdicción social. Vocal del Consejo General del Poder Judicial

Resumen: *El supuesto sobrevenido de ampliar la demanda contra los administradores concursales de las empresas codemandadas en situación de concurso, no está dentro de las excepciones legales que limitan el alcance temporal de la responsabilidad del pago de salarios de tramitación con cargo al Estado en caso de sentencia firme de despido improcedente. Los supuestos de periodos excluibles están tasados y sujetos a estricta interpretación. La ampliación de demanda no puede conectarse con una actitud dilatoria o negligente de los trabajadores reclamantes.*

Palabras clave: *Salarios de tramitación. Responsabilidad del Estado. Pago. Ampliación de la demanda.*

Abstract: *L'éventualité d'étendre la créance contre les administrateurs de la faillite des sociétés co-défendeurs en situation de faillite, n'entre pas dans les exceptions légales qui limitent le champ d'application temporel de la responsabilité du paiement des arriérés de salaire mis à la charge de l'Etat en cas de condamnation définitive jugement de licenciement abusif. Les hypothèses de périodes d'exclusion sont évaluées et soumises à une interprétation stricte. L'élargissement d'un recours ne peut être lié à une attitude dilatoire ou négligente des travailleurs requérants.*

Keywords: *Des arriérés de salaire. Responsabilité de l'Etat. Payer. L'élargissement d'un recours.*

I. Introducción

Las cuestiones jurídicas que plantea la reclamación de salarios al Estado en la jurisdicción social como peculiar mecanismo de responsabilidad patrimonial de la Administración estatal, siguen suscitando un interés no exento de complejidad en su tratamiento^[1]. Así lo constata la sentencia del TS (Social) 205/2023, 21 de marzo de 2023, a que a continuación pasamos a examinar, cuando afronta el tema de si es periodo excluible o descontable del cómputo del exceso de los noventa días hábiles, el tiempo de suspensión de las actuaciones invertido para ampliar la demanda contra los administradores concursales de las empresas demandadas.

La cuestión queda centrada y ceñida al ámbito de la interpretación y aplicación judicial de la normativa. Frente al principio general de general de responsabilidad del Estado si han transcurrido más de noventa días hábiles desde la presentación de la demanda hasta la sentencia que declara por primera vez la improcedencia del despido (art. 56.1 ET y 116 LRJS), se trata de determinar si tiene o no cabida el supuesto de la

ampliación de demanda frente a administradores concursales en las tasadas excepciones de "descuento" que prevé el artículo 119.1 de la LRJS la excepciones.

En la respuesta que da la jurisprudencia hay toda una declaración de principios sobre el robustecimiento de la tendencia hacia un criterio de responsabilidad objetiva de este singular mecanismo de responsabilidad patrimonial del Estado.

En el contexto y análisis económico de esta cuestión, el volumen de litigiosidad que soportan, en términos generales, los Juzgados de lo Social y la necesidad de implementar mejoras organizativas, procesales y digitales en el sistema judicial en clave de eficiencia y mejora en la rapidez de la respuesta.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 205/2023, 21 de marzo.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ núm. 731/2020

ECLI:ES:TS: 2023:972

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Antonio Blasco Pellicer.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Antecedentes.

Los presupuestos (procesales) de la reclamación de salarios de tramitación contra el Estado:

Como ocurre en todo proceso de reclamación al Estado por el pago de salarios de tramitación existen unos antecedentes procesales previos al litigio en el que se dilucida la reclamación.

a) Existe una sentencia firme dictada en procedimiento por despido que declara su improcedencia.

b) Incidencias procesales durante el proceso por despido:

-La demanda por despido se presentó ante el decanato de los juzgados de lo social de Barcelona el 21/6/2011, señalándose para la celebración de los actos de conciliación y juicio inicialmente el día 19/10/2011.

- Dos suspensiones consecutivas del acto de juicio para ampliar la demanda contra los administradores concursales. Concretamente dichos actos fueron suspendidos una primera vez a efectos de ampliar la demanda frente a los administradores concursales de la empresa C. SA. Ampliada la demanda en tales términos, se efectuó un nuevo señalamiento de los citados actos para el día 11/1/2012. Llegada esta última fecha, volvió a acordarse su suspensión por haber presentado la codemandada N. SL concurso de acreedores, por lo que debía ampliarse la demanda frente a la administración concursal de esta última mercantil. Finalmente, se celebró el acto de juicio el día 21/3/2012, dictándose sentencia por el Juzgado el 14/5/2012, aclarada por auto de 21/6/2012.

c) Transcurso de más de noventa días hábiles desde la fecha que se tuvo por presentada la demanda a la fecha en que se declara por primera vez la improcedencia.

d) Expediente administrativo de reclamación de salarios de tramitación:

Los trabajadores presentaron escrito en la Delegación del Gobierno, reclamando del Estado en concepto de salarios de tramitación, correspondientes a los días que exceden de los 90 días hábiles transcurridos desde la fecha en que fue presentada la demanda de despido, hasta la sentencia firme. Estas peticiones fueron estimadas en parte por resolución fecha 4-11-2015 de la Delegación del Gobierno, con relación a tres de los trabajadores, y desestimadas en su totalidad con respecto al restante trabajador.

2. *El proceso por reclamación al Estado de los salarios de tramitación*

- En instancia:

La sentencia del Juzgado de lo Social estimó parcialmente la demanda de los trabajadores condenado a la Administración del Estado al abono de las cantidades por el concepto de salarios de tramitación

b) En suplicación:

El Abogado del Estado recurre en nombre de la Administración del Estado y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, estimó el recurso de suplicación interpuesto y desestima la demanda, confirmado la resolución dictada por la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia el 10/10/2016. La sentencia fundamenta la estimación del recurso al considerar “que la obligación del Estado siempre queda vinculada a la existencia de dicho anormal funcionamiento, quedando exento cuando, como en el caso de autos, la mayor extensión temporal se ha debido, no a un anormal funcionamiento, sino al normal devenir del proceso debido a las dos ampliaciones de la demanda ocasionadas por haber sido declarados en concurso de acreedores dos de las empresas demandadas”^[2].

c) En casación unificadora de doctrina:

Los trabajadores recurren en casación unificadora denunciando infracción de lo dispuesto en los *artículos 119 y 83.1 LRJS* y de la jurisprudencia que cita. La Sala Social del TS estima el recurso al considerar que la necesidad de ampliar la demanda contra los administradores concursales ni está prevista expresamente como excepción en el art. 119 LRJS ni puede asimilarse al tiempo invertido en la subsanación de la demanda ya que la necesidad de su ampliación no puede conectarse en modo alguno con una actitud dilatoria o negligente de los trabajadores reclamantes, lo que evidencia un claro y palmario supuesto de anormal funcionamiento de la Administración de Justicia.

IV. Posición de las partes

(1) *Los trabajadores demandantes*: su posición ha oscilado durante el proceso.

- Como *parte demandante* ante el Juzgado de lo Social reclamaron los salarios de tramitación que excedían de los 90 días hábiles transcurridos desde la fecha en que fue presentada la demanda de despido, hasta la sentencia firme

- Como *parte recurrida impugnaron el recurso interpuesto por la Administración General del Estado*.

- Como *parte recurrente* en el recurso de casación para la unificación de doctrina, denunciaron infracción de lo dispuesto en los *artículos 119 y 83.1 LRJS* y de la jurisprudencia que los interpreta.

(2) *La Administración General del Estado demandada*: su posición procesal también ha variado en las diferentes fases del proceso.

- Como *parte demandada* ante el Juzgado de lo Social su actuación procesal se limitó a oponerse a la demanda y a interesar la ratificación de la resolución administrativa.

- Como *parte recurrente* en el recurso de suplicación solicitó que se declarase declare la inexistencia de responsabilidad del Estado por los salarios de tramitación por el periodo del exceso días de conformidad con el *artículo 57.1 del Estatuto de los Trabajadores*

- No se personó en el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por los trabajadores.

(3) El *Ministerio Fiscal* emitió informe en el sentido favorable a estimar el recurso de casación para unificación de doctrina.

V. Normativa aplicable al caso

Básicamente se concuerdan dos preceptos de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social:

* Artículo 83. Suspensión de los actos de conciliación y juicio.

1. Sólo a petición de ambas partes o por motivos justificados, acreditados ante el secretario judicial, podrá éste suspender, por una sola vez, los actos de conciliación y juicio, señalándose nuevamente dentro de los diez días siguientes a la fecha de la suspensión. Excepcionalmente y por circunstancias trascendentes adecuadamente probadas, podrá acordarse una segunda suspensión

* Capítulo III. De la reclamación al Estado del pago de salarios de tramitación en juicios por despido [...]. Artículo 119. Cómputo del tiempo.

1. A efectos del cómputo de tiempo que exceda de los sesenta días hábiles [noventa]^[3] a que se refiere el artículo 116, serán excluidos del mismo los períodos siguientes:

a) El tiempo invertido en la subsanación de la demanda, por no haber acreditado la celebración de la conciliación, de la mediación o de la reclamación administrativa previa, o por defectos, omisiones o imprecisiones en aquélla.

b) El período en que estuviesen suspendidos los autos, a petición de parte, por suspensión del acto del juicio en los términos previstos en el artículo 83.

c) El tiempo que dure la suspensión para acreditar la presentación de la querrela, en los casos en que cualquiera de las partes alegase la falsedad de un documento que pueda ser de notoria influencia en el pleito.

2. En los supuestos enunciados anteriormente el juez, apreciando las pruebas aportadas, decidirá si los salarios correspondientes al tiempo invertido han de correr a cargo del Estado o del empresario. Excepcionalmente, podrá privar al trabajador de su percepción, si apreciase que en su actuación procesal ha incurrido en manifiesto abuso de derecho.

VI. Doctrina básica

- La legislación vigente establece, en los artículos 56.5 ET y 116.1 LRJS, un principio general de responsabilidad del Estado si han transcurrido más de noventa días hábiles desde la presentación de la demanda hasta la sentencia que declara por primera vez la improcedencia del despido. Y solo contempla tres excepciones, que son las que prevé el artículo 119.1 LRJS y que hemos recogido en el párrafo anterior. El legislador podría haber establecido más excepciones al principio general, pero únicamente ha decidido prescribir las tres citadas.
- En el supuesto de insolvencia provisional de éste, será el trabajador quien podrá exigir directamente a la Administración los mencionados salarios que no le hubieran sido abonados, además del pago de las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a los salarios de tramitación [STS 758/2020, de 10 de septiembre de 2020].

- El supuesto sobrevenido de ampliar la demanda contra los administradores concursales de las codemandadas que se hallaban en situación de concurso, que no está expresamente previsto en el artículo 119.1 LRJS, sin que pueda aplicarse analógicamente al supuesto que la previsión del apartado a) del artículo 119.1 LRJS que excluye del cómputo "El tiempo invertido en la subsanación de la demanda, por no haber acreditado la celebración de la conciliación, de la mediación o de la reclamación administrativa previa, o por defectos, omisiones o imprecisiones en aquélla". La necesidad de ampliar la demanda contra los administradores concursales ni está prevista expresamente en la excepción transcrita ni puede asimilarse al tiempo invertido en la subsanación de la demanda ya que la necesidad de su ampliación no puede conectarse en modo alguno con una actitud dilatoria o negligente de los trabajadores reclamantes.

VII. Parte dispositiva

**Pronunciamiento principal:* La Sala IV del TS:

(1) Estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por tres trabajadores; casar y anula la *sentencia dictada el 23 de julio de 2019 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*.

(2) Resuelve el debate en suplicación desestimando dicho recurso y declara la firmeza de la *sentencia del Juzgado de lo Social núm. 18 de Barcelona, de fecha 31 de julio de 2017*, que estimó parcialmente la demanda interpuesta por cuatro trabajadores contra la Administración del Estado, las mercantiles N. S.L., C. S.L., C S.A., C., S.L., D. Isidro, y D.X, condenando a la Administración del Estado a pagar a los actores las cantidades siguientes: a Trabajador 1: 26.835,15 euros; a Trabajador 2: 50.750,97 euros; a Trabajador 3: 27.587,37 euros; y a Trabajador 4: 20.698,87 euros.

**Pronunciamiento accesorio:* no se efectúa pronunciamiento alguno sobre imposición de costas conforme al artículo 235 LRJS.

VIII. Pasajes decisivos

Fundamento de Derecho Tercero. - [...]

2.- Lo que en el presente procedimiento se discute es el alcance temporal de la responsabilidad pública; y, en concreto, si del período temporal cuyo abono corresponde al Estado hay que descontar el tiempo en que el procedimiento estuvo suspendido por la necesidad de ampliar la demanda contra los administradores concursales de alguna de las empresas codemandadas que fueron declaradas en concurso de acreedores.

El legislador ha previsto que en el desarrollo del proceso de despido pueden acontecer circunstancias no imputables a la Administración de Justicia que demoren el pronunciamiento judicial -la sentencia- más allá de noventa días hábiles desde la presentación de la demanda. A dicha realidad responde la previsión del *artículo 119.1 LRJS*, que faculta al juez para detraer del cómputo de los citados noventa días el tiempo en los que el proceso por despido haya estado paralizado a causa del actuar de las partes por alguna de las causas que se enumeran en dicha norma. En este contexto, las excepciones deben interpretarse en sus propios términos, sin que, como tales excepciones al principio general, admitan su extensión y aplicación analógica a supuestos distintos que la norma, pudiendo haberlo hecho, no ha querido incluir. [...]

Consecuentemente nos hallamos ante un supuesto, la necesidad sobrevenida de ampliar la demanda contra los administradores concursales de las codemandadas que se hallaban en situación de concurso, que no está expresamente previsto en el *artículo 119.1 LRJS*, sin que pueda aplicarse analógicamente al supuesto que contemplamos la previsión del *apartado a) del artículo 119.1 LRJS* que excluye del cómputo "El tiempo invertido en la subsanación de la demanda, por no haber

acreditado la celebración de la conciliación, de la mediación o de la reclamación administrativa previa, o por defectos, omisiones o imprecisiones en aquélla"; dado que la necesidad de ampliar la demanda contra los administradores concursales ni está prevista expresamente en la excepción transcrita ni puede asimilarse al tiempo invertido en la subsanación de la demanda ya que la necesidad de su ampliación no puede conectarse en modo alguno con una actitud dilatoria o negligente de los trabajadores reclamantes.

[...]

3.- Ocurre, a mayor abundamiento, que una vez acordada por el órgano judicial la suspensión para que se ampliase la demanda contra el administrador concursal de la demanda que había sido declarada en tal situación, no se pudo cumplir la obligación prevista en el *artículo 83.1 LRJS* según la que se señalará nuevamente en el plazo de diez días siguientes a la fecha de la suspensión. Y lo mismo ocurrió, en el momento de la segunda suspensión por la necesidad de ampliar la demanda, esta vez contra el administrador concursal de otra empresa codemandada que también había sido declarada en situación de concurso. Ello excluye la concurrencia de cualquier atisbo de responsabilidad de los trabajadores demandantes en el retraso del procedimiento, al contrario, evidencia un claro y palmario supuesto de anormal funcionamiento, del que debe responder el Estado por mandato del *artículo 56.5 ET*.

IX. Comentario

1. *Un breve apunte normativo y de contexto sobre el origen de este peculiar sistema de responsabilidad patrimonial*

Nos recuerda Lousada Arochena que “desde el inicio de la Transición (1976) y hasta el Estatuto de los Trabajadores (1980), se produjo un importante incremento en la duración media de los juicios laborales en la instancia, lo que llevó a los empresarios, con la finalidad de eludir el coste económico del alargamiento de los juicios de despido, a presionar al cuerpo legislativo para establecer una responsabilidad estatal por salarios de tramitación en despidos improcedentes que cubriese el incremento temporal acaecido durante ese periodo (1976-1980). Partiendo de que, en 1976, la duración media de un juicio en la instancia era de algo menos de 60 días, la Ley 8/1980, de 8 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, estableció la responsabilidad estatal por el periodo a mayores de esos 60 días”^[4]. Así quedó plasmado tanto en la vertiente sustantiva artículo 57.1 y apartado 2 del art. 56) como en la procesal (artículos 116 a 119 de la LRJS).

Más tarde, con ocasión de la promulgación del RD 418/2014, de 6 de junio, sobre el procedimiento a seguir en las reclamaciones al Estado por salarios de tramitación como consecuencias de despidos declarados improcedentes espolea a examinar, desde una perspectiva aplicada y sencilla, Sempere Navarro formula los principales interrogantes que normas y sentencias vienen respondiendo sobre el particular, no dejando de advertir que la Reforma de 2012 redujo drásticamente los supuestos en que procede el abono de esos salarios *indemnizatorios*, con la paralela minoración de los supuestos en que el Estado^[5]. Entre esos interrogantes se hallan quién abona los salarios en los periodos excluidos de cómputo; a qué despidos comenzó a aplicarse el nuevo tope de 90 días; en qué casos el Estado asume esa carga.

2. *La legislación vigente*

El sistema legal actual de la responsabilidad del pago de salarios de tramitación con cargo al Estado se asienta sobre el siguiente esquema:

(a) *Un principio general de responsabilidad del Estado*. - La legislación vigente establece, en los *artículos 56.5 ET* y *116.1 LRJS*, un principio general de responsabilidad del Estado del pago de salarios de tramitación – y cotizaciones- (requisito objetivo) si han transcurrido más de noventa días hábiles (requisito temporal) desde la presentación de la demanda hasta la sentencia firme que declara por primera vez la improcedencia del despido (requisito causal)^[6].

(b) *Unas excepciones tasadas de los periodos eventualmente excluibles.* El artículo 119.1 LRJS establece que, a efectos del cómputo de tiempo que exceda de los (en la actualidad) noventa días hábiles a que se refiere el artículo 116 LRJS, "serán excluidos" de dicho cómputo: a) "el tiempo invertido en la subsanación de la demanda, por no haber acreditado la celebración de la conciliación, de la mediación o de la reclamación administrativa previa, o por defectos, omisiones o imprecisiones en aquélla"; b) "el periodo en que estuviesen suspendidos los autos, a petición de parte, por suspensión del acto del juicio en los términos previstos en el artículo 83 LRJS"; y c) "el tiempo que dure la suspensión para acreditar la presentación de la querrela, en los casos en que cualquiera de las partes alegase la falsedad de un documento que pueda ser de notoria influencia en el pleito".

"[E]l legislador podría haber establecido más excepciones al principio general, pero únicamente ha decidido prescribir las tres citadas"^[7], como con rotundidad afirma la jurisprudencia, en sentencia dictada tres días después a la que aquí se analiza, al descartar como periodo de descuento el tiempo de suspensión derivado del planteamiento de una cuestión de constitucionalidad puesto que constituye una decisión del órgano judicial, de ahí que el Estado debe responder por la dilación o la demora en el supuesto de su planteamiento.

(c) *Un necesario control judicial: el reforzado canon de motivación.* El artículo 119.2 LRJS prevé las facultades de apreciación al respecto del órgano judicial cuando dispone que el juez "apreciando las pruebas aportadas, decidirá si los salarios correspondientes al tiempo invertido han de correr a cargo del Estado o del empresario", añadiendo que "[E]xcepcionalmente, podrá privar al trabajador de su percepción, si apreciase que en su actuación procesal ha incurrido en manifiesto abuso de derecho". Sin duda, la norma contiene un canon reforzado de motivación de la valoración de la prueba cuando reserva al juez cuándo dada la demora procesal tipificada (90 días hábiles) concurren incidencias que puedan determinar la existencia de periodos eventualmente excluibles que pudieran ser objeto de descuento.

3. El tipificado juicio de decisión de la imputación de responsabilidad del pago de salarios de tramitación con cargo al Estado: la conexión de los tres elementos

Ninguno de los tres elementos que conforman el esquema de este régimen de responsabilidad patrimonial del Estado puede analizarse de manera aislada. La conexión sistemática, concordada e interconectada de los tres elementos en el juicio de decisión es ineludible: 1º) Tanto del dato objetivo de la demora o de la dilación temporal tipificada; 2º) como de la subsunción de incidencias procesales concurrentes que pudieran alegarse en los periodos excepcionales de descuento –que orilla o margina la eventual responsabilidad patrimonial del Estado–; y 3º) no puede prescindir de la apreciación judicial de las pruebas aportadas, que determinará la decisión sobre si los salarios correspondientes al tiempo invertido han de correr a cargo del Estado o del empresario; e incluso "excepcionalmente, podrá privar al trabajador de su percepción, si apreciase que en su actuación procesal ha incurrido en manifiesto abuso de derecho".

4. El fundamento de esta variante de responsabilidad patrimonial del Estado como estándar clave de decisión

Con abstracción de los aludidos retoques normativos habidos en materia de devengo de salarios de tramitación hace más de una década, el TS(Social) en sentencia –ponencia Desdentado Bonete, Aurelio^[8]– abordando la cuestión sobre si junto al pago de salarios de tramitación había que incluir las cotizaciones también con cargo al Estado. En dicha sentó con claridad y magistralmente el estándar sobre el que deben asentarse los criterios de imputación. Ofrecía una guía segura para la toma de decisión de esta responsabilidad que determina reintegro por el Estado de los salarios de tramitación. Y lo hacía:

-Primero recordando la "aparente" divergencia de algunos precedentes en la doctrina jurisprudencial sobre el fundamento al señalar que "[P]ara unas sentencias el

reintegro responde a una responsabilidad objetiva del Estado por el funcionamiento anormal de la justicia (sentencias *20 de julio de 1995*, *30 de septiembre de 1998* y *29 de marzo de 1999*). Pero para otra corriente doctrinal "la transferencia al Estado de la indemnización de los salarios de tramitación no está inspirada en el principio de responsabilidad estatal por los daños causados por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sino que es solamente un supuesto de imputación de responsabilidad a los poderes públicos con propósito de aliviar a las empresas de determinados costes derivados del mero transcurso del tiempo en la resolución de los procesos de despido", pues en el simple exceso temporal sobre los sesenta días "no existe necesariamente funcionamiento anormal de la Administración de Justicia" (*sentencia de 23 de julio de 1996*).

-Y después para armonizar y hacer converger ambos posicionamientos "[P]ues bien, cualquiera que sea la función del reintegro, es claro que éste tiene que mantenerse siempre que el empresario haya asumido un coste derivado del *art. 56.1.b) del ET* , sea conjuntamente por salarios de tramitación en sentido estricto y por las cuotas de Seguridad Social, como expresamente establece el *art. 57.2 del ET* , o de forma aislada por cuotas correspondientes al periodo previsto de salarios, aunque estos no se hagan efectivos. Si se trata de una responsabilidad de la que deriva la obligación de resarcir un daño producido por la demora en la calificación, es claro que el daño a reparar subsiste, aunque, por la concurrencia de una prestación social, se reduzca al importe de las cuotas. Si, por el contrario, estamos, como dice la *sentencia de 23 de julio de 1996*, ante una reducción para las empresas de los costes procesales del despido, no hay razón para limitar esos costes a los salarios de tramitación cuando el coste tiene un doble componente que determina un doble reintegro en el *art. 57.2 del ET*."

5. No es periodo excluible sobre el exceso de 90 días hábiles la ampliación de demanda frente a administradores concursales de empresas demandadas

La necesidad sobrevenida de ampliar la demanda contra los administradores concursales de las codemandadas que se hallaban en situación de concurso, que no está expresamente previsto en el *artículo 119.1 LRJS* , sin que pueda aplicarse analógicamente al supuesto que contemplamos la previsión del *apartado a) del artículo 119.1 LRJS* que excluye del cómputo "El tiempo invertido en la subsanación de la demanda, por no haber acreditado la celebración de la conciliación, de la mediación o de la reclamación administrativa previa, o por defectos, omisiones o imprecisiones en aquélla"; dado que la necesidad de ampliar la demanda contra los administradores concursales ni está prevista expresamente en la excepción transcrita ni puede asimilarse al tiempo invertido en la subsanación de la demanda ya que la necesidad de su ampliación no puede conectarse en modo alguno con una actitud dilatoria o negligente de los trabajadores reclamantes.

En este contexto, las excepciones deben interpretarse en sus propios términos, sin que, como tales excepciones al principio general, admitan su extensión y aplicación analógica a supuestos distintos que la norma, pudiendo haberlo hecho, no ha querido incluir. Como dijera las *SSTS 11 de mayo de 2005 (rcud 4590/2003)* y *18 de noviembre de 2005 (rcud 4760/2004)* , "sistemáticamente el mandato del *artículo 119 (entonces LPL)* contiene una excepción al principio general de abono de los salarios de tramitación por el Estado cuando la sentencia se dicte después de los 60 (entonces, actualmente 90) días hábiles, que se establece en el *artículo 57 (entonces, actualmente, 56.5) ET* y, como tal excepción ha de ser objeto de una interpretación estricta".

El canon reforzado de motivación derivado del control judicial (art. 119.3 LRJS) se vislumbra en el fundamento jurídico final cuando en su cierre argumental agrega: "Ocurre, a mayor abundamiento, que una vez acordada por el órgano judicial la suspensión para que se ampliase la demanda contra el administrador concursal de la demanda que había sido declarada en tal situación, no se pudo cumplir la obligación prevista en el *artículo 83.1 LRJS* según la que se señalará nuevamente en el plazo de diez días siguientes a la fecha de la suspensión. Y lo mismo ocurrió, en el momento

de la segunda suspensión por la necesidad de ampliar la demanda, esta vez contra el administrador concursal de otra empresa codemandada que también había sido declarada en situación de concurso. Ello excluye la concurrencia de cualquier atisbo de responsabilidad de los trabajadores demandantes en el retraso del procedimiento, al contrario, evidencia un claro y palmario supuesto de anormal funcionamiento, del que debe responder el Estado por mandato del artículo 56.5 ET “.

6. La correcta constitución subjetiva del litigio a través de la ampliación de la demanda a los administradores concursales forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva

La sentencia casada, la de suplicación, daba la razón a la Administración demandada señalando que “la mayor extensión temporal se ha debido, no a un anormal funcionamiento, sino al normal devenir del proceso debido a las dos ampliaciones de la demanda ocasionadas por haber sido declarados en concurso de acreedores dos de las empresas demandadas”. Sin embargo, la sentencia del TS (Social) inscribe su argumentación en una línea de principio de que el trabajador no tiene por qué soportar incidencias procesales y sustantivas (las declaraciones sobrevenidas de concurso de las empresas demandadas) que alarguen los tiempos del proceso.

Es evidente que el cauce procesal de la ampliación de demanda se canaliza a través de un mecanismo de subsanación. Ahora bien, ello no debe inducir a confusión. No es un mecanismo de subsanación cualquiera. La correcta constitución subjetiva de la litis –incluido los supuestos de litisconsorcios- participan de una naturaleza de orden público procesal apreciable de oficio. Ahí está la raíz, el fundamento, del por qué la ampliación de la demanda, en el caso, integra un presupuesto procesal a cuyo ineludible cumplimiento los tribunales están llamados a garantizar para la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

X. Apunte final

Para cerrar este comentario dos valoraciones jurídicas desde perspectivas o planos diferentes:

(a)*Valorativa y desde un plano estrictamente procesal*: la demora procesal en la calificación del despido por causas ajenas a la voluntad de las partes produce *un daño y éste hay que repararlo*. Por esa razón, la jurisprudencia social al interpretar estrictamente – y casi ateniéndose a su literalidad- las excepciones legales que determinan periodos excluibles de cómputo de exceso de tiempo que determina la responsabilidad del pago por el Estado de salarios de tramitación, refuerza la tendencia objetiva del criterio de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado en estos casos. Ya sea porque se demore la calificación del despido (improcedente) o bien porque la ley pretende reducir costes del despido, es claro que, se considere una cosa o la otra, el daño a reparar subsiste y no tiene por qué soportarlo ni la empresa ni tampoco el trabajador. El propio TS (Social) en sentencia de 24-3-2023^[9], dictada de tres días después de la sentencia que, comentada, reafirma esta tendencia al descartar como periodo de descuento el tiempo de suspensión derivado del planteamiento de una cuestión de constitucionalidad.

(b)*Crítica desde un análisis económico del Derecho*. Conforme a las estadísticas que ofrece el Consejo General del Poder Judicial^[10] tomando datos suministrados de las Delegaciones de Gobierno, remitidas al Ministerio de Justicia para la gestión del pago de las cantidades estadísticas, durante el año 2022 se han tramitado 545 expedientes de pago de salarios de tramitación con cargo al Estado por importe de 6.462.913 euros. En el año 2021, se tramitaron 405 expedientes por importe de 4.803.959; en 2020, el importe ascendió a 5.111.017 y en 2019, fueron 1.218 los expedientes y 17.375.152 de euros. Y suma y sigue.

El pago de salarios de tramitación por el Estado, visto en su conjunto y no aisladamente, se erige en un claro indicador de alerta dirigido a la Administración de Justicia de la necesidad de acometer acciones dirigidas a redimensionar la planta

judicial en el orden jurisdiccional social. En situaciones de crisis económica es un hecho incontestable que con la insuficiente planta judicial en España (393 juzgados de lo social a fecha enero 2023 – 328 juzgados con ejecuciones, 61 sin competencia en ejecución y 4 exclusivos de ejecuciones – 3 en Barcelona y 1 en Valencia) resulta difícil afrontar, sin dilaciones, la respuesta al incremento de los juicios de despido, además de otras reclamaciones sociales. Invertir en justicia no es gastar. Sentencias del Tribunal Constitucional recientes constatan las necesidades estructurales de planta judicial tratándose juzgados de lo Social por demora en la agenda de señalamientos (STC 125/2022, 10 de octubre^[11] y 31/2023 de 17 de abril^[12]). El CGPJ advirtió por acuerdo de la Comisión Permanente de fecha 3 de diciembre de 2022 la necesidad de crear de manera “necesaria e imprescindible” 32 nuevos Juzgados de lo Social (12 en Andalucía, 1 en Cataluña, 15 en Madrid, 4 en la Comunidad Valenciana).

Más que nunca, resulta necesario proyectar luces largas en esta tarea: la creación de órganos judiciales de lo social es rentable no solo socialmente, sino también económicamente para el Estado.

Referencias:

1. ^ Sempere Navarro, A.V.: “Preguntas y respuestas sobre los salarios de trámite a cargo del estado”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2014.
2. ^ *Sentencia TSJ (Social) Cataluña 23-7-2019 ECLI:ES: TSJCAT: 2019:5841*
3. ^ *Téngase en cuenta que con la reforma que introduce la disposición final 14.2 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, Ref. BOE-A-2012-9364, el artículo 116 se refiere a noventa días hábiles.*
4. ^ Lousada Arochena, J.F.: “La reclamación al Estado del pago de los salarios de tramitación en juicios por despido”, *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 16, 2012, pág.436.
5. ^ Sempere Navarro, A.V.: “Preguntas y respuestas sobre los salarios de trámite a cargo del estado”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2014.
6. ^ Talens Visconti, E.E.: “La reclamación de salarios de tramitación al Estado por la dilación del proceso judicial”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 430, 2019, págs. 53-74.
7. ^ *STS (Social) de 24-3-2023, 1362/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1362.*
8. ^ *STS, Social 19 de enero de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:819) Se declara por la Sala que dentro del concepto de salarios de tramitación a cargo del Estado deben comprenderse también las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a los periodos de incapacidad temporal del trabajador despedido cuya obligación legal de abono incumbiera a la empleadora durante la tramitación demorada del proceso de despido de conformidad con lo dispuesto en el art. 106.4 LGSS. Y ello, porque el art. 57 ET materializa la responsabilidad estatal por un funcionamiento de la administración de justicia que se estima anormal.*
9. ^ *STS (Social) de 24-3-2023, 1362/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1362*
10. ^ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadísticas-Judiciales> / Aspectos económicos de la justicia. Tal y como informa la Sección de Estadística del CGPJ, esta operación tiene como objetivo ofrecer el movimiento de expedientes de salarios de tramitación resueltos favorablemente por las áreas de trabajo de las Delegaciones de Gobierno y remitidas al Ministerio de Justicia para la gestión del pago de las

cantidades (número de expedientes recibidos y cantidades propuestas como indemnización)

11. ^ ECLI:ES:TC: 2022:125
12. ^ ECLI:ES:TC: 2023:31

§ 38 Derecho a la jubilación parcial y alcance de la obligación empresarial de acceder a ella a la vista de la regulación legal y del convenio colectivo aplicable.

Belén García Romero

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

Resumen: *Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad. Jubilación parcial. Cuando el convenio colectivo aplicable reconoce el "derecho a acceder a la jubilación parcial, al cumplir la edad y requisitos exigidos por la legislación vigente", sin mayores precisiones (como la imposición del deber empresarial de aceptar la solicitud o de celebrar el preceptivo contrato de relevo) no puede entenderse que estamos ante un verdadero y perfecto derecho que sea exigible, siendo necesario el acuerdo entre las partes de contrato de trabajo.*

Palabras clave: *Jubilación parcial. Convenio colectivo.*

Abstract: *State collective agreement for security companies. Partial retirement. When the applicable collective agreement recognises the "right to access partial retirement, on reaching the age and requirements demanded by the legislation in force", without further details (such as the imposition of the employer's duty to accept the application or to enter into the mandatory relief contract), it cannot be understood that we are dealing with a true and perfect right that is enforceable, requiring the agreement between the parties to the employment contract.*

Keywords: *Partial retirement. Collective agreement.*

I. Introducción

La jubilación parcial puede producirse a partir de la edad legal de jubilación ordinaria o antes de esta y, en ambos casos, es necesario cumplir determinadas condiciones tanto en el plano laboral como en el de la Seguridad Social.

Estos requisitos legales se recogen, respectivamente, en el artículo 12.6 y 7 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y en el artículo 215 de la Ley General del Seguridad Social (LGSS). y son bastante más exigentes cuando se pretende acceder a esta modalidad de jubilación de manera anticipada.

En efecto, aunque en ambos casos el trabajador debe pactar con su empresa una reducción de jornada y de salario entre un mínimo del 25% y un máximo del 50% (art. 215 LGSS), el resto de condiciones difieren según la edad a la que se interese el paso a dicha situación. Así:

- Si el trabajador ha cumplido la edad ordinaria de jubilación, puede acceder tanto si tienen un contrato a tiempo completo como a tiempo parcial. En este caso, no será preciso que la empresa concierte un contrato de relevo y bastará con acreditar el

periodo mínimo exigido para la jubilación ordinaria (15 años cotizados, dos en los últimos quince años anteriores al mes previo al del hecho causante).

- En cambio, por debajo de la edad legal, la jubilación parcial es posible siempre que el trabajador tenga un contrato a jornada completa y la empresa concierte simultáneamente un contrato de relevo con un trabajador desempleado o temporal de la misma empresa que cubra, al menos, la jornada que deja vacante el jubilado parcial. Por lo demás, hay que tener en cuenta otras especialidades: a) el requisito de edad mínima se exigirá gradualmente, en función del tiempo de cotización acreditado (disp. trans. 10ª LGSS); b) la reducción de jornada y de salario puede llegar hasta el 75% si el contrato de relevo se celebra por tiempo indefinido y a jornada completa y se cumplen el resto de requisitos establecidos en el art. 215.2 LGSS; c) el jubilado parcial tiene que acreditar, al menos, 33 años cotizados antes de la fecha del hecho causante (25 años en el caso de personas con discapacidad en grado igual o superior al 33%), sin inclusión de la parte proporcional de pagas extras, y 6 años de antigüedad en la empresa (a tal efecto, se computará la antigüedad acreditada en la empresa anterior si ha mediado una sucesión de empresa en los términos previstos en el artículo 44 del ET, o en empresas pertenecientes al mismo grupo); d) debe existir una correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial de al menos el 65%.

En cuanto a cuantía de la pensión, esta se calcula aplicando el porcentaje de reducción de la jornada a la pensión que correspondería de acuerdo con los años de cotización que acredite el trabajador en el momento del hecho causante, sin que sean aplicables coeficientes reductores por adelanto de edad. Y, en el momento en que el trabajador se jubile totalmente, se recalculará la pensión como si hubiera trabajado y cotizado a tiempo completo, siempre que la jubilación parcial se hubiera simultaneado con un contrato de relevo.

En definitiva, en el ámbito de la relación laboral, la jubilación parcial anticipada requiere que se celebren simultáneamente dos contratos de trabajo distintos: un contrato a tiempo parcial con el trabajador parcialmente retirado, mediante la novación de su anterior contrato a tiempo completo y un nuevo contrato con el trabajador relevista.

El convenio colectivo aplicable puede precisar de forma inequívoca el alcance de la obligación empresarial ante una propuesta de jubilación formulada por el trabajador o bien regular este derecho de forma imprecisa, mediante una genérica remisión a la normativa legal, siendo las consecuencias jurídicas muy diferentes.

Precisamente, en la sentencia objeto de comentario se analiza si existe un derecho subjetivo perfecto del trabajador a la jubilación parcial que pueda imponerse a la empresa cuando el convenio colectivo reconoce este derecho, pero no lo hace de manera inequívoca, sino por remisión a la normativa legal.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 236/2023, de 29 de marzo.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ núm. 2322/2020.

ECLI: ES:TS:2023:1363

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Vicente Sempere Navarro.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión debatida es si el trabajador tiene derecho a la jubilación parcial cuando cumple con los requisitos legalmente establecidos, sin necesidad de la anuencia empresarial, así como el papel que puede jugar al respecto el convenio colectivo aplicable.

1. Hechos

Un trabajador que es Vigilante de Seguridad en la misma empresa desde julio de 1996, manifiesta en 2019 su voluntad de acceder a la jubilación parcial a partir de agosto de ese mismo año.

El actor cumple con los requisitos para jubilarse parcialmente, pero la empresa no accede a dicha petición.

El convenio colectivo aplicable contempla el derecho a la jubilación parcial, remitiendo al acuerdo entre empresa y trabajador la fijación del porcentaje de la jornada a realizar y la posibilidad de hacerlo de manera acumulada.

2. Sentencias recaídas en el proceso

- El Juzgado de lo Social nº 4 de Santander dictó sentencia 110/2020, de 11 de marzo en la que estima la demanda y “condena a la demandada a permitir el acceso a la jubilación parcial del trabajador mediante formalización de un contrato de relevo”. Considera que, si bien de la LGSS no deriva el deber empresarial de posibilitar la jubilación parcial, dicha obligación sí puede derivar del convenio colectivo, invocando a tal efecto la STS de 22 de junio de 2010 (rcud. 3046/2009).

- La resolución recurrida es la sentencia 456/2020, de 24 de junio de la Sala de lo Social del TSJ de Cantabria que desestima el recurso de suplicación (rec. 294/2020) interpuesto por la empresa. En ella, tras analizar el convenio colectivo aplicable, concluye que las empresas deben facilitar la jubilación parcial siempre que se cumpla la siguiente doble condición. De un lado, que el trabajador reúna “la edad y los requisitos exigidos por la legislación vigente”. De otro, que se pacte “el porcentaje de la jornada anual”, no exigiendo un acuerdo previo entre las partes, y si el INSS denegase posteriormente la jubilación parcial, habría que cuestionarse sus consecuencias.

En suma, considera que el convenio colectivo ha establecido una obligación empresarial, sin condicionarla al acuerdo con el trabajador que solicita la jubilación parcial, por lo que se mejora lo previsto en la regulación legal. Invoca como precedentes las SSTS de 22 de junio de 2010 (rcud. 3046/2009) y 9 de diciembre de 2014 (rec. 30/2014).

- Como sentencia de contraste para formular recurso de casación para la unificación de doctrina se aporta la STSJ de Madrid de 25 de octubre de 2018 (rec. 1096/2017), que confirma la sentencia de instancia que desestimó la demanda presentada por el actor frente a la empresa Securitas Seguridad España SA, en que solicitaba el reconocimiento del derecho a la jubilación parcial.

Se trata, por tanto, de sentencias contradictorias, que aplicando el mismo convenio (aunque de fechas distintas y ligeras variaciones en cuanto a la edad) llegan a soluciones opuestas. Así, mientras que la recurrida reconoce el derecho del actor a la jubilación parcial sin necesidad de que se alcance un acuerdo entre empresa y trabajador, al no preverlo el convenio aplicable, la referencial deniega la jubilación parcial por entender que debe existir un acuerdo en relación con la jornada a realizar, no siendo posible la jubilación parcial en defecto del mismo.

IV. Posición de las partes

La parte recurrente es la empresa Securitas Seguridad España, S.A., quien alega infracción del art. 12.4.e) ET, art. 215 LGSS y art. 69 del Convenio Colectivo estatal de

las Empresas de Seguridad. Sostiene que del texto de la norma convencional no se desprende un derecho automático a la jubilación parcial, debiendo existir un acuerdo entre la empresa y el trabajador, lo que no se ha producido, por lo que este no tiene derecho.

Señala, además, que el empleado plantea un 75 por ciento de reducción de jornada, sin voluntad alguna de acordar otro distinto y que no cabe imponer a la empresa que celebre otro contrato de trabajo sin previo acuerdo.

La parte recurrida es el trabajador, cuya representación legal formula impugnación del recurso de casación. Admite la contradicción existente entre las sentencias enfrentadas, pero subraya que la doctrina correcta está en la recurrida. No obstante, expone que el trabajador asume que la ausencia de acuerdo con la empresa aboca a que el porcentaje de reducción de jornada sea el mínimo.

El Ministerio Fiscal considera que concurre la contradicción y estima acertada la doctrina de la sentencia debatida, siendo lo único cuestionado el alcance del convenio colectivo aplicable. La expresión “deberá” contenida en el artículo 12 ET significa que cuando el trabajador insta su jubilación parcial, la empresa viene obligada a concertar un contrato de relevo.

V. Normativa aplicable al caso

Las normas aplicables en este procedimiento son el artículo 12 del ET, el artículo 215 de la LGSS y el artículo 69 del convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad (Código de convenio nº 99004615011982), para el periodo 2017-2020 (BOE de 1 de febrero 2018), en su versión vigente en la fecha en que el actor ejerce su derecho (julio de 2019).

- Artículo 12 ET- “Contrato a tiempo parcial y contrato de relevo”, apartados 6 y 7:
- Art. 12.6 ET. “Para que el trabajador pueda acceder a la jubilación parcial, en los términos establecidos en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y demás disposiciones concordantes, deberá acordar con su empresa una reducción de jornada y salario de entre un mínimo del veinticinco por ciento y un máximo del cincuenta por ciento y la empresa concertará simultáneamente un contrato de relevo, de acuerdo con lo establecido en el apartado siguiente, con objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente. También se podrá concertar el contrato de relevo para sustituir a los trabajadores que se jubilen parcialmente después de haber cumplido la edad de jubilación ordinaria que corresponda conforme a lo establecido en la Ley General de la Seguridad Social.

La reducción de jornada y salario podrá alcanzar el setenta y cinco por ciento cuando el contrato de relevo se concierte a jornada completa y con duración indefinida, siempre que el trabajador cumpla los requisitos establecidos en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

La ejecución del contrato de trabajo a tiempo parcial y su retribución serán compatibles con la pensión que la Seguridad Social reconozca al trabajador en concepto de jubilación parcial.

La relación laboral se extinguirá al producirse la jubilación total del trabajador”.

- Art. 12.7. Este apartado regula extensamente el contrato de relevo y finaliza señalando que “En la negociación colectiva se podrán establecer medidas para impulsar la celebración de contratos de relevo”.
- Artículo 215 LGSS “Jubilación parcial”.

Este precepto distingue dos supuestos, según que el acceso tenga lugar a partir del cumplimiento de la edad de jubilación ordinaria o antes de esta edad:

- Trabajadores que hayan cumplido la edad ordinaria de jubilación y reúnen los requisitos para causar derecho a la jubilación. En este caso la reducción de jornada (entre el 25 y el 50 %) permite acceder a la jubilación parcial “sin necesidad de la simultánea celebración de un contrato de relevo”.
- Trabajadores a tiempo completo que cumplen determinados requisitos de edad y cotización, “siempre que con carácter simultáneo se celebre un contrato de relevo”. Además, la norma establece una serie de exigencias sobre la necesaria correspondencia entre las bases de cotización del relevista (no podrá ser inferior al 65 por ciento del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del periodo de base reguladora de la pensión de jubilación parcial”) y la del relevado (la “que, en su caso, hubiese correspondido de seguir trabajando este a jornada completa”), y también sobre la duración mínima del contrato de relevo.
- Art. 69 del Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad, rubricado “Aplicación de la Jubilación parcial y del Contrato de Relevo”, apartados 1, 2 y 3:
 - “Los trabajadores tendrán derecho a acceder a la jubilación parcial, al cumplir la edad y requisitos exigidos por la legislación vigente.
 - La empresa fijará de acuerdo con el trabajador el porcentaje de la jornada anual a trabajar, continuando el trabajador de alta y cotizando hasta su jubilación total. Igualmente, podrá pactarse la realización de forma acumulada del número de horas que debe realizar hasta su jubilación total.
 - Respecto al trabajador contratado o relevista se le podrá contratar con un contrato a tiempo completo.”

VI. Doctrina básica

La Sentencia comentada analiza su propia doctrina sobre dos cuestiones relacionadas con el asunto controvertido. La primera, sobre las reglas de interpretación de los convenios colectivos (Fundamento jurídico Tercero) y, la segunda, sobre el derecho a la jubilación parcial y el alcance que puede tener el convenio colectivo aplicable al respecto (Fundamento jurídico Cuarto).

1. Interpretación de los convenios colectivos

Así, en primer lugar, dado que las discrepancias sobre el problema debatido derivan de una exégesis divergente de lo previsto en el convenio colectivo aplicable, la Sala considera imprescindible recordar las pautas que deben aplicarse para interpretar esta fuente del derecho, las cuales se encuentran condensadas en muchas de sus sentencias que allí se citan^[1]. Sobre esta cuestión recuerda que:

- Dado su naturaleza mixta- norma de origen convencional y contrato con eficacia normativa- su interpretación ha de tomar en consideración tanto las reglas legales relativas a la hermenéutica de las normas jurídicas como aquellas otras que disciplinan la interpretación de los contratos, esto es: los artículos 3, 4 y 1281 a 1289 del CC, junto con el principal de atender a las palabras e intención de los contratantes, porque cuando los términos del contrato son claros y terminantes, no dejando dudas sobre la intención de las partes, debe estarse al sentido literal de sus cláusulas, sin necesidad de acudir a ninguna otra regla de interpretación. No cabrá la interpretación analógica para cubrir las lagunas del convenio colectivo. Tampoco se

admite el espiguelo, sino que los convenios colectivos deben ser interpretados en su conjunto.

- Superando una antigua doctrina jurisprudencial que atribuía a los órganos judiciales de instancia un amplio margen de apreciación en la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos, entre ellos, los convenios colectivos, la actual doctrina de la Sala considera que, en supuestos como este en los que el recurrente discute la exégesis efectuada por la sentencia de instancia del convenio aplicable, lo que le corresponde a esta Sala es verificar si la interpretación del precepto convencional aplicable efectuada por la sentencia recurrida se adecúa a las reglas de interpretación que se derivan de los artículos 3, 1281 y siguientes del CC.

2. Derecho a la jubilación parcial y alcance de la obligación empresarial a la vista de la regulación legal y del convenio colectivo aplicable

Sobre esta segunda cuestión la sentencia glosada revisa la doctrina sentada principalmente en dos de las resoluciones alegadas en su favor por la sentencia recurrida y la impugnación del recurso [SSTS 22 junio 2010 (rcud. 3046/2009) y 9 diciembre 2014 (rec. 30/2014)], así como el tenor de los pronunciamientos contenidos en otras relacionadas con esta problemática^[2].

La doctrina básica se formula en la STS de 22 de junio de 2010 y se reitera en diversas ocasiones posteriores y puede sintetizarse como sigue:

- En el ámbito estricto de la Seguridad Social el trabajador que reúna los requisitos para ello tiene pleno derecho a acceder a la jubilación anticipada parcial (art. 215.2 LGSS y anterior art. 166.2 LGSS), sin embargo, desde el plano de las obligaciones previas en materia laboral, no puede imponerse a la empresa el cambio de un contrato a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial, aunque la empresa deberá acceder a ello, en la medida de lo posible, y motivar su posible denegación, como cabe deducir del art. 12.4 ET.
- De no mediar acuerdo entre el trabajador que pretenda jubilarse y su empleadora, la posible obligación empresarial podría derivar de las previsiones que a tal fin pudieran contenerse en el Convenio colectivo.
- La STS 9 diciembre de 2014 (rec. 30/2014) estima que debe declararse la obligación empresarial de facilitar jubilaciones parciales cuando las mismas no comporten formalizar contratos de relevo, no existiendo dicha obligación en caso contrario.
- Cuando se solicite la jubilación parcial por los trabajadores que cumplan los requisitos del art. 215.2 LGSS, es preciso que las partes negocien y acuerden el modo en que se va a materializar dicha jubilación. Si no se alcanza un acuerdo, la empresa no está obligada a aceptar la propuesta de jubilación parcial cuando esta no convenga a sus intereses o lo aconsejen razones económicas y organizativas, como puede suceder cuando se produzcan solicitudes masivas de jubilación parcial y se incrementen, por ello, los costes de la Seguridad Social (STS 510/2022 de 1 de junio; rec. 126/2020).
- “El convenio se limita a una genérica remisión a la normativa legal, sin introducir en ese extremo ningún elemento del que pudieran resultar obligaciones adicionales para la empresa”, es decir, sin imponer a la empleadora la obligación de cumplimentar las formalidades necesarias para que el trabajador pueda acceder a la jubilación parcial (STS 534/2020 de 25 de junio (rcud, 665/2018)).

VII. Parte dispositiva

La sentencia concluye estimando el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por la empresa, pronunciamiento que comporta la consiguiente anulación de la sentencia recurrida (la sentencia nº 456/2020 del TSJ de Cantabria, de 24 de junio). A su vez, y, de acuerdo con el art. 238 LRJS, ello implica estimar el recurso de suplicación interpuesto por la mercantil y revocar la sentencia 110/2020 de 11 de marzo dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Santander, con desestimación de la demanda.

Por último, ordena la devolución de los depósitos y cauciones que la empresa hubiera constituido para recurrir y no conlleva imposición de costas procesales a ninguna de las partes, debiendo asumir cada una de ellas las causadas a su instancia.

VIII. Pasajes decisivos

Los pasajes decisivos de la sentencia glosada se encuentran, sobre todo, en su FJ Cuarto, apartado 5 A), en parte reiterados en el FJ. Quinto, apartado 2, en el que se señala lo siguiente:

Reiterando la doctrina acuñada en la STS 22 junio 2010 (rcud. 3046/2009), añadimos lo siguiente:

** Es requisito constitutivo para acceder a la jubilación parcial, a tenor con lo dispuesto en el art. 215, 2 LGSS, en relación con el art. 12.6 y 7 ET, que la empresa lo convenga así con el trabajador y formalice, a continuación, un contrato de relevo. Ahora bien, la empresa no está obligada legalmente a aceptar la propuesta de jubilación parcial del trabajador, ni tampoco a formalizar un contrato de relevo.*

** Cuando se solicite la jubilación parcial por los trabajadores, que cumplan los requisitos del art. 215.2 LGSS, es preciso que las partes negocien y acuerden el modo en que se va a materializar la jubilación parcial con la consiguiente reducción de jornada, lo cual comporta que, si alcanzan acuerdo, la empresa esté obligada a formalizar el correspondiente contrato de relevo en los términos exigidos por el art. 215.2 LGSS, en relación con el art. 12.7 ET. Cuando no se alcance acuerdo, no se vulnerarán dichos preceptos, por cuanto la empresa no está obligada a aceptar la propuesta de jubilación parcial del trabajador, cuando no convenga a sus intereses.*

** Consiguientemente, acreditado que, el derecho a la jubilación parcial y la subsiguiente contratación de relevo no constituyen un derecho subjetivo perfecto del trabajador, puesto que está condicionado a que alcance un acuerdo con su empleador, es perfectamente lícito que la empresa, en el ejercicio de su poder de dirección, defina una política específica sobre la materia, que deberá aplicarse por sus centros directivos, cuando así lo aconsejen razones económicas y organizativas, como puede suceder cuando se produzcan solicitudes masivas de jubilación parcial y se incrementen, por ello, los costes de la Seguridad Social.*

Asimismo, es de gran relevancia el argumento contenido en la segunda afirmación conclusiva del FJ 5º, apartado 2, que reza:

(...) cuando el convenio colectivo aplicable reconoce el “derecho a acceder a la jubilación parcial, al cumplir la edad y requisitos exigidos por la legislación vigente”, sin mayores precisiones (como la imposición del deber empresarial de aceptar la solicitud o de celebrar el preceptivo contrato de relevo) no puede entenderse que estamos ante un verdadero y perfecto derecho que sea exigible, siendo necesario el acuerdo entre las partes del contrato de trabajo.

IX. Comentario

La sentencia glosada se enfrenta a un problema complejo como es el de la jubilación parcial que comporta la celebración de un contrato de relevo. Sin embargo, esta cuestión no es nueva para la Sala Cuarta, sino que ha sido ya abordada en casos

anteriores. De ahí que, en esta ocasión, se haga un cuidado repaso de su doctrina sobre el tema debatido y se extraigan conclusiones a modo recapitulación (FJ 5º).

En primer lugar, y dada la discrepancia que se plantea a la hora de determinar el alcance de la obligación empresarial de aceptar la solicitud de jubilación parcial recibida a la luz del convenio colectivo aplicable, la Sala empieza recordando las reglas que deben observarse para identificar el sentido de las cláusulas convencionales y que se hallan condensadas en varias de sus sentencias. En este sentido, señala que en supuestos como este en los que el recurrente discute la interpretación efectuada por la sentencia de instancia del convenio aplicable, lo que le corresponde a esta Sala es verificar si la exégesis del precepto convencional aplicable efectuada por la sentencia recurrida se adecúa a las reglas hermenéuticas que se derivan de los artículos 3, 1281 y siguientes del CC.

A continuación, el Alto Tribunal analiza si el derecho a la jubilación parcial es un derecho absoluto cuando se cumplen los requisitos legales para el acceso a la pensión contributiva, o si exige, además, la existencia de un acuerdo para adoptar las formalidades necesarias en el plano de la relación laboral. Al respecto, recuerda su postura acerca de que de la regulación laboral y de Seguridad Social no se deriva la existencia de una obligación legal para la empresa de aceptar la propuesta de jubilación parcial del trabajador ni de formalizar un contrato de relevo, como tampoco la empresa puede imponer esa fórmula de renovación de su plantilla.

De otro lado, la Sala ha admitido la existencia de un derecho subjetivo perfecto de la persona trabajadora para acceder a la jubilación parcial, que se impone a la empresa, cuando la regulación convencional es inequívoca, por ejemplo, incorporando una cláusula en la que se diga expresamente que el empleador “queda obligado a aceptar” la propuesta que se le realiza (STS 948/2022). En cambio, respecto de los convenios colectivos en los que aparece formulado este derecho de forma genérica, mediante la remisión a la normativa legal, no cabe inferir que aquel comporte para la empresa la obligación de realizar las actuaciones necesarias para facilitar el acceso a la jubilación parcial (STS 534/2020).

En aplicación de dicha doctrina, resuelve el debate planteado unificando las posiciones discrepantes, a favor de la tesis contenida en la sentencia de contraste. Finaliza su resolución, destacando como conclusión las dos afirmaciones siguientes:

La primera, que es requisito constitutivo para acceder a la jubilación parcial a tenor de lo dispuesto en el art. 215,2 LGSS, en relación con el art. 12.6 y 7 ET, que la empresa lo convenga así con el trabajador y formalice, a continuación, un contrato de relevo. Ahora bien, la empresa no está obligada legalmente a aceptar la propuesta de jubilación parcial del trabajador, ni tampoco a formalizar un contrato de relevo.

La segunda, y en aplicación de su propia doctrina, que cuando el convenio colectivo aplicable reconoce el “derecho a acceder a la jubilación parcial, al cumplir la edad y requisitos exigidos por la legislación vigente”, sin mayores precisiones (como la imposición del deber empresarial de aceptar la solicitud o de celebrar el preceptivo contrato de relevo) no puede entenderse que estamos ante un verdadero y perfecto derecho que sea exigible, siendo necesario el acuerdo entre las partes del contrato de trabajo.

En suma, si el convenio regula el derecho de forma inequívoca, el empresario deberá aceptar la solicitud del trabajador. Por contra, en ausencia de convenio o cuando este no regula esta cuestión de manera cierta e irrefutable, es necesario que haya un acuerdo entre las partes del contrato de trabajo.

X. Apunte final

En definitiva, en la sentencia glosada se pone de relieve que el derecho a una prestación de la Seguridad Social, como es el caso de la jubilación parcial, queda condicionado no solo al cumplimiento de los requisitos legales propios de las prestaciones contributivas (edad, periodo de cotización, etc.), sino que también precisa

de la concurrencia de las voluntades de las partes de la relación laboral que deben negociar y acordar el modo en que se va a llevar a cabo dicha jubilación parcial. Así, pues, para que el derecho sea exigible es necesario que se alcance un acuerdo entre las partes del contrato o la existencia de un convenio colectivo que imponga dicha obligación a la empleadora.

Cabe recordar que, a pesar de las diferencias que existen con el caso analizado, en nuestro ordenamiento podemos encontrar otros supuestos en los que también se plantea la necesidad de acuerdo entre trabajador y empresa para ejercer ciertos derechos, como sucede, por ejemplo, para poder disfrutar del descanso- y en su caso, de la correspondiente prestación- por nacimiento y cuidado de menor en régimen de jornada a tiempo parcial (art. 48.5 ET y art. 2.1 RD 295/2009, de 6 de marzo).

Referencias:

1. ^ *Entre otras muchas, las SSTS 104/2020 de 5 de febrero (rcud 3174/2017); 904/2020 de 13 de octubre (rec. 132/2019; 577/2020 de 1 de julio (rec. 223/2018); 1125/2020 de 15 diciembre (rec. 80/2019); 1135/2020 de 21 diciembre (rec. 76/2019) y 1292/2021 de 12 diciembre (rec. 128/2020).*
2. ^ *Se trata de las SSTS 534/2020 de 25 de junio (rcud. 665/2018); 773/2021 de 8 de julio (rec. 40/2020), 510/2022 de 1 de junio (rec, 126/2020) y 984/2022 de 20 de diciembre (rcud. 3442/2021).*

§ 39 El accidente laboral en el trabajo a domicilio y el concepto de ‘zona de trabajo’.

Ángel Arias Domínguez

Subdirector de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura

Resumen: *La consideración jurídica del accidente acaecido en el propio domicilio del trabajador en el que se desarrolla la actividad laboral mediante teletrabajo no presenta novedades hermenéuticas significativas en consideración con las tradicionales que se han tenido en cuenta para calibrar jurisprudencialmente esta cuestión. Ni en relación con los elementos configuradores del accidente (“con ocasión” o “por consecuencia”), ni en relación con los elementos técnico-jurídicos que conforman la presunción afirmativa (“el tiempo” y “en el lugar de trabajo”). La cuestión jurídica continuará siendo, por tanto, la misma que tradicionalmente, apreciar la concurrencia de los elementos y de la presunción afirmativa, sin que la variable de que el trabajo se desarrolle en el propio domicilio altere, perfile o matece, la interpretación tradicional de estos conceptos técnicos.*

Palabras clave: *Accidente de trabajo. Trabajo en el propio domicilio. Teletrabajo. Zona de trabajo.*

Abstract: *The legal consideration of the accident that occurred in the worker's own home in which the work activity is carried out through teleworking does not present significant hermeneutical novelties in consideration of the traditional ones that have been taken into account to jurisprudentially calibrate this issue. Neither in relation to the configuring elements of the accident ("on occasion" or "by consequence"), nor in relation to the technical-legal elements that make up the affirmative presumption ("the time" and "in the workplace"). The legal question will therefore continue to be the same as traditionally, assessing the concurrence of the elements and the affirmative presumption, without the variable that the work is carried out in one's own home alter, outline or qualify the traditional interpretation of these technical concepts.*

Keywords: *Work accident. I work at my own home. Telecommuting. Work zone.*

I. Introducción

La problemática de los infartos de miocardio en relación con el accidente de trabajo ha tenido como eje de discusión la concurrencia de los elementos conformadores de la presunción afirmativa. La consideración médica era evidente y el debate jurídico y fáctico se desplazaba hacia la acreditación de si dicho evento dañoso había sucedido en tiempo y en lugar de trabajo. Si era así, la consideración laboral del mismo se encontraba protegida por la presunción afirmativa del art. 156.3 LGSS^[1].

Por el contrario, si el accidente no se producía en tiempo y lugar de trabajo, pero sí con ocasión o por consecuencia de este, la presunción no operaba y tenía que ser el propio trabajador, o los beneficiarios de una prestación de Seguridad Social, quienes probasen la relación inextricable entre el evento dañoso padecido por el trabajador y el desempeño de una actividad laboral por cuenta ajena (art. 156.1 LGSS).

La consecuencia de todo ello es que para negar la consideración laboral de los infartos acaecidos en tiempo y lugar de trabajo tenía que desplegarse una actividad probatoria solvente en relación, básicamente, con la existencia de un dolo o imprudencia temeraria del trabajador accidentado, o con la concurrencia de una fuerza mayor extraña al trabajo. Y para afirmar la consideración laboral del mismo cuando el infarto sobreviniese fuera del lugar de trabajo, también debía desplegarse una actividad probatoria anudando el evento dañoso con las tensiones, problemas o circunstancias laborales concurrentes.

Pues bien, a falta de pronunciamiento específico del TS con relación con los accidente acaecidos en la modalidad de teletrabajo, nada parece indicar que la variable de que el trabajador desarrolle la actividad laboral en su propio domicilio vaya a modificar estos pilares interpretativos del accidente laboral por el advenimiento de un infarto, argumento extensible, perfectamente, a otros quebrantos de la salud súbitos: ictus, anginas de pecho, crisis epilépticas, desprendimientos de retina, etc.

Seguirá siendo imprescindible, en definitiva, que se acredite, para sostener la eficacia de la presunción afirmativa, que el accidente ha acaecido el tiempo y en lugar de trabajo.

En el asunto que se debate en la sentencia que se comenta la problemática pivota, no tanto con relación a si el trabajador se encontraba en lugar de trabajo, que se sostiene sin demasiados problemas aunque se encuentre en su propio domicilio, sino, sobre todo, si se encontraba en tiempo de trabajo, pues no había comenzado su jornada laboral cuando le sobreviene el acceso mortal.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 89/2023, de 3 de febrero

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de suplicación núm. 812/2022.

ECLI:ES:TSJM:2023:1215

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Asenjo Pinilla.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La problemática suscitada se resume en la apreciación de los siguientes hechos incontrovertidos. Un trabajador a domicilio, que empleaba para ello las técnicas del teletrabajo, sufre un infarto de miocardio que le ocasiona la muerte justo antes de haber comenzado su jornada laboral. Tiene fijado el principio de ésta a las 9:00 horas, pudiendo, a propia voluntad y sin previo aviso, incorporarse una hora antes o una hora después. No solía hacer uso de esa posibilidad y uno de los argumentos más potentes del recurso va precisamente en esa dirección, porque se sostiene que el trabajador sí había comenzado la jornada laboral cuando sobreviene el accidente.

La forma de comenzar la jornada laboral es conectándose a internet, sirviendo esa conexión de mecanismo de control de la jornada laboral.

El trabajador sufre el acceso mortal en el aseo de su domicilio a las 9:40. Surge la duda, por tanto, de si se encuentre en tiempo y en lugar de trabajo.

La resolución de instancia entiende que la contingencia debe considerarse común, porque *“el fallecimiento fue debido a muerte natural”*, entendiendo que las *“razones principales que motivan esta conclusión son dos (1) el accidente se produce antes de iniciar la jornada laboral (el trabajador no había conectado el ordenador para iniciar su jornada, ni había registrado el inicio de la misma en el sistema de registro horario) y fuera del lugar de trabajo (en el baño de su domicilio, no en la zona de trabajo)”*, concluyendo que no existe *“ninguna conexión entre el trabajo desempeñado por el trabajador y la parada cardiorrespiratoria que derivó en su fallecimiento”*. En definitiva, que con estas circunstancias *“no era factible desplegar la presunción de laboralidad”*.

La resolución de Suplicación confirma este parecer. Básicamente, porque, aunque no tiene ningún tipo de reparos en considerar que el trabajador se encontraba efectivamente en lugar de trabajo, extendiendo así el concepto desde la *“zona de trabajo”* dentro del domicilio a cualquier otra estancia situada en él, no aprecia que se encuentre en tiempo de trabajo, pues no ha dado comienzo su jornada laboral cuando sufre el evento mortal.

IV. Posición de las partes

La viuda del fallecido, ejerciendo su derecho propio a la pensión de viudedad y en nombre de sus hijos la de orfandad, articula tres motivos de recurso, dos revisorios del relato de hechos probados que no fueron estimados (el segundo de ellos de manera muy interesante porque la introducción de la frase que pretendía: *“que pasaba a ser su centro de trabajo habitual, al prestar servicios en la modalidad de teletrabajo”* hubiera sido *“predeterminante del fallo, o cuanto menos valorativa”*) y un tercero que defendía que el *“infarto que sobrevino al Sr. Carmelo con posterior fallecimiento, deriva de la contingencia de accidente de trabajo”*, porque teniendo en consideración *“que teletrabajaba, su domicilio era a su vez el centro de trabajo incluidas las dependencias allí existentes, siendo artificiosa”*, en definitiva, *“la distinción que efectúa la resolución de instancia entre centro y zona de trabajo”*.

Formula, además, una hipótesis que pudiera explicar cómo sucedieron los acontecimientos, con el propósito, nada velado, de anudar el evento dañoso con el ejercicio de la actividad laboral. Entiende, en este sentido, que *“no es descabellado pensar que si se dirigió al cuarto de baño y que es donde falleció, es porque se sintió antes gravemente indispuerto...”*, y que la falta de inicio de la jornada laboral ese día *“no es suficiente para afirmar que el infarto no se produjo durante el tiempo de trabajo y que no tiene porque vincularse con esa rigidez interpretativa”*. Recuerda, con el propósito de consolidar su versión de los hechos, que *“durante el mes de enero, justo el anterior a lo sucedido, todos y cada uno de los días se incorporó a las nueve de la mañana, periodicidad que a su juicio advena cual era la hora de inicio habitual al trabajo y que no hacía uso de la flexibilidad horaria de la que disponía”*, por lo que puede concluirse que *“fue sorprendido por el ataque al corazón cuando se encontraba en su mesa de trabajo y a punto de conectarse”*. Deduce, en definitiva, que *“estos últimos datos generan una presunción de que la ausencia de registro laboral y justo ese día, se debía exclusivamente a la súbita irrupción de la dolencia”*. Concorre, a su juicio, *“el necesario enlace o nexo causal”* para activar la presunción afirmativa del accidente.

La posición jurídica de la Mutua se resume bien en la respuesta que evacua frente a la solicitud de prestación por accidente de trabajo: *“Su solicitud no queda avalada ni demostrada, por lo que en ausencia de documentación que justifique la relación laboral del fallecimiento, hemos de negar el reconocimiento de las prestaciones solicitadas”*.

V. Normativa aplicable al caso

* LGSS

Artículo 156. Concepto de accidente de trabajo.

“1. Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena.

2. Tendrán la consideración de accidentes de trabajo:

...

e) Las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.

...

3. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo

...”

* Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 386. Presunciones judiciales.

“1. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción.

2. Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior”.

VI. Doctrina básica

La resolución no niega la posibilidad de que acaezca un accidente de trabajo en el propio domicilio cuando se desarrolla la actividad laboral bajo la modalidad de teletrabajo. Para que sea operativa la presunción afirmativa es necesario, como en cualquier accidente acaecido en cualquier otro lugar, que se constate con fidedigna apreciación la concurrencia de los elementos configuradores del accidente, es decir que éste ha ocurrido en lugar y en tiempo de trabajo. La resolución no aprecia ningún obstáculo en considerar lugar de trabajo un espacio del domicilio familiar diferente al de ‘zona de trabajo’, pero no considera que el trabajador se encontrase en tiempo de trabajo, pues no había dado comienzo su jornada laboral.

VII. Parte dispositiva

Se desestima el recurso de suplicación impetrado frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social que había considerado que el fallecimiento del trabajador por un infarto de miocardio en su propio domicilio se debió a contingencia común.

VIII. Pasajes decisivos

“Hemos de rechazar en el marco del teletrabajo una interpretación mecanicista y estricta de lo que haya de entenderse como lugar de trabajo. Por tanto, no podemos constreñirlo al puesto concreto que físicamente ocupa. Es decir, a una mesa, una silla y un ordenador en su domicilio particular. De tal manera que siguiendo esa teoría, y que rechazamos, todo lo que fuera separarse del mismo lo despojaría de laboralidad”.

“Enlazando con lo anterior, el que coyuntural o definitivamente su labor se ejecute en esas circunstancias no excluye una serie de supuestos que la lógica interpretativa impondría como laboral si se desarrollaran en el ‘domicilio’ de la empresa. Sería el caso de cuando se deja temporalmente dicho puesto y se sufre una caída, por ejemplo

dirigiéndose y/o en el WC o en su interior; o cuando se desplaza a un lugar habilitado por la empleadora para servirse una bebida y/o un producto alimenticio. Es decir, son actividades normales en la vida laboral y que como jurisprudencialmente se afirma comportan 'siempre la exigencia de un factor de 'ajenidad' en la producción del suceso lesivo'. El propio art. 13.1, del ET y todavía en vigor en el momento que se produce ese evento, se remite al 'domicilio del trabajador', o sea establece un concepto más integral y onmicomprensivo como referencia laboral".

"Obtenemos pues a una primera conclusión. Cual es que no porque el infarto de miocardio tuviera lugar en su domicilio del fallecido, concretamente en el "baño", habría de excluirse la laboralidad".

"Sin embargo, no puede considerarse que fuera en tiempo de trabajo.

Consecuencia del incumplimiento de este otro parámetro, lo acontecido el 4 de febrero de 2021, no desencadena, a su vez, la presunción de laboralidad a la que se refiere el art. 156.3, del TRGSS. Incluso con la amplitud que a veces se ha contemplado en la jurisprudencia del TS y en temas que pueden considerarse conexos por el tipo de padecimientos analizados.

Para seguir con nuestra argumentación, hay que remitirse a la relación de hechos probados con el parcial añadido incorporado en nuestro segundo fundamento de derecho. Recordemos que el encendido del ordenador a través del cual realizaba su actividad diaria se configuraba como elemento clave a efectos de inicio de su jornada. Dicho inicio se estableció empresarialmente a las 9 horas. No obstante, existía un acuerdo para flexibilizar tal comienzo; podía ser tanto una hora antes, o sea las 8 horas, como una después, es decir tenía de plazo hasta las 10 horas. Su fallecimiento tuvo lugar aproximadamente a las 9,40 horas y por ende aun no estaba obligado a iniciar su jornada".

"La parte actora entiende que hemos de aplicar el instituto de la presunción judicial y al que hace referencia el art. 386, de la LEC. Para sustentar ese alegato configura como punto nuclear que durante el mes de enero de 2021, comenzó su jornada cerca de las 9 horas, incluso antes. Pero ese dato y con los matices que hemos relacionado en nuestro segundo fundamento, se muestra insuficiente para concluir que existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Así, la conducta observada en un mes concreto por mucho que fuera el anterior, no es suficiente para demostrar la habitualidad pretendida, necesitaríamos que el periodo a contrastar fuera superior. También desconocemos cuando inició la jornada incluso en momentos aun más cercanos en el tiempo, los días 1 a 3 de febrero en concreto y que eran laborales.

Tampoco sabemos cuales fueron las concretas circunstancias que se dieron el día 4 y si el infarto fue precedido de síntomas de la suficiente relevancia como para impedirle iniciar la jornada con anterioridad. Ni, por supuesto, que ya sentado en la mesa de trabajo tuviera que abandonarla para dirigirse al baño e intentar recuperarse de lo que podía creer que fuera un decaimiento transitorio; y como se afirma por la recurrente. Ni que se hubieran producido especiales incrementos en la carga de trabajo y/o excesos de jornadas en fechas cercanas, tal como se declara probado; que a su vez generasen específicas situaciones de estrés".

IX. Comentario

La resolución de instancia entiende, y así lo prefiere en la enunciación de hechos probados, que "no existe conexión del trabajador al sistema de la Compañía el 4 de febrero de 2021, por lo que no llegó a iniciar su jornada de trabajo". También constata que la "última conexión que aparece en el sistema fue el miércoles 3 de febrero, a las 17:59 h", que "el ordenador estuvo apagado a partir de esa hora, sin nuevas conexiones por parte del usuario", que "no consta ninguna llamada de trabajo realizado recibida por el trabajador, el día 4 de febrero de 2021", y, por último, que "el nivel de carga de trabajo del equipo al que pertenecía el actor era estándar".

Con esos antecedentes fácticos la resolución llega a dos conclusiones.

En primer lugar, que en el marco del teletrabajo no parece razonable que se adopte una interpretación mecánica y rígida de lo que deba entenderse por lugar de trabajo, no debiendo circunscribirlo únicamente al puesto concreto que físicamente se ocupe cuando se desarrolla la actividad laboral, es decir a la mesa, la silla y el ordenador que se emplea para el ejercicio de la actividad laboral. La clave de bóveda en este punto radica en la diferenciación entre 'zona de trabajo' dentro del domicilio, que estaría constituido por el espacio físico que abarca la referida silla, la mesa y el ordenador, y domicilio familiar, que abarcaría los demás espacios dentro del mismo. Una interpretación estricta que vinculase para el trabajo a domicilio el concepto de lugar de trabajo exclusivamente con la 'zona de trabajo' obraría el efecto de rechazar como accidente laboral todo aquel acaecido dentro del domicilio pero en lugar distinto de la 'zona de trabajo'.

La adopción o rechazo de esta conclusión tan rígida pasaría por analizar cómo se desenvuelve el accidente acaecido en el 'domicilio empresarial', de tal suerte que si admitimos, como de hecho se hace habitualmente, que puede darse un accidente laboral dentro del domicilio empresarial pero fuera de la 'zona de trabajo', a la misma conclusión deberíamos llegar para cuando acontece un accidente en el domicilio familiar pero fuera de la 'zona de trabajo'.

La conclusión no es sólo brillante, sino que dota de un instrumento hermenéutico de suma utilidad para abordar estas problemáticas en el futuro, el concepto de 'zona de trabajo' como ámbito estrictísimo del desarrollo de la actividad laboral dentro del domicilio familiar. Así, si los desplazamientos que se producen en tiempo de trabajo desde la zona de trabajo a otras estancias de la vivienda familiar se encontrasen justificados, en su naturaleza o su temporalidad, por similares circunstancias a las que se le daría cobertura si se realizasen en el domicilio empresarial (acudir al baño, desplazarse para tomar un café a media mañana, etc.) debería entenderse como accidente laboral.

Es éste el camino interpretativo que emplea la resolución comentada, entendiendo que las actividades ordinarias de la vida diaria no interrumpen el vínculo de conexión entre actividad desarrolla y el lugar de trabajo, por mucho que éste sea en el propio domicilio. En este caso en concreto, al producirse el accidente en el baño, no hay obstáculo alguno para considerar, como así se haría si el accidente se hubiera producido en el domicilio empresarial, que estamos en presencia de un accidente en lugar de trabajo.

Pero, en segundo lugar, la resolución tiene claro que el accidente vascular no se ha producido en tiempo de trabajo, no pudiendo operar la presunción de laboralidad. Y es el encendido del ordenador mediante el que se desarrolla su actividad laboral el dato fundamental para entender que no se encontraba en tiempo de trabajo. Más allá de que, efectivamente, existía un acuerdo por el cual el trabajador podía flexibilizar su entrada a la jornada laboral una hora, el acontecimiento dañoso acaeció sin haber dado principio a la actividad laboral.

Y aunque no lo precisa expresamente en su fundamentación jurídica, al remitirse expresamente al relato de hechos probados, da entrada a las consideraciones que allí se efectúan sobre el volumen de trabajo en aquel momento existente (calificado como 'estandar') y la no realización de otro tipo de actividad laboral antecedente ese mismo día antes de encender el ordenador: realización de llamadas de teléfono, etc. Con ello, aunque no se indica, se cierra la puerta a la pretensión de que el accidente sea considerado laboral aunque no desde la activación de la presunción, sino directamente al considerarse así por haber acaecido 'con ocasión' o 'por consecuencia'.

Para intentar justificar que el fallecido sí había comenzado la jornada laboral cuando sobrevino el evento dañoso la recurrente pretende la aplicación del art. 386 LEC, intentando sostener que como durante todo el mes de enero había comenzado su jornada laboral regularmente a las 9 horas y así ha quedado acreditado por el sistema informático el Tribunal podría presumir que el concreto día en que le sobrevino el infarto también había comenzado su jornada laboral a esa hora, por lo que el infarto

habría sobrevenido en plena jornada laboral. Pero de los datos aportados no puede deducirse esa conclusión, básicamente porque para poder deducir esa conclusión el período a tener en consideración debería haber sido mayor, amén de que hay dos días del mes de febrero en donde no consta la hora de conexión al ordenador, que es el momento en que comienza la actividad laboral.

Desde otro punto de vista la resolución expone muy gráficamente cuáles son las diferencias crematísticas entre considerar al accidente como de trabajo o como común, y no siempre se aprecian de manera tan nítida en otras resoluciones. Al reproducir en el antecedente de hecho segundo las pretensiones de la recurrente cuantifica la pensión solicitada por contingencias profesionales (1.749,53 €, por viudedad, y 672,43 € por orfandad) y por contingencias comunes (1.421,43 €, por viudedad, y 546,70 € por orfandad), apreciándose claramente la cuantía disputada, teniendo presente, además, que el montante por fallecimiento en accidente de trabajo (26.915,76 €) sólo lo percibiría si el accidente se considera laboral. Las pequeñas contradicciones de tener un sistema de protección social de doble vía, profesional y universal.

X. Apunte final

La Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, no contiene previsiones sobre cuándo considerar que un accidente tiene la consideración de trabajo, básicamente porque no es su cometido esencial^[2]. Y los Convenios Colectivos que regulan el trabajo a distancia no contienen previsiones específicas al respecto. No se cuenta, por tanto, con asideros normativos distintos a la LGSS sobre los que edificar matizaciones para el accidente de trabajo en la modalidad de trabajo a domicilio.

La búsqueda de la especificidad tiene que encontrarse en otro lugar, desde la propia esencia del trabajo a distancia. Su singularidad radica, básicamente, en que el ejercicio de la actividad se desarrolla en lugar diferente del centro de trabajo, debiendo concretarse en el contenido del acuerdo de trabajo a distancia el "*Lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo a distancia*" (art. 7.f) L 10/2021).

La elección por parte de la persona trabajadora por el propio domicilio, en vez de optar por otras posibles opciones (oficinas en otras ciudades, despachos profesionales no controlados por el empleador, etc.), no exonera de la obligación empresarial de evaluar los riesgos laborales específicos (art. 16 L 10/2021), pues los trabajadores a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de prevención de riesgos laborales (art. 15 L 10/2021).

No se regular detalladamente cómo debe hacerse ese análisis, pero sí se especifica que la evaluación de los riesgos "*únicamente debe alcanzar a la zona habilitada para la prestación de servicios, no extendiéndose al resto de zonas de la vivienda...*" (art. 16.1-2 L 10/2021), surgiendo así el concepto de 'zona de trabajo' como lugar específico, dentro del propio domicilio, en el que se desarrolla la actividad laboral bajo esta modalidad^[3].

Eso supone que cualquier accidente acaecido fuera de él debería, en principio, no ser considerado laboral, a no ser que, y este es el matiza que se subraya en la resolución que se comenta los desplazamientos fuera de esa 'zona de trabajo' hacia otras dependencia de la vivienda personal o familiar de la persona trabajadora se justifiquen en atención a la realización de actividades ordinarias de la vida, como es habitual que se entienda cuando se produce un accidente fuera de la empresa o fábrica. Téngase en consideración que en esta modalidad no cabe el accidente *in itinere*, más allá de algún supuesto excepcional en el que se hubiera producido un desplazamiento de un domicilio a otro de la persona trabajadora, con lo que se restringen los márgenes de apreciación de cuándo puede ser considerado laboral un accidente.

Aunque no son muchos los ejemplos judiciales que abordan esta cuestión, ya sí disponemos de unas cuantas resoluciones que pueden formar una cierta masa crítica a tener en consideración.

- La STSJ-SOC País Vasco 1075/2020, de 15 de septiembre considera laboral el infarto sufrido por la personal trabajadora en su domicilio *“pese a que la actividad realizada en el domicilio por el trabajador finado no fuera ‘preponderante’, en los términos que exige el artículo 13 ET para la configuración del ‘trabajo a distancia’, pues al “no contar con oficina física en la zona norte el trabajador realizaba los trabajos administrativos desde su propio domicilio”. No se duda, en este sentido, que “al menos una parte de sus obligaciones laborales las realizaba habitualmente desde su domicilio, de manera que debe presumirse que las estaba llevando a cabo en lugar de trabajo al producirse el mortal episodio cardíaco también en tiempo de trabajo”, a pesar de que presentaba antecedentes cardíacos, ya que la crisis se desencadena en tiempo y lugar de trabajo.*

- La STSJ-SOC Madrid, 980/2022, de 11 de noviembre entiende laboral el accidente que se produce en el propio domicilio del trabajador al dirigirse a la cocina en tiempo de trabajo para coger *“una botella de agua, que se le resbala y al caerse le ocasiona lesiones en la mano izquierda”,* porque la *“actividad que dio lugar al accidente no nos parece ajena a la que hemos considerado como una actividad normal en la vida laboral; beber agua en el lugar que se supone tiene un acceso más fácil. No es pues una actuación extraña...”*

Añadiendo una consideración muy importante en relación con la ‘zona de trabajo’ cuando afirma que la resolución de instancia que anula *“hace una interpretación un tanto mecanicista y estricta de lo que haya de entenderse como lugar de trabajo”* al defender *“que coincide con el puesto concreto que físicamente ocupa. En este caso, constituido, básicamente, por una mesa, una silla y un ordenador en su domicilio particular. Por tanto, todo lo que sea separarse del mismo lo despoja de laboralidad”.* Precizando seguidamente que *“coyuntural o definitivamente su labor se ejecute en esas circunstancias no excluye una serie de supuestos que la lógica interpretativa impondría si se desarrollaran en el “domicilio” de la empresa. Sería el caso de cuando se deja temporalmente dicho puesto y se sufre una caída, por ejemplo dirigiéndose al WC o en su interior; o cuando se desplaza a un lugar habilitado por la empleadora para servirse una bebida y/o un producto alimenticio”.*

- La SJS núm. 1 Cáceres, 297/2022, de 26 de octubre considera laboral el accidente que sufre una trabajadora que desarrolla su actividad laboral teletrabajando en su propio domicilio pues éste se produce *“al salir del cuarto de baño de su domicilio”* cuando se dispone a *“reanudar su actividad laboral”* al tropezar *“en el pasillo, cayendo al suelo”* y dañándose un hombro y el costado.

Pero el argumento esencial es el que despliega para dar cobertura laboral al accidente, al sostener que: *“Nadie pondría en tela de juicio la oportunidad de considerar accidente de trabajo el sufrido por un empleado en idéntica circunstancia si trabajase en una fábrica, oficina o tienda. Aquí no hay circunstancia relevante que permita reconsiderar la conclusión del razonamiento. La obligada visita al aseo para atender una necesidad fisiológica, constante el desempeño de la jornada laboral, no puede enervar la presunción legal. No se trata aquí de hacer de mejor a quien teletrabaja, al contrario, se busca evitar su desprotección”.*

- En la STSJ-SOC Aragón 20/2022, de 18 de enero no se discute que *“la demandante, profesora de centro escolar, había estado desarrollando su actividad laboral ordinaria a distancia, mediante teletrabajo, por conexión desde su domicilio”,* la mañana que sufre un infarto de miocardio al terminar la reunión laboral. Concluye la resolución la laboralidad del accidente porque *“debe aplicarse la presunción de laboralidad establecida en el art. 156 LGSS”* pues es indiscutido que la mañana del suceso cardíaco *“durante la misma se desencadenó el infarto”* *“estaba desarrollando su actividad laboral”,* no siendo *“óbice a lo anterior que durante las 24 horas anteriores la trabajadora tuviera síntomas preliminares ni que la llamada a emergencias fuera*

media hora después de terminada la reunión”, porque fue “a lo largo de la jornada laboral, en tiempo y lugar de trabajo (teletrabajo) cuando se produjo el accidente cardiaco, manifestándose nada más terminar la reunión laboral telemática, por lo que no ha habido ruptura del nexo de causalidad trabajo-lesión”.

- La STSJ-SOC Galicia 988/2022, de 25 de febrero adopta una postura muy rígida que vincula irremisiblemente la producción del accidente con su desencadenamiento en la ‘zona de trabajo’. Así, precisa que *“no se ha acreditado que las lesiones que dieron lugar a la baja por IT de 11-05-2020 y que presenta la trabajadora a nivel de hombro izquierdo, tengan relación con el trabajo ni con el accidente de trabajo, pues en modo alguno está acreditado que la lesión ocurriera en tiempo y lugar de trabajo; y si bien la actora estaba teletrabajando, pero no está acreditado que el problema en el hombro ocurriera o se desencadenara en su domicilio, pues como señala la juzgadora de instancia, los correos se pueden mandar desde cualquier lugar, y aunque ocurriera en su domicilio, no se acredita que fuera en el lugar donde desarrolla su trabajo, y además tampoco se ha acreditado que realmente el accidente fuera moviendo una pantalla de ordenador y no haciendo otra cosa ajena a su trabajo, y además la versión que da la demandante ante la mutua y en su demanda difieren”.* Quizá esta última circunstancia y, sobre todo, la concreción el relato de hechos probados facilita la adopción de una postura rígida e inflexible.

Más allá de alguna interpretación excesivamente restrictiva con relación a la ‘zona de trabajo’ y la no consideración laboral del accidente producido fuera de ésta, lo razonable, y la interpretación a la que se ha llegado de manera más intuitiva, es entender que sí puede producirse un accidente de trabajo fuera de esa ‘zona de trabajo’ siempre y cuando las circunstancias por las que se abandona la referida zona sean equiparables o parangonables con las que tradicionalmente se han apreciado para abandonar el puesto de trabajo en la empresa o fábrica. No hay, en este sentido, interpretación jurídica distinta o peculiar por acaecer el accidente en el propio domicilio, sino riqueza de matices en la apreciación de los elementos fácticos que rodean al accidente.

Referencias:

1. [^] Aunque ya tiene unos años, estas cuestiones se tratan con abundantes ejemplos jurisprudenciales en la parte general del trabajo que redactamos conjuntamente el Director y el Subdirector de RJL en 2015 titulado: *Accidentes Laborales de Tráfico*, 3ª ed., y que fue publicado por la editorial Aranzadi.
2. [^] Si es cierto, no obstante, que con propósito aclaratorio introdujo una disposición adicional (la 4ª) para considerar como accidente de trabajo las enfermedades padecidas por el personal que presta servicio en centros sanitarios o socio-sanitarios como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV2 durante el estado de alarma, y una disposición final (la 10ª) que modificaba el Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, para especificar que se considera como situación asimilada a accidente de trabajo los periodos de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del municipio donde tengan el domicilio o su centro de trabajo las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19.
3. [^] La otra variable de este estudio, el tiempo de trabajo, ha sido analizado para esta modalidad de manera específica por DE VAL TENA, Á. L.: “El tiempo de trabajo en la modalidad de trabajo a distancia y en supuestos híbridos”, en VV.AA. (MALDONADO MONTOYA, J. P., MARÍN MORAL, I, y

SEMPERE NAVARRO [Dirs.]: La Reordenación del tiempo de trabajo, Vol. II, BOE, Madrid, 2022, pp. 821 y ss.

§ 40 El suicidio como accidente de trabajo: ¿qué hay que probar y cómo probarlo?

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la jurisdicción social (TSJ de Galicia).

Resumen: *La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, objeto de comentario, se inscribe en una tendencia jurisprudencial que se ha ido consolidando con el paso del tiempo y que admite, de manera excepcional, la calificación del suicidio de la persona trabajadora como accidente de trabajo cuando se prueba la causalidad. Los aspectos más novedosos de esta Sentencia se vinculan con la prueba de la causalidad, delimitando lo que hay que probar y valorando determinadas pruebas como el informe emitido por la Inspección de Trabajo y la "autopsia psicológica" aportada en el proceso.*

Palabras clave: *Accidente de trabajo. Suicidio.*

Abstract: *The Judgment of the Superior Court of Justice of Cantabria, subject to comment, is part of a jurisprudential trend that has been consolidated over time and that admits, exceptionally, the qualification of worker suicide as an accident of work when causality is proven. The most novel aspects of this Judgment are linked to the proof of causality, defining what must be proven and evaluating certain evidence such as the report issued by the Labor Inspectorate and the "psychological autopsy" provided in the process.*

Keywords: *Work accident. Suicide.*

I. Introducción

La calificación del suicidio de una persona trabajadora como accidente de trabajo es una problemática recurrente en la jurisprudencia y en la doctrina científica. La postura extrema de negar la causalidad dada la supuesta voluntariedad del suicidio desde antiguo ha conocido excepciones en la jurisprudencia laboral. Poco a poco, la jurisprudencia ha ido perfilando los supuestos de causalidad entre trabajo y suicidio (consumado o intentado). La Sentencia de la Sala cántabra, objeto de este comentario, presenta, desarrollando las precedentes líneas jurisprudenciales, un particular interés en el ámbito de la prueba, en orden a precisar qué es lo que hay que probar, y también destaca la novedad de algunas de las evidencias manejadas: el informe emitido a favor de la causalidad por la Inspección de Trabajo y la llamada autopsia psicológica, que la parte demandante aporta al proceso.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia

Órgano judicial: Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Social

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 118/2023, de 27 de febrero.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de suplicación núm. 798/2022.

ECLI:ES:TJSCANT:2023:128

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Illma. Sra. Dña. Elena Pérez Pérez.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Hechos declarados probados más relevantes

A 12 de abril de 2021, sobre las 8:20 horas, el Sr. Germán se quitó la vida por ahorcamiento. Redactó una nota de suicidio en su teléfono móvil dirigida a su esposa e hija.

El Sr. Germán había prestado servicios para la empresa demandada (Aldi Pinto Supermercados) desde el 1 de junio de 2011 con categoría inicial de encargado de tienda destinado en Vitoria. En 2015 solicitó acudir a Torrelavega, se le concedió y trabajó en esta localidad hasta diciembre de 2016. Finalmente, desde diciembre de 2016 hasta febrero de 2021, lo hizo en Santander, y en marzo de 2020 fue ascendido a responsable de tienda.

Como responsable de tienda, el Sr. Germán gestionaba a 18 trabajadores. Su superior inmediato era el Sr. Isidoro, responsable de una zona comprensiva de 10 tiendas. El siguiente escalón era el Sr. Inmanol que, como responsable de ventas, llevaba 30 tiendas.

A enero de 2021, se presentó una denuncia anónima de acoso ante el Servicio de Prevención Mancomunado de Riesgos Laborales. Del contenido de la denuncia se entresacan, con la finalidad de comprender su alcance, las siguientes afirmaciones: “el principal problema de la tienda es el acoso y discriminación que sufre Benita por parte del Responsable de tienda”; “todo ello no afecta únicamente a nuestra compañera sino que tiene doble repercusión, perjudicando al resto de CT con cambios de horarios, sobrecarga de funciones (al vaciar de funciones a la compañera para aislarla y degradada, éstas recaen sobre el resto en el mismo turno) y absoluta desorganización”; “desde hace muchos meses no se celebran reuniones de tienda (casi un año), tampoco briefings en el inicio del día”; “también se publican sin antelación suficiente los horarios ... se realizan constantes cambios”; “el RT ha hecho saber que prefiere el mal ambiente para trabajar confundiendo tensión y presión ... con abuso de poder y agravios”; “se permiten comentarios como estas son las llaves del poder y yo sí puedo ir a tomarme un café porque aquí el que manda soy yo”; “episodios violentos por parte del RT golpeando cestas y gritos vejatorios hacia los CT”.

La empresa encargó al servicio externo Igualia la investigación de la denuncia. Tramitada y desarrollada la oportuna investigación, se identificaron varias acciones contra la víctima, y por ello se concluyó que “existen indicios suficientes de acoso laboral por parte del RT, así como un más que probable conocimiento de estas acciones por parte del RZ”.

El 11/03/2021 el Sr. Germán fue declarado apto para el trabajo sin limitaciones.

El 19/03/2021 el Sr. Germán se personó en la tienda de Santander donde tuvo un incidente con Benita. Tras permanecer en ella 15 minutos, abandonó la tienda.

El 22/03/2021 se celebró en Bilbao (a eso de las 11.00 horas) una reunión entre el responsable de ventas (Imanol), el responsable de zona (Isidoro) y el trabajador (Germán). Durante esta reunión, que se prolongó en torno a una hora, Imanol llevó la

voz cantante junto con German (Isidoro apenas intervino). Inmanol le entregó a Germán una carta de sanción disciplinaria con suspensión de empleo y sueldo por 3 días. Además, se acordó el traslado de Germán a la tienda de Laredo para no coincidir con Benita. El tono de este encuentro fue pacífico, constructivo, educado. Germán grabó este encuentro. De esta grabación sale la afirmación de Germán de que, aunque el traslado a Laredo “no lo entiendo como un castigo”, añade “al puto infierno de Laredo que es un puto infierno esa puta tienda”.

Las conversaciones de *whatsapp* entre el Sr. Germán y sus compañeros, jefes y amigos se unieron a las actuaciones. Entre ellas, Germán escribió a Isidoro lo siguiente: “Estoy igual que antes, estoy jodido, Isidoro, si es que estoy como muy al fondo, ¿sabes? O sea ... pufff, no me ... O sea, lo de Laredo no ... no es que me preocupe, ni no me preocupe, ¿sabes? O sea, de hecho, pensé que ... que íbamos a valorar como salir o yo qué sé ¿sabes? O sea ... es que ... es que...reconozco que es problema mío, ¿eh? Aquí cada uno tiene que asumir lo suyo y yo tengo que asumir lo mío. Lo que pasa es que me jode tío ¿sabes? Me jode porque tengo todo ahí en Santander, tío y ahora voy al puto infierno de Laredo que es un puto infierno esa puta tienda ¿sabes? Pero ... Pfffff”.

El 11/04/2021, el Sr. Germán buscó en Google lo siguiente: “condena a alcalde a tres años de prisión ... delito de acoso laboral mobbing ... acoso laboral: la AP condena a ... sentencia penal por acoso laboral ... consecuencias penales en acoso ... delito de acoso”.

Al día siguiente, el 12/04/2021, es cuando se quitó la vida por ahorcamiento.

El 27/10/2021 la Inspección de Trabajo elaboró informe donde se concluye el nexo causal entre una situación laboral estresante y el suicidio del Sr. Germán, lo que supone su consideración como accidente de trabajo. Se ha propuesto la imposición a la empresa de un recargo por falta de medidas de seguridad del 45 % (falta de evaluación de los riesgos psicosociales y falta de adopción de medidas preventivas adecuadas para eliminarlo o reducirlo), así como una sanción de 8.196 euros (impugnada esta, se rebajó a 2.046 euros).

En relación con las prestaciones de viudedad y orfandad de la esposa e hija, se ha tramitado expediente de determinación de contingencia, considerando enfermedad común.

Hay otros dos factores a considerar (aunque, como se verá en su momento, no serán relevantes en orden a excluir la causalidad): el Sr. Germán arrastraba problemas con su esposa y su padre estuvo enfermo de máxima gravedad en los primeros meses de 2021.

2. Procedimiento en instancia

Doña Sara, esposa del trabajador fallecido, demandó a Aldi Pinto Supermercados, S.L., la Mutua Asepeyo, el INSS y a la TGSS, con la pretensión de que las prestaciones de viudedad y orfandad fueran reconocidas como accidente de trabajo. Tramitado el juicio, el Juzgado 3 de Santander dictó sentencia a 17/06/2022 desestimando la demanda.

3. El recurso de suplicación

Contra la sentencia de instancia anunció e interpuso recurso de suplicación la parte demandante, Doña Sara. El recurso plantea nueve motivos de revisión fáctica y seis motivos de denuncia jurídica en que invocan normas sustantivas y sentencias judiciales.

Impugnaron el recurso de suplicación la Mutua Asepeyo y Aldi Supermercados S.L.

IV. Posición de las partes

Doña Sara, esposa del trabajador fallecido, pretende la declaración de accidente de trabajo como contingencia causante de las prestaciones de viudedad y de orfandad.

Mutua Asepeyo y Aldi Supermercados S.L. sostienen el carácter común de la contingencia, en línea con lo decidido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

V. Normativa aplicable al caso

Ley General de la Seguridad Social, artículo 156, apartado 1 (“Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”).

Ley General de la Seguridad Social, artículo 156, apartado 2, letra e) (“Tendrán la consideración de accidentes de trabajo ... Las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo”).

Ley General de la Seguridad Social, artículo 156, apartado 4, letra b) (“No obstante lo establecido en los apartados anteriores, no tendrán la consideración de accidente de trabajo ... Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado”).

VI. Doctrina básica

Siguiendo previas tendencias jurisprudenciales, el suicidio de la persona trabajadora puede ser calificado como accidente de trabajo si se acredita que se produjo con ocasión o por consecuencia del trabajo por cuenta ajena. Lo más novedoso de la Sentencia de la Sala cántabra lo encontramos en el ámbito de la prueba de la causalidad, pues define lo que se debe probar, y en la existencia, en el caso, de un informe emitido por la Inspección de Trabajo y la llamada “autopsia psicológica”, que la parte demandante aporta al proceso.

VII. Parte dispositiva

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por Doña Sara contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Santander, de fecha 17 de junio de 2022, en el procedimiento número 871/2021, tramitado a su instancia frente al INSS, a la TGSS, a la Mutua Asepeyo y a Aldi Pinto Supermercados, S.L., y, en consecuencia, revocamos la sentencia de instancia declarando en su lugar que las pensiones de viudedad y orfandad derivadas del fallecimiento de D. Germán derivan de contingencia profesional -accidente de trabajo-, con las consecuencias legales inherentes a tal pronunciamiento, condenado a las demandadas a estar y pasar por tal pronunciamiento y a la Mutua ASEPEYO al pago de las prestaciones correspondientes de viudedad y de orfandad, calculadas conforme a una base reguladora mensual de 2.886,23 euros, con fecha de efectos el 13 de abril de 2021, y al pago de una indemnización a tanto alzado de 6 mensualidades de dicha base reguladora a la viuda demandante y de una mensualidad para la hija común.

VIII. Pasajes decisivos

“La tendencia jurisprudencial es la de admitir con carácter restrictivo la etiología laboral en el acto suicida pero se admite, sin embargo ... cuando exista un nexo de causalidad claramente acreditado, como sucede cuando el suicidio arranca de un estado mental patológico causado a su vez por un previo accidente laboral. Lo que sí es importante reseñar es que la naturaleza voluntaria del acto inicial suicida no es obstáculo para su posible consideración como accidente de trabajo”.

“En el presente caso, entendemos aplicable la teoría de la ocasionalidad relevante, que se caracteriza por una circunstancia negativa y otra positiva. La primera es que los

elementos generadores del accidente no son específicos o inherentes al trabajo y la positiva es que o bien el trabajo o bien las actividades normales de la vida del trabajo hayan sido condición sin la que no se hubiese producido el evento”.

“A la luz del relato fáctico, es evidente que existió una clara conexión o relación de causalidad relevante entre la acción suicida y el trabajo, esto es, que el trabajo o las circunstancias en las que se desarrollaba su prestación de servicios laboral es lo que está en la base de la decisión de quitarse la vida”.

“Realmente relevante es que no constan antecedentes psiquiátricos o patologías psíquicas previas que pudieran desvincular el fallecimiento del actor con la problemática laboral a la que nos venimos refiriendo y, por ello, concluimos que la decisión de quitarse la vida estuvo vinculada de manera próxima y más que directa con su trabajo y, en concreto, con la situación derivada de la demanda por acoso laboral y las consecuencias de la misma”.

“Hemos de puntualizar al respecto que la consideración del suicidio que tiene lugar fuera del lugar y del tiempo de trabajo, esto es, al margen de la presunción del artículo 156.3 LGSS, se ha admitido judicialmente en función de los elementos fácticos que consten acreditados y, en concreto, cuando existe una relación de causalidad con el trabajo, como aquí ocurre”.

IX. Comentario

La calificación del suicidio de la persona trabajadora tropieza con argumentos contrarios, algunos derivados de ciertos prejuicios sobre la figura del suicida. Quizás el más extendido es que es un acto de autolesionismo que, como acto doloso, está excluido de la consideración de accidente de trabajo en el artículo 156.4.b) de la LGSS. Pero un acto doloso no es asimilable al suicidio. Aunque la libertad está sometida a determinismos, un acto doloso es siempre voluntario, o esencialmente voluntario, al prevalecer la voluntad sobre los determinismos. Sin embargo, en el suicidio la voluntad, en cuanto facultad mental ligada a la vida, se ha doblegado -dicho sea con redundancia- a determinismos determinantes de una determinación suicida, destructora de la vida y la propia voluntad^[1]. En línea semejante, la OMS ha puesto de manifiesto que la persona suicida “no quiere dejar de vivir”, solo quiere “dejar de sufrir” una situación personal para la que no ve salida, de modo que adopta una solución definitiva para un problema que muchas veces es temporal.

Acaso por estas u otras semejantes razones ontológicas, la postura extrema de negar la causalidad dada la supuesta voluntariedad del suicidio desde antiguo ha conocido excepciones en la jurisprudencia laboral. Poco a poco, la jurisprudencia ha ido perfilando los supuestos de causalidad entre trabajo y suicidio (consumado o intentado). No vamos a entrar en este examen jurisprudencial. La Sentencia objeto del presente comentario^[2] realiza un completo repaso de toda esa jurisprudencia en cuyo análisis aquí no entraremos y que, a quien interese, puede consultar simplemente leyendo la Sentencia en toda su extensión.

Baste aquí apuntar que la Sentencia cántabra se inscribe expresamente en esa tendencia jurisprudencial cuando concluye lo que sigue: “La tendencia jurisprudencial es la de admitir con carácter restrictivo la etiología laboral en el acto suicida pero se admite, sin embargo ... cuando exista un nexo de causalidad claramente acreditado, como sucede cuando el suicidio arranca de un estado mental patológico causado a su vez por un previo accidente laboral. Lo que sí es importante reseñar es que la naturaleza voluntaria del acto inicial suicida no es obstáculo para su posible consideración como accidente de trabajo”.

Más relevante, en orden al comentario de la Sentencia, nos parece incidir en particular en lo que de novedoso puede presentar dentro de la tendencia jurisprudencial en la cual expresamente se inscribe. Y a estos efectos, lo más novedoso está en el ámbito probatorio.

¿Qué hay que probar? La Sentencia precisa, condensando afirmaciones tomadas de precedentes judiciales, lo que hay que probar en orden a la que denomina “teoría de la ocasionalidad relevante”, que caracteriza por una circunstancia negativa y otra positiva: la negativa supone excluir que los elementos generadores del accidente no son específicos o inherentes al trabajo y la positiva es que o bien el trabajo o bien las actividades normales de la vida del trabajo hayan sido condición sin la que no se hubiese producido el evento.

Basándose en esta teoría, la Sentencia desgrana, en positivo, los datos fácticos que le conducen a esa conclusión: una denuncia anónima contra el trabajador causante en la cual se le acusa de acoso laboral; una investigación realizada por un servicio externo; en pleno proceso de investigación, el causante acude al centro de trabajo de la víctima, produciéndose un incidente; reunión con la jefatura, sanción al causante y traslado a otra tienda; la conversaciones de *whatsapp* previas al suicidio; la preocupación por las responsabilidades en las cuales el causante pudo haber incurrido. Datos fácticos valorados en su conexión temporal pues “los problemas de índole laboral tienen una clara conexión temporal con el acto suicida, pues se inician apenas tres meses antes del fatal desenlace y están muy presentes los días previos a la toma de la decisión de quitarse la vida”.

Además, se valora el informe de la Inspección de Trabajo donde se concluye el nexo causal entre una situación laboral estresante y el suicidio del Sr. Germán, lo que supone su consideración como accidente de trabajo. Se ha propuesto la imposición a la empresa de un recargo por falta de medidas de seguridad del 45 % (falta de evaluación de los riesgos psicosociales y falta de adopción de medidas preventivas adecuadas para eliminarlo o reducirlo), así como una sanción de 8.196 euros (impugnada esta, se rebajó a 2.046 euros).

Ya en negativo, la Sentencia descarta que “la problemática familiar tenga la entidad precisa para suponer una ruptura del nexo causal, siendo así que, incluso, no sería descartable considerar, atendiendo al conjunto de elementos fácticos descritos, que la referida problemática laboral estuviera interfiriendo en su vida familiar y, por ende, en su salud mental y no al contrario”. “En realidad, lo realmente relevante es que no constan antecedentes psiquiátricos o patologías psíquicas previas que pudieran desvincular el fallecimiento del actor con la problemática laboral a la que nos venimos refiriendo”.

Todo ello le lleva a la Sala cántabra a concluir que “la decisión de quitarse la vida estuvo vinculada de manera próxima y más que directa con su trabajo y, en concreto, con la situación derivada de la demanda por acoso laboral y las consecuencias de la misma”.

¿Cómo probarlo? La naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación por definición excluye de las sentencias dictadas la valoración de las pruebas practicadas. Sin embargo, una lectura de la sentencia de suplicación nos da pistas muy relevantes de cuáles han sido los medios de prueba utilizados, y también de cómo han influido en la decisión.

Una buena parte de los medios de prueba practicados son los habituales en procesos donde se dilucidan riesgos psicosociales: las comunicaciones a través de mensajería instantánea y la grabación disimulada de conversaciones. Un repaso a las revisiones fácticas solicitadas nos permite confirmar su utilización en el caso enjuiciado, siendo de precisar que la sentencia les dio validez, y daba su contenido por reproducido. Por ello, se rechazaron por innecesarias las revisiones fácticas que solo pretendían una transcripción completa de los mensajes o de la reunión. Ahora bien, los datos tomados de esas comunicaciones y grabación hemos visto que han sido los cimientos para la decisión.

Más singularidad presenta el informe a favor del carácter profesional emitido por la Inspección de Trabajo, pues no es tan habitual contar con un informe en tal sentido. Un informe, además, que la Sentencia objeto de comentario ha tomado en

consideración, como lo demuestra que aparece expresamente citado en el mismo corazón de su *ratio decidendi* (cuando, como hemos visto en párrafos precedentes, verifica la existencia de causalidad)

Finalmente, la parte demandante ha aportado una autopsia psicológica realizada por un Médico psiquiatra del Servicio Vasco de Salud - Osakidetza, Profesor asociado del Departamento de Neurociencias de la Universidad del País Vasco, Miembro de la Comisión Académica de Posgrado en Suicidología de la UPV/EHU, y que está acreditado para la realización de autopsias psicológicas por la American Association of Suicidology (AAS). Y las conclusiones de la autopsia psicológica fueron que “el suicidio de D. Germán no se hubiera producido sin el episodio de rechazo vivido en la tienda de Santander el día 19, advirtiendo que la supuesta víctima de acoso y el resto de compañeros conocían los resultados de la investigación con días de antelación y si la reunión del 22 de marzo se hubiera realizado en otros términos”, y que “no concurre ningún otro factor desencadenante, ni contexto personal ni intrafamiliar identificable, tampoco la enfermedad del padre de D. Germán, que por aquel entonces estaba resolviéndose de manera satisfactoria”.

Ciertamente, la Sala cántabra no estimó la revisión fáctica basada en dicha prueba pericial, pero, al desestimarla, también advierte que “cuestión distinta es la concreta consideración que merezcan los distintos hechos objetivos que constan debidamente acreditados y que deben ser objeto de valoración por la Sala junto a la normativa y a la jurisprudencia aplicable al caso”, lo que nos da la idea de que las conclusiones de la autopsia psicológica han sido tomadas en consideración en la medida en que en ella se enlazaban los datos fácticos existentes parecidamente a cómo lo ha hecho la Sala cántabra.

Queda así refrendada la posibilidad, en supuestos de suicidio, de utilizar la autopsia psicológica como método científico de evaluación reconstructiva *post mortem* del estado mental de una persona en el momento de su muerte para verificar si su causa ha sido un suicidio y en ese caso comprender las circunstancias del suicidio. Incluye el análisis de los antecedentes de la persona fallecida y de sus relaciones sociales, también el análisis de posibles indicios de comportamiento suicida, así como cuestionarios a familiares y allegados. Se trata de un método estandarizado de análisis científico que, en el caso, fue realizado por un perito en base a criterios de la American Association of Suicidology (AAS).

X. Apunte final

El suicidio vinculado con causa profesional es un problema creciente en el ámbito de las relaciones laborales. No solo en España. En 2019, la cúpula directiva de France Telecom fue condenada penalmente por la Justicia de la República francesa a causa de un acoso moral masivo que determinó el suicidio de hasta 19 trabajadores de la empresa. En Japón, el fenómeno tiene nombre propio: “karojisatsu” o suicidio de la persona afectada por el exceso de trabajo; y este, el exceso de trabajo, también tiene nombre propio: “karoshi”.

En España, las últimas estadísticas conocidas arrojan cifras demoledoras de suicidios: en 2020, 3.941, y en 2021, 4.003 (datos del INE). Aunque seguimos por debajo de la media mundial, no es menos cierto que, desde 1980 (en que se suicidaron 1.642 personas), la progresión al alza es muy relevante (desde 1980 hasta 2021, se ha multiplicado por 2,5).

Como demuestra la Sentencia comentada, las causas del suicidio en España a veces son laborales. Desgraciadamente, los casos como los de esta Sentencia se van a repetir, y en este sentido los criterios valorativos y probatorios de esta Sentencia resultaran útiles para la calificación del suicidio de la persona trabajadora como un accidente de trabajo.

Aunque lo deseable sería que esos criterios no tuvieran que utilizarse nunca más porque ninguna persona trabajadora se hubiere suicidado. De ahí la necesidad de profundizar en el derecho a la salud laboral en el trabajo a través de la deuda de

seguridad de la empresa, y a través de un mayor compromiso al respecto de los Poderes públicos.

Referencias:

1. ^ Repito aquí la expresión que utilice en José Fernando LOUSADA AROCHENA, "El suicidio como accidente de trabajo. Comentario a la STSJ Galicia 4 abril 2003", *Actualidad Laboral*, número 27, 2033, pp. 2331-2333.
2. ^ La Sentencia comentada ha sido ya prontamente noticiada por José SÁNCHEZ PÉREZ, "Una nueva sentencia abre expectativas de defensa para el suicidio inducido por causas laborales", *Noticias CIELO*, número 3, 2023.

§ 41 Vacaciones devengadas y no disfrutadas por motivos de salud cuando existe dispensa empresarial de acudir al trabajo: el derecho no prescribe, aunque no se hayan pedido antes de terminar el contrato a tiempo parcial, y se concreta en una compensación económica sustitutiva.

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen: *Cuando no se pueden disfrutar parte de las vacaciones por motivos de salud y el trabajador se encuentra dispensado de trabajar y, por tal motivo, no puede recuperarlas de modo efectivo, no se pierde el derecho por el transcurso del tiempo y se puede solicitar una compensación económica cuando se extingue la relación laboral.*

Palabras clave: *Derecho de vacaciones. Trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación. Prescripción del derecho. Compensación económica.*

Abstract: *When part of the holidays cannot be taken due to health reasons and the employee is excused from work and, for this reason, cannot effectively recover them, the right is not lost due to the passage of time and financial compensation can be requested when the employment relationship is terminated.*

Keywords: *Vacation entitlement. Part-time work before retirement. Prescription of the right. Economic compensation.*

I. Introducción

El TJUE se pronuncia de nuevo sobre una posible caducidad del derecho a vacaciones cuando no ha sido posible disfrutarlas por completo debido a una enfermedad. Como en otras ocasiones, reitera que, salvo supuestos extraordinarios, el derecho de vacaciones no prescribe. Pero habida cuenta las especialísimas circunstancias de hecho del supuesto examinado, en el que tras un periodo de no trabajo se pasa a la jubilación, entiende que el trabajador perjudicado tiene derecho a la compensación económica reclamada, como segunda vertiente del derecho a las vacaciones devengado y no disfrutado al finalizar la relación laboral

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia,

Órgano judicial: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia de 27 de abril de 2023.

Tipo y número recurso o procedimiento: Cuestión prejudicial. Asunto C-192/22.

Fuente: Curia

Ponente: Sra. I. Ziemele

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El demandante trabajó para la empresa *Bayerische Motoren Werke* desde 1986 hasta el 30 de septiembre de 2019, pasando a situación de jubilación el 1 de octubre de 2019. Antes la jubilación, en 2012, las partes acordaron novar su relación laboral y convertirla en una relación laboral a tiempo parcial con carácter previo a su jubilación. En concreto, se acordó que FI trabajara del 1 de febrero de 2013 al 31 de mayo de 2016 pero que después disfrutara de un período de dispensa de trabajo hasta la jubilación que abarcaría del 1 de junio de 2016 al 30 de septiembre de 2019, fecha de inicio de la jubilación.

En mayo de 2016, esto es, a finales del periodo de actividad comprometido, el trabajador comenzó a disfrutar de las vacaciones devengadas en 2016 si bien durante ese periodo vacacional estuvo enfermo y no pudo disfrutar de dos días y dos tercios de un día de vacaciones antes del fin del mes de mayo de 2016, momento en que comenzaba el periodo de dispensa del trabajo. Terminado el periodo de dispensa de trabajo, en 2019, el trabajador interpuso una demanda contra la empresa solicitando la compensación económica por los días de vacaciones no disfrutados por causa de enfermedad.

En el Derecho alemán se prevé que “las vacaciones deberán concederse y disfrutarse durante el año natural en curso” y solamente se permite “aplazar las vacaciones al año natural siguiente cuando esté justificado por necesidades perentorias del servicio o por motivos personales del trabajador” estipulándose que, “en caso de aplazamiento, las vacaciones deberán concederse y disfrutarse en los tres primeros meses del año natural siguiente”. Cuando las vacaciones no pueden disfrutarse en todo o en parte debido a la extinción de la relación laboral, la legislación alemana concede el abono de una compensación económica.

Sobre dicha fundamentación jurídica, su demanda es desestimada en instancia y en apelación. Básicamente, los órganos judiciales nacionales consideran que el derecho de vacaciones del trabajador había expirado el 31 de marzo de 2017 al estar la relación laboral vigente, declarando además que el hecho de que el empresario no le hubiera advertido de la necesidad de agotar sus vacaciones en el presente caso carecía de pertinencia ya que al empresario le había sido imposible realizar dicha advertencia habida cuenta de la dispensa de trabajo de la que disfrutaba el trabajador hasta su jubilación. No obstante, en casación el *Bundesarbeitsgericht* (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania) decide interponer una cuestión prejudicial porque tiene dudas de que la regulación alemana, que extingue el derecho a vacaciones en un determinado plazo, vulnera el derecho a vacaciones retribuidas, cuando el trabajador no ha podido agotar sus días de vacaciones por una dispensa en el trabajo. Le interesa conocer si se extinguen las vacaciones adquiridas en la fase de trabajo al cumplirse el año de devengo durante la fase de dispensa o en un momento posterior y solicita que se determine en qué medida el empresario ha ofrecido efectivamente al trabajador afectado la posibilidad de ejercer su derecho a vacaciones en un supuesto tan particular donde la relación está viva, pero no hay obligación de trabajo efectivo.

IV. Posición de las partes

El trabajador demandante reclama la compensación económica por vacaciones devengadas no disfrutadas ya que la relación laboral se ha extinguido y no ha podido disfrutar dichas vacaciones al estar antes de su jubilación en una situación de dispensa de trabajo con lo que las vacaciones no tenían sentido.

La empresa considera que ha decaído su derecho a reclamar las vacaciones, al estar vigente la relación laboral, y aduce que no ha incumplido su deber de cooperación en el disfrute de estas.

V. Normativa aplicable al caso

- Art 31.2 Carta de Derechos Fundamentales d la Unión Europea.
- Art. 7 de la Directiva 2003/2008 sobre tiempo de trabajo.
- Art. 7 de la Bundesurlaubsgesetz (Ley Federal sobre las Vacaciones), de 8 de enero de 1963 (BGBl. 1963, p. 2), en su versión aplicable al litigio principal.

VI. Doctrina básica

Cuando las vacaciones no se han podido disfrutar por una enfermedad de corta duración antes de la extinción de la relación laboral al no tener que prestar servicios el trabajador, el derecho no prescribe antes de la extinción de la relación laboral al no poder desplegar su finalidad y puede ser sustituido por la vertiente de compensación económica al llegar la extinción (en este caso, por jubilación).

VII. Parte dispositiva

El artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en relación con el artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece que el derecho a vacaciones anuales retribuidas adquirido por un trabajador en el ejercicio de su trabajo en el marco de un régimen de trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación se extingue, al finalizar el año de devengo de las vacaciones o en una fecha posterior, cuando el trabajador no ha podido disfrutar de esas vacaciones antes de la fase de dispensa de trabajo por motivo de enfermedad, aunque no se trate de una ausencia de larga duración.

VIII. Pasajes decisivos

- “El derecho a vacaciones anuales constituye solamente una de las dos vertientes del derecho a vacaciones anuales retribuidas como principio fundamental del Derecho social de la Unión. En efecto, una vez que la relación laboral ha finalizado y que, por consiguiente, ya no resulta posible disfrutar de modo efectivo las vacaciones anuales retribuidas, el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88 establece que el trabajador tiene derecho a una compensación económica a fin de evitar que, como consecuencia de esta imposibilidad, el trabajador quede privado de todo disfrute del mencionado derecho, incluso en forma pecuniaria” (p. 18)
- “El artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88 solo impone como condición para que nazca el derecho a una compensación económica que, por un lado, la relación laboral se haya extinguido y que, por otro, el trabajador no haya disfrutado de todas las vacaciones anuales a las que tenía derecho en la fecha en que se extinguió dicha relación” (p. 22)
- “El artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva debe interpretarse en el sentido de que no se opone a disposiciones que limitan, mediante un período de aplazamiento de quince meses a cuyo término se extingue el derecho a las vacaciones anuales retribuidas, la acumulación de derechos a dichas vacaciones de un trabajador que se haya encontrado en situación de incapacidad laboral durante varios períodos consecutivos de devengo de vacaciones” (p. 28)
- “En el presente asunto, no se trata de una ausencia de larga duración por motivos de salud o de una ausencia que abarque varios períodos de devengo consecutivos, sino de un período muy limitado, de dos días y dos tercios de un día, durante el que FI no pudo disfrutar de vacaciones” (p. 30), “la imposibilidad

de agotar las vacaciones adquiridas no se debe a una ausencia prolongada del trabajador por motivo de enfermedad (...), sino al hecho de que el empresario eximió al trabajador de trabajar” (p. 31) y “el empresario está en condiciones de excluir o de reducir tal riesgo acordando con el trabajador que este tome sus vacaciones a su debido tiempo” (p. 32).

- “Denegar a un trabajador que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, no ha podido ejercer su derecho a vacaciones anuales retribuidas antes de que su relación laboral haya finalizado, debido a una circunstancia imprevista, como la enfermedad, cualquier derecho a tal compensación económica privaría de su propio contenido al derecho previsto en el artículo 7 de la Directiva 2003/88, interpretado a la luz del artículo 31, apartado 2, de la Carta” (p. 33)

IX. Comentario

En varias ocasiones se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre el derecho a las vacaciones anuales retribuidas de las personas trabajadoras. Se trata de un derecho fundamental cuya interpretación por el TJUE ha sido extensiva y claramente protectora, tanto en la vertiente de su efectivo disfrute, como en la vertiente del derecho a la compensación por no haberlas podido disfrutar cuando la relación laboral se ha extinguido^[1].

Constituye un derecho fundamental que no se pierde por el hecho de no haber sido solicitado, de lo que se sigue que el empresario ostenta un deber de colaboración para que se produzca su disfrute efectivo mientras se encuentra vigente la relación laboral. Esta “necesaria proactividad empresarial” para el disfrute de las vacaciones^[2] se encuentra dirigida a evitar que el derecho al descanso se pierda como consecuencia del transcurso de cualesquiera plazos de caducidad o prescripción (asuntos acumulados C-518/20 y C-727/20, sentencia de 22 de septiembre de 2022).

Tan sólo se ha admitido por el TJUE el juego de los periodos de prescripción contemplados en las normas nacionales cuando el trabajador incurre en ausencias de larga duración por motivos de salud que genera largos periodos acumulados de vacaciones, al ponderar el derecho de vacaciones del trabajador con el del empresario a la organización del trabajo, en tanto en tales casos el trabajador podría acumular un número tan amplio de vacaciones que, además, de que su disfrute no cumpliría con su finalidad, implicarían claramente una desorganización empresarial afectando a los derechos de otros trabajadores y a la propia actividad empresarial.

La peculiaridad del presente supuesto es que el trabajador, que no puede disfrutar plenamente de todos los días de vacaciones por una breve enfermedad sucedida en su transcurso, cuando las vacaciones terminan no tiene que retornar al trabajo, sino que se encuentra eximido de prestar su actividad hasta que se extinga la relación laboral por jubilación. En un supuesto normal, en el que el trabajador con una relación laboral vigente no pudiera disfrutar de dos días y medio de vacaciones por enfermedad, lo habitual es que se los dieran a continuación o en otro momento y su disfrute supusiera la exención de prestación de trabajo de modo retribuido. De no solicitar los días devengados que no pudo disfrutar de modo efectivo cuando el empresario mostrara su cooperación para su disfrute, el dilema sería determinar si jugarían los plazos de prescripción nacionales y si, transcurridos los mismos, decaería o no el derecho, porque, de momento, el juego de la prescripción y caducidad solo se ha admitido en supuestos de “excesiva” onerosidad empresarial. Pero, al margen del dilema mencionado, al menos teóricamente, en esa situación hipotética normal cabría la posibilidad de disfrutar de esos días de modo efectivo, esto es, mediante un descanso retribuido.

La cuestión que hace que el caso examinado sea peculiar es que terminado el periodo de vacaciones devengado, el trabajador no puede disfrutar de modo efectivo los dos días y medio que no pudo disfrutar por estar enfermo, simplemente, porque no tiene que volver a trabajar, a pesar de tener una relación vigente, no suspendida, sino

en fase de inactividad o periodo de dispensa concedido por acuerdo con el empresario. La cuestión entonces es si, en tal caso, a la vuelta comenzaba el plazo de prescripción de 3 meses establecido en la legislación alemana (como mantenían los tribunales nacionales), es decir si debió reclamar “su disfrute” en 2017 y no, como hizo, reclamando una compensación económica en 2019 cuando la relación se extinguió por alcanzar la edad de jubilación. Para el TJUE acoger dicha interpretación sería vaciar el derecho a las vacaciones y olvidar que existe otra vertiente del derecho: la compensación económica tras la extinción del contrato cuando no pueden disfrutarse por tal motivo. Y aquí tal posibilidad parece encajar perfectamente pues la concesión de días retribuidos sin ir a trabajar deviene imposible.

Por otro lado, por lo que se refiere a la aplicación de los plazos máximos de prescripción o caducidad del derecho a las vacaciones retribuidas, debe destacarse igualmente el hecho de que el TJUE recuerde que, aunque la relación esté vigente, aquí no es aplicable la doctrina que permite, de modo excepcional, una limitación nacional del disfrute de este derecho fundamental cuando no se ha disfrutado por razones de salud. Como recuerda la propia sentencia, de la jurisprudencia del TJUE se desprende que una ausencia por razones de salud resulta, en principio, imprevisible y ajena a la voluntad del trabajador y que “sólo en caso de ausencia de larga duración por motivos de salud puede temer el empresario que el trabajador acumule periodos de ausencia de larga duración que puedan crearle dificultades en cuanto a la organización del trabajo”, haciendo referencia a la STJUE de 29 de noviembre de 2017, King, C-214/16 y a la STJUE de 22 de noviembre de 2011, KHS, C- 214/10, por lo que, teniendo en cuenta “no solo la protección del trabajador que persigue la Directiva 2003/88, sino también la del empresario, que debe hacer frente al riesgo de una acumulación demasiado prolongada de periodos de ausencia del trabajador y de las dificultades que estos podrían causar para la organización del trabajo” declaraba que las disposiciones nacionales “que limitan, mediante un período de aplazamiento de quince meses a cuyo término se extingue el derecho a las vacaciones anuales retribuidas, la acumulación de derechos a dichas vacaciones de un trabajador que se haya encontrado en situación de incapacidad laboral durante varios periodos consecutivos de devengo de vacaciones” no se oponen al art. 7.1 de la Directiva sobre tiempo de trabajo.

Pero deja claro que las circunstancias del presente litigio no son equiparables y, por ello, no permiten justificar una excepción al principio establecido por el artículo 7 de la Directiva 2003/88 según el cual, cuando el trabajador no ha podido disfrutar de sus vacaciones, no puede extinguirse el derecho a vacaciones anuales retribuidas adquirido al término del período de devengo o de un período de aplazamiento fijado por el Derecho nacional. Las razones en tal sentido son contundentes: a) porque en el caso examinado no se trata de una ausencia de larga duración por motivos de salud o de una ausencia que abarque varios periodos de devengo consecutivos, sino de un periodo muy limitado, de dos días y dos tercios de un día, durante el que FI no pudo disfrutar de vacaciones; porque la imposibilidad de agotar las vacaciones adquiridas no se debe a una ausencia prolongada del trabajador por motivo de enfermedad, sino al hecho de que el empresario eximió al trabajador de trabajar, c) porque en el presente caso no estamos ante un hecho imprevisible, ya que “cuando se trata de una relación laboral a tiempo parcial en el marco del régimen de trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación” normalmente el empresario “está en condiciones de excluir o de reducir tal riesgo acordando con el trabajador que este tome sus vacaciones a su debido tiempo”.

Tales precisiones contribuyen, sin duda, a clarificar la cláusula de “escape” que había dejado abierta el TJUE como supuesto excepcional limitativo de este derecho laboral. El caso, por especial que parezca, con un periodo de tiempo de inactividad tan amplio antes de la extinción de la relación laboral por jubilación, pudiera encontrar algún “eco” español en los supuestos de distribución irregular del trabajo en los que las vacaciones se dieran después del periodo máximo de actividad concentrada y posteriormente se extinguiera la relación laboral o, incluso, en supuestos de fijos discontinuos que tras el periodo de inactividad no son vueltos a llamar.

Referencias:

1. ^ NOGUEIRA GUASTAVINO M., *“El final de un principio y el comienzo de un derecho. Las vacaciones anuales retribuidas como derecho fundamental y su repercusión n materia de responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea”*. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 142/2019, pp. 449-464.
2. ^ SEMPERE NAVARRO S., *La necesaria proactividad empresarial para el disfrute de las vacaciones*, RJL, BOE, 9/2022, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2022-00000002119

§ 42 Legislación excepcional de urgencia e igualdad de género en el empleo y la ocupación. La constitucionalidad del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional

Resumen: *La Sentencia del Tribunal Constitucional 18/2023, de 21 de marzo, ha desestimado el recurso de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados frente al Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, por considerar que el Gobierno ha aportado justificación suficiente de la concurrencia del presupuesto constitucional de la extraordinaria y urgente necesidad, requerido por el art. 86.1 CE para que el Gobierno pueda recurrir legítimamente a aprobar legislación excepcional de urgencia; con el objetivo político de conseguir la igualdad y corregir con urgencia las persistentes e injustificadas discriminaciones entre mujeres y hombres en el trabajo.*

Palabras clave: *Decretos-leyes. Extraordinaria y urgente necesidad. Justificación. Discrecionalidad política. Igualdad de género. Discriminación. Conexión de sentido. Eficacia normativa. Inmediatez.*

Abstract: *The Constitutional Court Judgment 18/2023, of March 21, has dismissed the unconstitutionality appeal filed by more than fifty deputies of the Popular Parliamentary Group of the Congress of Deputies against Royal Decree-Law 6/2019, of March 1, considering that the Government has provided sufficient justification for the concurrence of the constitutional budget of extraordinary and urgent need, required by art. 86.1 CE so that the Government can legitimately resort to passing exceptional emergency legislation; with the political objective of achieving equality and urgently correcting the persistent and unjustified discrimination between women and men at work.*

Keywords: *Decree-laws. Extraordinary and urgent need. Justification. Political discretion. Gender equality. Discrimination. Sense connection. Regulatory efficacy. Immediacy.*

I. Introducción

La sentencia se dicta en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados respecto de la totalidad del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOE, 7 de marzo). El recurso de

inconstitucionalidad aduce un único motivo: la ausencia para la aprobación del citado real decreto-ley del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad y, por tanto, la infracción del art. 86.1 CE. La sentencia del Tribunal Constitucional aprecia la justificación suficiente del presupuesto constitucional de la extraordinaria y urgente necesidad que permite excepcionalmente al Gobierno emanar la norma de urgencia a partir del control externo que el Tribunal efectúa de la justificación gubernamental en la exposición de motivos de la norma impugnada, en el trámite de convalidación en el Congreso de los Diputados y en la memoria de análisis de impacto normativo; control que ha de respetar el margen de apreciación política y de oportunidad del Gobierno en la configuración de su política reformista y, en concreto, de sus políticas de igualdad, y del Congreso de los Diputados -en este caso, de su Diputación Permanente- en su convalidación. En consecuencia, la sentencia desestima el recurso de inconstitucionalidad.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Constitucional (Pleno).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 18/2023, de 21 de marzo.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de inconstitucionalidad núm. 2206/2019.

ECLI:ES:TC:2023:18

Fuente: BOE

Ponente: Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón (Presidente).

Votos Particulares: un voto particular formulado conjuntamente por la magistrada y los magistrados don Ricardo Enríquez Sancho, don Enrique Arnaldo Alcubilla, doña Concepción Espejel Jorquera y don César Tolosa Tribiño

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Problema suscitado

Como ya se ha señalado, el problema suscitado por los más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados que interpusieron recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación [art. 162.1.a) CE y art. 32.1.c) LOTC] , se refería a la falta del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad, que habilita al Gobierno a “dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general” (art. 86.1 CE). El problema del control por el Tribunal Constitucional del presupuesto constitucional del dictado por el Gobierno de decretos-leyes, frecuente en la jurisprudencia constitucional desde la STC 29/1982, de 31 de mayo, presenta en este caso la singularidad de que se centra en su justificación por el Gobierno de la situación constitucional requerida, habilitadora de su intervención legislativa excepcional, y en que esa justificación por el Gobierno se vincula a un estado de freno normativo y social de la igualdad de género en el trabajo, y de persistencia de discriminaciones intolerables, causados por una regulación legal insuficiente para combatir tan nocivas consecuencias, y que esto ocurre en una coyuntura política problemática, en que la aprobación del decreto-ley impugnado se hizo conociendo la voluntad del Presidente del Gobierno de disolver anticipadamente las Cámaras - declaración institucional del presidente del Gobierno el día 15 de febrero de 2019-, habiendo sido seguida, casi inmediatamente, de la efectividad de esa disolución anticipada y de la convocatoria de elecciones generales para el 25 de abril

por Real Decreto 129/2019, de 4 de marzo. El decreto-ley aprobado por el Gobierno fue sometido a debate y votación de totalidad ante la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados, conforme al art. 78.2 CE, en su sesión de 3 de abril^[1], resultando convalidado por 40 votos a favor y 25 en contra. Sometida a votación su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, se rechazó por 12 votos a favor y 53 en contra^[2].

2. Antecedentes

El recurso de inconstitucionalidad se interpuso el 4 de abril de 2019 por los diputados comisionados por más de 50 diputados pertenecientes al Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados contra la totalidad del Real Decreto-ley 6/2019 por la carencia de presupuesto habilitante de su dictada en infracción del art. 86.1 CE.

Fue admitido a trámite por providencia del Pleno de 7 de mayo de 2019, a propuesta de la Sección Primera, dando traslado de la demanda y de los documentos presentados al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus presidentes, y al Gobierno, por conducto del ministro de Justicia, al objeto de que, en el plazo de quince días, pudieran personarse en el procedimiento y formular alegaciones (art. 34 LOTC), y publicándose la incoación del procedimiento en el BOE de 14 de mayo de 2019.

El Abogado del Estado se personó en nombre del Gobierno mediante escrito de 16 de mayo de 2019 y solicitó prórroga por el máximo legal del plazo concedido para formular alegaciones. Por personado por diligencia de ordenación de 16 de mayo de 2019 de la secretaria de justicia, se prorrogó en ocho días el plazo concedido por providencia de 7 de mayo de 2019.

La presidenta del Congreso de los Diputados y el presidente del Senado, respectivamente, comunicaron, los acuerdos de personación de dichas cámaras en el procedimiento y ofrecieron su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC por escritos registrados el 23 y el 31 de mayo de 2019.

El magistrado don Juan Carlos Campo Moreno, formalizó su voluntad de abstenerse en el conocimiento del recurso, por escrito de 10 de febrero de 2023, de acuerdo con lo previsto en los arts. 217 y 221 de la LOPJ en relación con el art. 80 LOTC, por entender que concurría la causa del art. 219.13 LOPJ. Por auto de 21 de febrero de 2023, el Pleno acordó estimar justificada la abstención formulada por el magistrado y apartarle definitivamente del conocimiento del mismo y de todas sus incidencias.

Habiendo declinado la ponencia el magistrado don César Tolosa Tribiño, se designó como nuevo ponente al presidente don Cándido Conde-Pumpido Tourón.

Por providencia de 21 de marzo de 2023 se acordó señalar ese mismo día para la deliberación y votación de la presente sentencia (Antecedentes, 1, 3, 4, 5, 7, 8 y 9).

IV. Posición de las partes

1. De los diputados recurrentes

Los diputados recurrentes desarrollaron el motivo de inconstitucionalidad hecho valer en su recurso, alegando en su demanda el incumplimiento del requisito "presentación explícita y razonada" de las razones para la aprobación del real decreto-ley y la falta de efecto inmediato de su regulación sobre la situación jurídica existente, exponiendo: 1), que ciertas frases que el Gobierno ha utilizado para fundamentar la extraordinaria y urgente necesidad del dictado del real decreto-ley recurrido son idénticas a las empleadas, al mismo fin, en la motivación de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 10/2018, de 24 de agosto, por la que se modifica la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil

y la dictadura; 2), que la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad para la aprobación del real decreto-ley impugnado, contenida en su exposición de motivos, se efectúa con meras afirmaciones y frases genéricas vacías de contenido (contra lo prevenido en la STC 142/2014, de 11 de septiembre, FJ 3) y no sustentadas en datos o información adicional del Instituto de la Mujer, del INE, del Instituto Europeo de Igualdad, o de cualquier otro banco de datos o estadística oficial que las confirmen. En iguales defectos habría incurrido la vicepresidenta del Gobierno en el debate de convalidación, sin que las meras opiniones, creencias o suposiciones puedan justificar el recurso gubernamental a la extraordinaria legislación de urgencia; 3), que el Gobierno no había justificado, debiendo hacerlo (SSTC 68/2007, de 28 de marzo, FJ 10; 137/2011, de 28 de marzo, FJ 7, y 61/2018, de 7 de junio, FJ 9), los perjuicios u obstáculos que para la consecución de los objetivos reformadores se hubieran derivado de la tramitación de la reforma normativa por el procedimiento legislativo parlamentario, pues en el momento de disolución de las Cortes Generales (5 de marzo), poco después de la aprobación del real decreto-ley impugnado (1 de marzo), se encontraban en tramitación hasta diez proposiciones de ley con la misma temática; 4), que las medidas legislativas propuestas, en concreto las contenidas en los arts. 1, 2, 3 y 4 del real decreto-ley recurrido, no modificaban de manera inmediata la situación jurídica existente, sino de manera aplazada en el tiempo en meses o en años, sujetas al desarrollo informático y a una *vacatio legis* de un mes, todo lo cual contradecía la situación de extraordinaria y urgente necesidad que habilita al Gobierno a recurrir a la legislación de urgencia (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; 39/2013, de 14 de febrero, FJ 9, y 12/2015, de 5 de febrero, FJ 3); y 5), que el real decreto-ley impugnado tampoco justifica una coyuntura previa negativa e incierta en su desarrollo que haga necesaria su aprobación, pues los datos existentes sobre desigualdad arrojan una evolución positiva en general en la última década, no habiendo en la exposición de motivos de la norma impugnada ningún dato acerca del empeoramiento de “las circunstancias de desigualdad” (Antecedentes, 2; FFJJ 1 y 4).

2. Del Abogado del Estado

El Abogado del Estado solicitó, en su escrito de alegaciones registrado el 13 de junio de 2019, la desestimación íntegra del recurso de inconstitucionalidad al defender que la apreciación de la concurrencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad es un juicio político que corresponde al Gobierno, y que, en el caso, ese juicio se mantuvo dentro de lo manifiestamente razonable, atendiendo a las explicaciones realizadas por el Gobierno en la exposición de motivos de la norma impugnada, en el trámite de convalidación en el Congreso de los Diputados y en la memoria de análisis de impacto normativo. En defensa de su solicitud adujo: 1), que la norma impugnada se dirige a garantizar la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo, y que diversas iniciativas parlamentarias, tanto en el Congreso como el Senado, habían instado a una actuación urgente en esta materia; 2), que el preámbulo del real decreto-ley expone la necesidad de abordar de manera urgente disposiciones para paliar la desigualdad, necesidad y urgencia, reiteradas por el Gobierno a través de la vicepresidenta y ministra de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, en el debate de convalidación del real decreto-ley celebrado el día 3 de abril de 2019, en sesión de la diputación permanente núm. 9 del Congreso de los Diputados (“Diario de Sesiones” núm. 185, págs. 15-18); 3), que el logro de la igualdad y no discriminación, fundamento básico y esencial de una democracia, puede entenderse siempre como una necesidad perentoria y requerir una reforma de urgencia, objetivo que, además, el Gobierno no podía cumplir ante la proximidad de unas elecciones generales que podían haber supuesto su cambio, por lo que la consecución de su objetivo reformista, de conformación del ordenamiento laboral y de Seguridad Social al principio de igualdad y no discriminación por género en un grado mayor que el existente, constituía una extraordinaria y urgente necesidad dentro de la discrecionalidad política del Gobierno; 4), que, tratándose de una reforma jurídica, que no afronta una coyuntura económica problemática, el Gobierno, dentro de su legítima posición ideológica en orden a conformar la realidad social, puede considerar que, en aquellas circunstancias políticas, demorar la reforma podía impedirle, no haciendo, por consecuencia, un uso

arbitrario o abusivo del decreto-ley, sino un uso para lograr un objetivo de profundización en la igualdad como valor esencial; 5), que las reformas estructurales no son incompatibles con la utilización del decreto-ley si existe la extraordinaria y urgente necesidad que las justifique, lo que debe determinarse atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso (SSTC 137/2011, FJ 6; 183/2014, de 6 de noviembre, FJ 5; 47/2015, de 5 de marzo, FJ 5, y 139/2016, de 21 de julio, FJ 3); 6), mas específicamente, que la urgencia de la modificación de la regulación de los planes de igualdad se basa en que la aplicación efectiva del contenido de tales planes exigirá una previa fase de elaboración de los planes, su negociación con los representantes de los trabajadores y su aprobación en convenio colectivo estatutario, de modo que si se demorara la modificación normativa de su contenido, se retrasaría evidentemente su aplicación efectiva, por lo que no es del todo cierto que el real decreto-ley impugnado no modifique la realidad inmediata.

Continua el Abogado del Estado desgranando las distintas medidas del real decreto-ley impugnado, complementarias entre si y subordinadas a la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en el empleo y la ocupación, y justificando la perentoriedad de su regulación (Antecedentes, 6; FJ 1).

V. Normativa aplicable al caso

Constitución

- “Artículo 86
- En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general.
- Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario.
- Durante el plazo establecido en el apartado anterior, las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia”

VI. Doctrina básica

1. *La jurisprudencia constitucional sobre el presupuesto habilitante del dictado gubernamental de Decretos-Leyes*

La sentencia arranca su fundamentación jurídica con la exposición de la doctrina constitucional, ya muy abundante, sobre el presupuesto habilitante de “extraordinaria y urgente necesidad” (art. 86.1 CE), que, en la exposición que sigue, casi desde el inicio de la jurisprudencia constitucional (STC 6/1983, FJ 5), ha devenido en un presupuesto amplio y comprensivo de las situaciones de necesidad a las que el Gobierno, dentro de su libertad de opción política, puede subvenir, no pudiendo hacerlo a través de los procedimientos de tramitación parlamentaria de las leyes, respetuosos de las potestades legislativas de las Cortes Generales.

Aquí será bastante con recordar, sintéticamente, los ítems básicos del FJ 2:

- El concepto de extraordinaria y urgente necesidad del art. 86.1 CE no es “una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin

restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes”. De ahí la función de control del Tribunal Constitucional de la observancia gubernamental de esos límites jurídicos en garantía de las facultades reservadas a las Cortes Generales por la Constitución (SSTC 11/2002 FJ 4, y 137/2003, FJ 3).

- La definición por los órganos políticos de una situación de “extraordinaria y urgente necesidad” debe ser explícita y razonada, y debe existir una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que en el decreto-ley se adoptan, de manera que estas últimas guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar (SSTC 29/1982, FJ 3; 182/1997, FJ 3). Esa definición y conexión puede ser reflejada en la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el expediente de su elaboración (con cita, entre otras, de las sentencias que acaban de citarse en sus respectivos FFJJ 4).
- La extraordinaria y urgente necesidad de una medida no deriva necesariamente de su imprevisibilidad, ni de la inactividad del Gobierno; precisa de la excepcionalidad de la situación efectivamente concurrente (SSTC 1/2012, FJ 6; 11/2002, FJ 6; 68/2007, FJ 8).
- La legislación de urgencia es un instrumento constitucionalmente lícito si utilizado al fin constitucional que la justifica, cual es satisfacer situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que precisen una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por el procedimiento ordinario o por el de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes (SSTC 6/1983, FJ 5; 189/2005, FJ 3; 329/2005, FJ 5; 137/2011, FJ 4; 35/2017, FJ 3...).
- El control del Tribunal Constitucional es un control jurisdiccional *ex post*, que recae sobre la actuación del Gobierno dentro del presupuesto constitucional de la extraordinaria y urgente necesidad y que no sustituye a los órganos constitucionales que intervienen en la aprobación y convalidación de los decretos-leyes (SSTC 31/2011, FJ 3; 142/2014, FJ 3; 61/2018, FJ 4).
- La Constitución ha optado por una regulación de los decretos-leyes flexible y matizada en la que su presupuesto habilitante no es “una necesidad absoluta que suponga un peligro grave para el sistema constitucional o para el orden público entendido como normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos”; con mayor amplitud, el presupuesto habilitante describe una situación de “necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes” (SSTC 125/2017, FJ 2; 152/2017, FJ 3).

2. La justificación por el Gobierno de la extraordinaria y urgente necesidad

Formulada la doctrina constitucional, la sentencia dedica su largo FJ 3 (“*Explicitación por el Gobierno de la concurrencia del presupuesto habilitante de “extraordinaria y urgente necesidad”*”) a referir los motivos manifestados por el Gobierno acerca de la concurrencia del presupuesto constitucional de la extraordinaria y urgente necesidad en la aprobación del Real Decreto-ley 6/2019, impugnado, en la exposición de motivos, el debate parlamentario de convalidación y el expediente de elaboración de la norma de urgencia, siguiendo en ello la guía de la jurisprudencia constitucional.

En la exposición de motivos, se señalan los “resultados discretos, cuando no insignificantes”, conseguidos por las medidas promocionales de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, el “claro retraso en el cumplimiento de los objetivos de igualdad”, la persistencia de “desigualdades intolerables en las condiciones laborales de mujeres y hombres”, “la brecha salarial que no ha sido reducida en los últimos años”, la “fuerte discriminación” de la mitad de la población, el reto de la Revolución Industrial 4.0 y de la digitalización, en la que las brechas de género se manifiestan en la infrarrepresentación de las mujeres en ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas, ámbitos de creación de los puestos laborales mejor remunerados. En este difícil panorama la aprobación de una nueva norma integral y transversal en materia de empleo y ocupación, que contenga las garantías necesarias para hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades, con base en los artículos 9.2 y 14 de la Constitución Española, es necesaria y urgente, redundando su retraso en “un daño de difícil reparación que no puede ser asumido por una sociedad moderna como la española”, debiendo las políticas públicas de igualdad “remover los obstáculos que impidan el acceso y desarrollo de las mujeres en los ámbitos de la ciencia, la investigación y la tecnología”. Concorre, por ello, según la exposición de motivos, la extraordinaria y urgente necesidad que habilita al Gobierno a aprobar el real decreto-ley dentro del margen de apreciación política que le reconoce el artículo 86.1 de la Constitución. Continúa la exposición de motivos explicando lo contenidos del derecho básico de las personas trabajadoras a la igualdad de trato y de oportunidades en relación con la prohibición de discriminaciones, acosos y represalias, las acciones positivas, el ejercicio corresponsable de los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, y la necesidad de reformar siete leyes que inciden directamente en la igualdad entre mujeres y hombres. Y justifica la urgencia de la aprobación de la norma y el recurso gubernamental al decreto-ley, no impedido por la persistencia de la situación desigualitaria ni por el carácter estructural de la propia norma, conforme a la jurisprudencia constitucional que cita.

En el trámite de convalidación parlamentaria del real decreto-ley, la vicepresidenta y ministra de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, en nombre del Gobierno, ante la diputación permanente del Congreso de los Diputados, ofreció cifras y porcentajes concretos sobre mujeres paradas, afiliadas a la seguridad social, la inferior cuantía de sus pensiones, la parcialidad de su trabajo, su excesivo tiempo de cuidado no remunerado, reveladoras de la desigualdad laboral y ocupacional de las mujeres, a las que añadió los datos de violencia de género, y llamó a la urgencia de la reforma para combatir una innegable e intolerable situación de desigualdad de las mujeres.

En fin, la “Memoria de análisis de impacto normativo sobre el proyecto de real decreto-ley de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación”, de 1 de marzo de 2019, coincide en el diagnóstico manifestado en la exposición de motivos, y aporta datos sobre empleo, sobre la incidencia en el empleo por la existencia de hijos, el número de horas semanales trabajadas, la tasa de paro, el salario anual medio y la brecha salarial de género en salarios por hora, la distribución salarial, las personas con empleo y el tiempo medio diario dedicado a las distintas actividades, las personas ocupadas y el cuidado de personas dependientes. Y justifica la situación de extraordinaria y urgente necesidad en la involución de los datos sobre igualdad de género en las tasas de empleo, coincidiendo también en ello, en parte, con la exposición de motivos: “La situación de desigualdad insoportable e injustificable que padecen actualmente las mujeres en nuestro país les acarrea cada día unos perjuicios de difícil reparación que no pueden ser asumidos por una sociedad moderna como la española. En este sentido es necesario recordar la reiterada doctrina constitucional según la cual el hecho de que esta situación persista por largo tiempo no es óbice para que se haga frente a la misma por vía de la legislación de urgencia (STC 11/2002 FJ 7). El carácter estructural de una situación no impide que, en el momento actual, pueda convertirse en un supuesto de extraordinaria y urgente necesidad atendiendo a

las circunstancias concurrentes (STC 137/2011, FJ 6; STC 183/2014, FJ 5; STC 47/2015, FJ 5; STC 139/2016, FJ 3, y STC 33/2017, FJ 3)".

La "Memoria..." describe la necesaria conexión entre la situación de urgencia y las medidas concretas adoptadas por la norma para hacerle frente e interrelacionadas entre sí: planes y medidas de igualdad, derechos de las personas trabajadoras de igualdad efectiva y real de hombres y mujeres; adecuación de las prestaciones de seguridad social a los nuevos derechos; financiación de las cuotas del convenio especial de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia a cargo de la Administración General del Estado, reforzamiento de recursos del sistema de autonomía y atención a la dependencia.

3. El enjuiciamiento constitucional de la justificación por el Gobierno de la situación extraordinaria y urgente de necesidad

Por fin, parece que el Tribunal va a iniciar su enjuiciamiento de la concurrencia del presupuesto habilitante del dictado del Real Decreto-ley 6/2019, acometiendo la doble comprobación de la presentación explícita y razonada de los motivos tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación y de la existencia de la necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y las medidas concretas adoptadas para enfrentarla. Sin embargo, abandona su FJ 4 ("*Examen de la motivación aducida por el Gobierno: objeciones suscitadas y orden de análisis*") al relato, una vez más, de las objeciones de los diputados recurrentes.

Ese enjuiciamiento tiene lugar en los FFJJ 5 y 6 de la sentencia, destinándose el FJ 7 y último a la conclusión alcanzada.

Por la conclusión empieza, no obstante, el FJ 5 de la sentencia: "De conformidad con el control externo que corresponde a este tribunal, podemos considerar que el Gobierno ha satisfecho la exigencia de explicitar y razonar de forma suficiente la existencia de una situación de "extraordinaria y urgente necesidad" que le llevó a dictar el Real Decreto-ley 6/2019, de modo que la carga de justificar la concurrencia del presupuesto habilitante exigido por el artículo 86.1 CE puede considerarse cumplida".

Pasa después a explicar las razones de esas consideraciones con las palabras de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 6/2019, que se resumen en la insuficiencia de la regulación vigente en España sobre igualdad de género para alcanzar el objetivo de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y en la ocupación, debida "al carácter fundamentalmente promocional o de fomento que tiene el modelo de intervención establecido por la Ley Orgánica 3/2007". Era necesario corregir los avances "insignificantes" logrados al amparo de la citada ley y urgente remediar la situación de desigualdad - "la mitad de la población está sufriendo una fuerte discriminación y está viendo afectados sus derechos fundamentales"-, pues el retraso en la corrección provocaría "un daño de difícil reparación", agravado por los retos de la digitalización, que han situado a las mujeres ante nuevas brechas de infrarrepresentación en la ciencia, la investigación y la tecnología. A esa corrección, necesaria y urgente, atendía el "nuevo texto articulado integral y transversal en materia de empleo y ocupación".

Ese "escenario general de "desigualdad de condiciones", de "obstáculos" y de falta de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres", y "la necesidad de "remov[er] obstáculos y toma[r] decisiones legislativas en dirección a la desigualdad" en las condiciones laborales", volvieron a ponerse de manifiesto en el debate de convalidación del Real Decreto-ley, a través de la intervención de la Vicepresidenta del Gobierno, y su urgencia: "las cifras hablan por sí solas; seis de cada diez parados son mujeres".

La "Memoria de análisis de impacto normativo sobre el proyecto de real decreto-ley de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación" reiteraba la necesidad y urgencia de la reforma legislativa, señalando datos de involución en la brecha de género en las tasas de empleo.

Justificada por el Gobierno la situación de extraordinaria y urgente necesidad, que condujo a la aprobación del Real Decreto-ley 6/2019, el Tribunal Constitucional responde a las objeciones de los diputados recurrentes.

1º) Sobre la falta de datos e información estadística en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 6/2019 que respalden la apreciación política del Gobierno

La doctrina constitucional reconoce al Gobierno que recurre a la legislación de urgencia un amplio margen de apreciación política. La definición explícita y razonada de la situación de extraordinaria y urgente necesidad es una exigencia mínima de transparencia y racionalidad, que delimita externamente la referida capacidad de apreciación política, siendo preciso un grado de concreción que permita ejercer, por un lado, el control político del Congreso de los Diputados sobre la concurrencia del presupuesto habilitante y, por otro, el control jurídico sobre esa concurrencia que le corresponde al Tribunal. Sin embargo, la doctrina constitucional no exige que la definición de la situación de extraordinaria y urgente necesidad haya de resultar justificada por datos concretos, reales o actuales, ni por información estadística de procedencia oficial o de otro tipo. Sin perjuicio de la oportunidad de esos datos e información para esclarecer la situación de extraordinaria y urgente necesidad, no constituyen “un requisito imprescindible que acarree, en caso de incumplimiento, la grave sanción de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad”. Por lo demás, en el caso, los datos y la información estadística demandada se encontraban “con cierta prolijidad” en la memoria de análisis de impacto normativo.

2º) Sobre la utilización de fórmulas rituales y vacías de contenido para la definición de la situación de extraordinaria y urgente necesidad

Reconoce la sentencia que la jurisprudencia del Tribunal rechaza efectivamente la definición del presupuesto habilitante “mediante fórmulas rituales o genéricas aplicables a todo tipo de realidades de un modo intercambiable” (SSTC 142/2014, de 11 de septiembre, FJ 5, y 105/2018, de 4 de octubre, FJ 4), “la utilización de fórmulas rituales de una marcada abstracción y, por ello, de prácticamente imposible control constitucional” (STC 68/2007, de 28 de marzo, FJ 10), o la utilización de fórmulas estereotipadas que parafrasean la definición del presupuesto habilitante que realiza el art. 86.1 CE (SSTC 332/2005, de 15 de diciembre, FJ 6, y 137/2011, de 14 de septiembre, FJ 7).

Lo que no ocurre en el caso del Real Decreto-ley 6/2019, cuya exposición de motivos ha justificado suficientemente la insuficiencia de la vigente regulación legal para alcanzar el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación y sus efectos nocivos de desigualdad, de necesaria y urgente corrección. Que dicha exposición de motivos coincida con la del Real Decreto-ley 10/2018, de 24 de agosto, por el que se modifica la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, en afirmar la posible utilización del decreto-ley para abordar regulaciones estructurales^[3] no significa la denunciada utilización de fórmulas vacías de contenido, rituales, genéricas o estereotipadas para describir el presupuesto habilitante del dictado de la norma de urgencia, sino el atenuamiento a la jurisprudencia constitucional, “según la cual el decreto-ley también puede utilizarse para hacer frente a situaciones de carácter estructural. Es difícilmente admisible que la adecuación a la doctrina constitucional pueda suponer la utilización de fórmulas rituales y vacías de contenido”.

3º) Sobre la ausencia de explicación de la coyuntura específica actual o la imprevisibilidad de su desarrollo o que este sea negativo, ya que los datos existentes y los índices en materia de desigualdad arrojan una evolución positiva en general en la última década

Reitera la sentencia que la potestad legislativa excepcional que la Constitución reconoce al Gobierno en su art. 86 “no está subordinada a una carga de motivación

como la que pretenden los recurrentes”. El Gobierno no tiene que justificar que la realidad social sobre la que va actuar a través de un decreto-ley precisa una evolución determinada, de claro sesgo negativo, “de forma que solo una evolución cualificadamente negativa de una variable social o económica justificaría la legitimidad constitucional del recurso al decreto-ley”. Por lo demás, esa evolución insignificante de los resultados de igualdad de género en el empleo y la ocupación, resultante de la discriminación de la mitad de la población, fue la considerada como situación de extraordinaria y urgente necesidad por el Real Decreto-ley 6/2019, advirtiéndose en la memoria de impacto de que “la evolución de los últimos meses muestra algunos datos de involución, por ejemplo, por lo que respecta a la brecha de género en las tasas de empleo”.

Rechaza categóricamente la sentencia que el Gobierno esté inexcusablemente obligado a mostrar la imprevisibilidad de un determinado desarrollo social, económico o jurídico, pues “la valoración de la extraordinaria y urgente necesidad de una medida puede ser independiente de su imprevisibilidad e, incluso, de que tenga su origen en la previa inactividad del propio Gobierno” (SSTC 137/2011, de 14 de septiembre, FJ 7, y 1/2012, de 13 de enero, FJ 6).

Es aquí donde la sentencia alcanza verdaderamente la conclusión de su fundamentación: “En consecuencia, por las razones expuestas podemos concluir que el Gobierno ha satisfecho suficientemente la carga de explicar y razonar la concurrencia de la situación de extraordinaria y urgente necesidad que le llevó a dictar el real decreto-ley” impugnado.

4. El examen de la conexión de sentido entre las medidas legislativas aprobadas y la situación de extraordinaria y urgente necesidad

Sobre la conexión de sentido o relación de adecuación entre las concretas medidas normativas aprobadas y la situación de extraordinaria y urgente necesidad a la que subviene, la sentencia parte de la establecida doctrina constitucional que demanda que esa relación sea directa y que la adecuación lo sea, tanto atendiendo al contenido de las medidas legislativas, como a su estructura, entendida ésta como la capacidad de las normas de modificar con inmediatez la situación jurídica existente.

Con este canon analiza la sentencia las modificaciones normativas del Real Decreto-ley 6/2019, que han afectado a un total de siete textos legales: a Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; al ET; al TREBEP; a la LGSS; a la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2009; a la LISOS; y a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del estatuto del trabajo autónomo. Ese conjunto sistemático de modificaciones legislativas, interrelacionadas entre sí, se ajustaron a los objetivos del Gobierno de superar la insuficiencia de la vigente regulación legal para alcanzar el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación y de enmendar la persistencia de desigualdades intolerables en las condiciones laborales de mujeres y hombres. Desde el punto de vista de la dimensión material de las medidas normativas en el enjuiciamiento de su adecuación a la situación de extraordinaria y urgente necesidad sobre la que ha intervenido el real decreto-ley impugnado, sobre la que nada habían dicho los recurrentes, la conexión de sentido se ha respetado.

Vuelve la sentencia a las alegaciones de los diputados recurrentes en el extremo de la estructura de las medidas normativas, esto es, de la falta de urgencia, que denunciaron, de al menos parte del real decreto-ley impugnado.

1º) Sobre la falta de explicación por el Gobierno de los perjuicios u obstáculos que para la consecución de los objetivos perseguidos se seguirían de la tramitación de las modificaciones normativas por el procedimiento legislativo parlamentario, cuando, además, existían hasta diez proposiciones de ley en tramitación sobre la materia objeto de la norma de urgencia.

La sentencia contesta con la jurisprudencia del Tribunal, que exige “de manera genérica” que la norma de urgencia se utilice para la realización de objetivos gubernamentales que precisen de inmediatez, en un plazo más breve que el consumido por el procedimiento parlamentario ordinario o de urgencia para el ejercicio por el poder legislativo de sus competencias constitucionales. El Gobierno tiene que justificar la necesidad y la urgencia de las medidas normativas aprobadas, pero no está obligado a aportar “un estudio o pronóstico de los riesgos que podrían derivarse de esperar a la tramitación de la modificación normativa pretendida por el procedimiento legislativo ordinario”.

La consideración de fondo que hace aquí la sentencia, aparentemente fuera de su control externo [FJ 6.a)], es que la igualdad de género en el trabajo es de la máxima relevancia por su íntima conexión con la esfera individual de la persona y el libre desarrollo de la personalidad y sus profundos vínculos con disposiciones fundamentales de la Constitución (arts. 1, 9.2, 10.1, 14, 35.1 y 41 CE), por lo que -la sentencia regresa a la justificación por el Gobierno de la situación de urgente y extraordinaria necesidad-, su consecución “exige una acción normativa absolutamente inmediata”, sin ningún retraso, sin “ni siquiera la demora que conllevaría la tramitación parlamentaria”. Resuelve, “conforme al control externo que nos incumbe,” que ni es abusivo ni arbitrario calificar la insuficiencia de la regulación legal para alcanzar el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en el empleo y la ocupación de situación de extraordinaria y urgente necesidad.

Entra en juego a continuación la problemática coyuntura política en relación con la existencia de proposiciones de ley sobre la materia hecha valer por los diputados impugnantes. La sentencia recuerda que el real decreto-ley se aprobó el 1 de marzo de 2019, cuando ya el presidente del Gobierno había anunciado la disolución anticipada de las Cortes Generales y la convocatoria de elecciones legislativas para el día 28 de abril, hechas efectivas por el Real Decreto 129/2019, de 4 de marzo. Se produjo, como consecuencia, la caducidad de todos los asuntos pendientes de examen y resolución por las cámaras (art. 207 del Reglamento del Congreso), no resultando posible, a corto plazo, tramitar la vía parlamentaria.

2º) Sobre la incapacidad de varias de las medidas del real decreto-ley impugnado para modificar manera instantánea la situación jurídica existente. Las regulaciones de sus arts. 1, 2, 3 y 4 demandaban una aplicación paulatina en el tiempo, demorada en meses e incluso años, o condicionada al desarrollo informático de la Administración o la entidad gestora para la gestión, trámite y pago de una prestación, y la disposición final estableció una *vacatio legis* de un mes, en contradicción con la alegada extraordinaria y urgente necesidad.

El Tribunal Constitucional recurre, una vez más, a su doctrina sobre la diferencia entre la inmediatez de la acción normativa del instrumento normativo de urgencia, imprescindible para cumplir el presupuesto habilitante constitucional, y la inmediatez o celeridad de todos sus efectos, que no es necesaria a este fin. Con cita de sentencias anteriores^[4] reiteró que “no debe confundirse la eficacia inmediata de la norma provisional con la ejecución instantánea de la misma. Solo aquella es un requisito ínsito en la definición constitucional del decreto-ley establecida en el art. 86.1 CE [...] en tanto que la celeridad de la completa ejecución estará en función de la naturaleza y complejidad de las propias medidas adoptadas en cada decreto-ley para hacer frente a la situación de urgencia”. Trae a colación también otras decisiones recaídas en casos próximos: las SSTC 64/2017, FJ 2, y 139/2016, FJ 5.

La regulación de la exigibilidad a las empresas de la aprobación de los planes de igualdad escalonada en el tiempo (uno, dos o tres años), según el número de sus trabajadores (entre 150 y 250, entre 100 y 150, y entre 50 y 100), no impidió la inmediatez de la acción normativa del real decreto-ley recurrido, que entró en vigor el día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado” (disposición final 2ª, apartado 1). La nueva regulación de los planes de igualdad y la ampliación de su ámbito subjetivo fue eficaz de forma inmediata, no obstante su exigibilidad se haya pospuesto a un momento posterior al de la entrada en vigor del real decreto-ley en

atención a la complejidad de la elaboración, negociación y aprobación de dichos planes en función del tamaño de cada empresa.

Conforme a la regla general de la citada disposición final 2ª, apartado 1, del real decreto-ley impugnado, su entrada en vigor tuvo lugar el día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”. El apartado 2 contuvo una regulación de derecho transitorio, disponiendo que “[l]a regulación introducida por el presente real decreto-ley en materia de adaptación de jornada, reducción de jornada por cuidado del lactante, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento en el trabajo por cuenta ajena, público y privado, así como a las prestaciones de Seguridad Social correspondientes, será de aplicación a los supuestos que se produzcan o constituyan a partir de su entrada en vigor” (apartado 2.1º). En cambio, “la prestación económica por cuidado del lactante prevista en el capítulo VII del título II del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, será de aplicación a los nacimientos, adopciones, guarda con fines de adopción o acogimiento que se produzcan o constituyan a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley” (apartado 2. 2º). Finalmente, el apartado tercero contuvo “propia y debidamente una excepción a la inmediata entrada en vigor”: “Lo dispuesto en el apartado duodécimo del artículo 2; apartado tercero del artículo 3; y apartados séptimo y octavo del artículo 7 entrará en vigor el día primero del mes siguiente al de su publicación en el ‘Boletín Oficial del Estado’”.

La *vacatio legis* fue de alcance material limitado, aplicándose a las disposiciones reguladoras de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, discapacidad del hijo o hija, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento múltiple, riesgo durante el embarazo o de riesgo durante la lactancia natural, mujeres víctimas de violencia de género, y derecho a mejoras en las condiciones de trabajo durante las suspensiones contractuales (apartado 12 del art. 2, de reforma del ET), a los permisos por nacimiento de la madre biológica, por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, del progenitor diferente de la madre biológica por nacimiento, guarda con fines de adopción, acogimiento o adopción de un hijo o hija, o por razón de violencia de género sobre la mujer funcionaria, reguladas en el TREBEP (apartado 3 del art. 3), y a las bonificaciones de cuotas de seguridad social para personas trabajadoras autónomas durante el descanso por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural o que se reincorporen al trabajo en determinados supuestos (apartados 7 y 8 del art. 7).

Esa limitación material, junto a la temporal, de la *vacatio legis*, constreñida al tiempo que el Gobierno ha considerado necesario para proporcionar el conocimiento y la adaptación necesarios para la aplicación de las importantes modificaciones introducidas en las relaciones laborales privadas y públicas y en la contribución económica a la seguridad social, según razona la sentencia, “toma en consideración el principio constitucional de seguridad jurídica” y supone una demora “mínima” en la entrada en vigor de las normas citadas, que “no resulta constitucionalmente cuestionable, pues no supone un retraso tal como para desvirtuar la urgencia declarada en la adopción de las medidas”. Esas medidas “modifican de manera inmediata la regulación existente y, también desde esta perspectiva, resultan coherentes con la situación de urgencia definida”.

Tras su larga exposición y fundamentación jurídica, la sentencia concluye definitivamente que “en el caso del Real Decreto-ley 6/2019 objeto del presente proceso constitucional, el Gobierno ha aportado justificación suficiente que permita apreciar la existencia de la situación habilitante requerida por el art. 86.1 CE y que, en consecuencia, procede que se desestime el presente recurso de inconstitucionalidad”.

VII. Parte dispositiva

“En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido desestimar el presente

recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

Publíquese esta sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

“Dada en Madrid, a veintiuno de marzo de dos mil veintitres”.

VIII. Pasajes decisivos

- En definitiva, nuestra Constitución se ha decantado por una regulación de los decretos-leyes flexible y matizada, que [...] se traduce en que “la necesidad justificadora de los decretos-leyes no se puede entender como una necesidad absoluta que suponga un peligro grave para el sistema constitucional o para el orden público entendido como normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos, sino que hay que entenderlo con mayor amplitud como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes” (SSTC 125/2017, de 7 de julio, FJ 2, y 152/2017, de 21 de diciembre, FJ 3, en ambos casos con cita de la STC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5) (FJ 2).
- “De conformidad con el control externo que corresponde a este tribunal, podemos considerar que el Gobierno ha satisfecho la exigencia de explicitar y razonar de forma suficiente la existencia de una situación de “extraordinaria y urgente necesidad” que le llevó a dictar el Real Decreto-ley 6/2019, de modo que la carga de justificar la concurrencia del presupuesto habilitante exigido por el artículo 86.1 CE puede considerarse cumplida” (FJ 5).
- “El Gobierno ha reiterado en las fases de elaboración, aprobación y convalidación del real decreto-ley impugnado [...] que la justificación de su utilización era la insuficiencia de la vigente regulación legal para alcanzar el objetivo de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, pues consideraba que los resultados alcanzados hasta la fecha eran “discretos, cuando no insignificantes”, que se había producido “un claro retraso en el cumplimiento de los objetivos de igualdad” y que persistían “unas desigualdades intolerables en las condiciones laborales de mujeres y hombres”. Y ha razonado que esa insuficiencia se debe al carácter fundamentalmente promocional o de fomento que tiene el modelo de intervención establecido por la Ley Orgánica 3/2007, que considera la legislación pionera en relación con el desarrollo legislativo de los derechos de igualdad de género en España” (FJ 5).
- [...D]e la literalidad de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 6/2019 se desprende que la justificación de su aprobación en el marco del art. 86.1 CE se concreta tanto en la necesidad de corregir los “resultados discretos, cuando no insignificantes” obtenidos por el modelo predominantemente promocional contemplado por la Ley Orgánica 3/2007 y en general de remediar “un claro retraso en el cumplimiento de los objetivos de igualdad”, para lo que “resulta necesaria la elaboración de un nuevo texto articulado integral y transversal en materia de empleo y ocupación, que contenga las garantías necesarias para hacer efectivo tal principio [de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación], con base en los artículos 9.2 y 14 de la

Constitución Española” como en la urgencia de que se realice aquella corrección, pues la referida situación de desigualdad supone que “la mitad de la población está sufriendo una fuerte discriminación y está viendo afectados sus derechos fundamentales. Así se afirma que “un mayor retraso [en su corrección], teniendo en cuenta el tiempo transcurrido, conllevaría un daño de difícil reparación [...] más aún cuando las mujeres se enfrentan al reto de la Revolución Industrial 4.0, en la que las brechas de género se manifiestan en la infrarrepresentación de las mujeres en las disciplinas de ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas [...]” (FJ 5).

- “De las manifestaciones realizadas por la representante del Gobierno en el trámite de convalidación se desprende que la justificación de su aprobación en el marco del art. 86.1 CE se relaciona con un escenario general de “desigualdad de condiciones”, de “obstáculos” y de falta de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, así como con la necesidad de “remov[er] obstáculos y toma[r] decisiones legislativas en dirección a la desigualdad, en este caso acotada en las condiciones laborales”. Pero más allá de señalar la necesidad de la medida, la representante del gobierno incide en la necesidad de acometerla con urgencia [...]” (FJ 5).
- “Del contenido de la memoria se desprende que la justificación de su aprobación, en el marco del art. 86.1 CE, se concreta no solo en la necesidad de corregir “la situación de desigualdad” sino también en la urgencia de acometer tal corrección, pues se afirma que “la situación de desigualdad [...] que padecen actualmente las mujeres [...] les acarrea cada día unos perjuicios de difícil reparación” y se señala asimismo “que la evolución de los últimos meses muestra algunos datos de involución, por ejemplo, por lo que respecta a la brecha de género en las tasas de empleo” [...]” (FJ 5).
- “Nuestra doctrina sobre el art. 86.1 CE y en particular sobre la necesidad de justificar el presupuesto habilitante reconoce al Gobierno que aprueba el instrumento normativo de urgencia un amplio margen de apreciación política, siendo la definición explícita y razonada de la situación de extraordinaria y urgente necesidad una exigencia mínima de transparencia y racionalidad que solo delimita externamente el núcleo de la referida capacidad de apreciación política: se exige un grado de concreción que permita ejercer, por un lado, el control político sobre la concurrencia del presupuesto habilitante que le corresponde al Congreso y, por otro lado, el control jurídico sobre esa concurrencia que le incumbe a este tribunal, en el caso de que así se le demande por quien esté legitimado para ello” [FJ 5.a)].
- “En cambio, nuestra extensa jurisprudencia sobre el art. 86.1 CE nunca ha exigido que la definición de la situación de extraordinaria y urgente necesidad haya de venir justificada con, o apoyada en, datos concretos, reales o actuales, ni en información estadística de procedencia oficial o de otro tipo. Todo ello puede contribuir, sin duda, a esclarecer las premisas en las que se basa la definición gubernamental de la situación de extraordinaria y urgente necesidad, pero no constituye un requisito imprescindible que acarree, en caso de incumplimiento, la grave sanción de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad” [FJ 5.a)].
- “Nuestra jurisprudencia rechaza efectivamente la definición del presupuesto habilitante “mediante fórmulas rituales o genéricas aplicables a todo tipo de realidades de un modo intercambiable” (STC 142/2014, de 11 de septiembre, FJ 5; en el mismo sentido, STC 105/2018, de 4 de octubre, FJ 4), “la utilización de fórmulas rituales de una marcada

abstracción y, por ello, de prácticamente imposible control constitucional” (STC 68/2007, de 28 de marzo, FJ 10) o la utilización de fórmulas estereotipadas que parafrasean la definición del presupuesto habilitante que realiza el art. 86.1 CE (SSTC 332/2005, de 15 de diciembre, FJ 6, y 137/2011, de 14 de septiembre, FJ 7)” [FJ 5.b)].

- “Sin embargo, en el presente caso no se ha procedido a una descripción mediante fórmulas estereotipadas o expresiones genéricas y rituales, vacías de contenido en relación con la definición explícita y razonada del presupuesto habilitante. Tal y como se indicó más arriba, la definición de la situación de extraordinaria y urgente necesidad ha quedado suficientemente precisada y razonada en la exposición de motivos del real decreto-ley con una referencia expresa a la insuficiencia de la vigente regulación legal para alcanzar el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, sin que la frase a la que hacen mención los recurrentes sea determinante a estos efectos. En todo caso, la coincidencia con la exposición de motivos de un real decreto-ley anterior que denuncian los recurrentes se limita a una frase, y no consiste tanto en una “expresión genérica y ritual” en la descripción de la situación de extraordinaria y urgente necesidad como en una conclusión extraída precisamente de la doctrina de este tribunal, según la cual el decreto-ley también puede utilizarse para hacer frente a situaciones de carácter estructural. Es difícilmente admisible que la adecuación a la doctrina constitucional puede suponer la utilización de fórmulas rituales y vacías de contenido” [FJ 5.b)].
- La potestad excepcional que la Constitución reconoce al Gobierno no está subordinada a una carga de motivación como la que pretenden los recurrentes. El Gobierno no tiene que justificar que la realidad social sobre la que pretende incidir presenta, con anterioridad a la adopción de un decreto-ley, una evolución determinada, de forma que, por ejemplo, solo una evolución cualificadamente negativa de una variable social o económica justificaría la legitimidad constitucional del recurso al decreto-ley. En todo caso, tal no sería el supuesto que se plantea en el presente asunto, más bien es el contrario, pues precisamente en la memoria de impacto se afirmaba que “la evolución de los últimos meses muestra algunos datos de involución, por ejemplo, por lo que respecta a la brecha de género en las tasas de empleo” [FJ 5.c)].
- Por lo demás, con arreglo a nuestra doctrina tampoco podemos aceptar que el Gobierno esté inexcusablemente obligado a mostrar la imprevisibilidad de un determinado desarrollo social, económico o jurídico, pues hemos afirmado que “la valoración de la extraordinaria y urgente necesidad de una medida puede ser independiente de su imprevisibilidad e, incluso, de que tenga su origen en la previa inactividad del propio Gobierno” (SSTC 137/2011, de 14 de septiembre, FJ 7, y 1/2012, de 13 de enero, FJ 6)” [FJ 5.c)].
- “[...]nuestra doctrina exige [...] que haya una “relación de adecuación” de las medidas respecto de la situación de urgencia a cuya solución sirven, esto es, que “guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar” (SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3; 68/2007, de 28 de marzo, FJ 6, y 157/2016, de 22 de septiembre, FJ 5), quedando extramuros de nuestro control todo juicio de oportunidad política acerca de la calidad y el alcance de las medidas” (FJ 6).
- “Nuestra doctrina ha establecido, además, un doble criterio o perspectiva para valorar la existencia de la conexión de sentido: el contenido, por un lado, y la estructura, por otro, de las disposiciones incluidas en el real

decreto-ley controvertido. Así, ya en la STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3, excluimos a este respecto aquellas disposiciones “que, por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna, directa ni indirecta, con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente, aquellas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente” (STC 29/2016, de 18 de febrero, FJ 2, con cita de otras)” (FJ 6).

- Desde la primera perspectiva indicada, [...] podemos considerar que no se ha vulnerado la conexión de sentido entre las medidas adoptadas y la situación de extraordinaria necesidad y urgencia definida. El conjunto de las modificaciones normativas incluidas en el real decreto-ley impugnado, que afectan a un total de siete textos legales [...] se ajusta al objetivo que el Gobierno ha reiterado tanto en la exposición de motivos de la norma como en el trámite de convalidación: la insuficiencia de la vigente regulación legal para alcanzar el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación y la persistencia de desigualdades intolerables en las condiciones laborales de mujeres y hombres (FJ 6).
- “[...E]n un conjunto sistemático de medidas tan variadas y heterogéneas como las del decreto-ley objeto de la impugnación, no es fácil aislar uno u otro precepto que, en cuanto forman parte de un conjunto sistemático de medidas, adquieren sentido en su visión global, y no desde una perspectiva meramente aislada, desde la cual podría ser más cuestionable su justificación” (FJ 6).
- “Desde la segunda perspectiva o el segundo criterio para valorar la existencia de la conexión de sentido [...] [...]os recurrentes parecen proyectar de nuevo sobre el autor de la norma impugnada una carga específica de motivación que va más allá de la estricta justificación de la necesidad y urgencia de las medidas adoptadas que no se desprende de nuestra doctrina, y que le obligaría adicionalmente a evaluar los perjuicios que pudieran derivarse, para la consecución de los objetivos perseguidos, de seguirse la tramitación de la regulación proyectada por el procedimiento legislativo parlamentario y reflejar, de alguna manera, el resultado de esa evaluación [...]. Este tribunal exige de manera genérica que el real decreto-ley ampare situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes. Pero una vez justificadas la necesidad y la urgencia de las medidas adoptadas, no es necesario realizar o aportar también un estudio o pronóstico de los riesgos que podrían derivarse de esperar a la tramitación de la modificación normativa pretendida por el procedimiento legislativo ordinario” [FJ 6.a)].
- “En el presente caso, el Gobierno ha justificado suficientemente la necesidad y urgencia de corregir la situación diagnosticada de desigualdad entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación mediante las medidas incluidas en el real decreto-ley impugnado, aludiendo expresamente a la persistencia de “unas desigualdades intolerables” en las condiciones laborales de mujeres y hombres, que hacía necesaria la adopción de medidas urgentes que contribuyeran a hacer efectivo el principio constitucional de igualdad reconocido en los arts. 9.2 y 14 CE” [FJ 6.a)].
- [...]E]n el momento de la aprobación del real decreto-ley impugnado (el 1 de marzo), el Gobierno ya había anunciado de forma pública en una declaración institucional del presidente del Gobierno el día 15 de febrero

de 2019, la próxima disolución anticipada de las Cortes Generales y la consiguiente convocatoria de elecciones generales para el día 28 de abril, por lo que la finalización de la legislatura era inmediata, lo que traería consigo la caducidad de todos los asuntos pendientes de examen y resolución por las cámaras (art. 207 del Reglamento del Congreso). El mencionado anuncio público se confirmó a los tres días del Real Decreto-ley 6/2019, con la aprobación del Real Decreto 129/2019, de 4 de marzo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones. En definitiva, como alega el abogado del Estado, en el momento de la adopción del Real Decreto-ley 6/2019 la vía parlamentaria no resultaba a corto plazo idónea para tramitar y aprobar las proposiciones de ley aludidas o para tramitar otras iniciativas legislativas” [FJ 6.a)].

- “Nuestra doctrina diferencia entre la inmediatez de la acción normativa que prevé el instrumento normativo de urgencia y la inmediatez o celeridad de todos sus efectos. A los efectos de la legítima utilización del real decreto-ley, nuestra doctrina solo exige lo primero. Como razonó la STC 237/2012, de 13 de diciembre, FJ 6, y reiteró la STC 93/2015, de 14 de mayo, FJ 7, “no debe confundirse eficacia inmediata de la norma provisional con la ejecución instantánea de la misma. Solo aquella es un requisito ínsito en la definición constitucional del decreto-ley establecida en el art. 86.1 CE [...] en tanto que la celeridad de la completa ejecución estará en función de la naturaleza y complejidad de las propias medidas adoptadas en cada decreto-ley para hacer frente a la situación de urgencia” [FJ 6.b)].
- “[...E]l hecho de que la exigibilidad a las empresas de la aprobación de los planes de igualdad atienda a plazos diferentes (uno, dos o tres años) según el número de trabajadores con que cuentan (entre 150 y 250, entre cien y 150 y entre cincuenta y cien) —tal como prescribe la nueva disposición transitoria décima segunda introducida en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres— o que la aplicación de otras medidas incluidas en el real decreto-ley impugnado requiera un cierto desarrollo informático no alteran el hecho central de que la acción normativa perseguida con el real decreto-ley impugnado es inmediata y directa, pues entra en vigor el día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado” (disposición final segunda, apartado primero). La nueva regulación de los planes de igualdad y la ampliación de su ámbito subjetivo surten efectos jurídicos de forma inmediata: cuestión distinta es que la exigibilidad de los referidos planes de igualdad haya de situarse lógicamente en un momento posterior al de la propia entrada en vigor del real decreto-ley, plazo para cuyo establecimiento se ha tenido en cuenta la complejidad de la elaboración, negociación y aprobación de dichos planes en función del tamaño de cada empresa” [FJ 6.b)].
- “Tampoco modifica la conclusión anterior el establecimiento de una *vacatio legis* de un mes, como alegan los recurrentes. La disposición final segunda del Real Decreto-ley 6/2019 establece una regla general de entrada en vigor en el apartado primero y sendas precisiones o excepciones en los apartados segundo y tercero. La regla general es, como se ha indicado, la entrada en vigor el día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado” [...] Solo en el apartado tercero se contiene propiamente una excepción a la inmediata entrada en vigor, con el siguiente tenor: “Lo dispuesto en el apartado duodécimo del artículo 2; apartado tercero del artículo 3; y apartados séptimo y octavo del artículo 7 entrará en vigor el

día primero del mes siguiente al de su publicación en el ‘Boletín Oficial del Estado’ [FJ 6.b)].

- “Se trata de una *vacatio legis* de alcance temporal y material limitado [...] Dado que el Real Decreto-ley 6/2019 implica importantes modificaciones normativas no solo para la acción pública en materia de Seguridad Social, sino también en el ámbito laboral, esto es, en las relaciones entre particulares, la *vacatio legis* establecida, que toma en consideración el principio constitucional de seguridad jurídica, supone la demora en la entrada en vigor que el Gobierno ha considerado necesaria en relación con el cambio que se introducía, el cual requería un periodo mínimo de conocimiento y difusión de las modificaciones introducidas y de necesaria adaptación para los diversos operadores del sistema. Esa mínima demora no resulta constitucionalmente cuestionable, pues no supone un retraso tal como para desvirtuar la urgencia declarada en la adopción de las medidas” [FJ 6.b)].
- “Por todo lo señalado hemos de concluir que, en el caso del Real Decreto-ley 6/2019 objeto del presente proceso constitucional, el Gobierno ha aportado justificación suficiente que permita apreciar la existencia de la situación habilitante requerida por el art. 86.1 CE y que, en consecuencia, procede que se desestime el presente recurso de inconstitucionalidad” (FJ 7).

IX. Comentario

Se trata de una sentencia importante, como importante es el Real Decreto-ley sobre cuya aprobación por el Gobierno se pronuncia: el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación^[5], e importantes son las singularidades de la justificación constitucional del presupuesto constitucional habilitante de la aprobación de la excepcional norma gubernamental, como singular fue el momento político de su aprobación. La sentencia considera que el Gobierno ha aportado justificación expresa suficiente de la existencia de la situación habilitante requerida por el art. 86.1 CE y argumenta sobre esa justificación de la extraordinaria y urgente necesidad -¿o sobre la existencia misma de esa situación de extraordinaria y urgente necesidad?- en la que vino a incidir el Real Decreto-ley 6/2019, así como sobre la imprescindible conexión de sentido o relación de adecuación que ha de existir entre las medidas legislativas adoptadas y la situación de necesidad extraordinaria y urgente sobre la que actúan, tanto desde el punto de vista de su contenido como del despliegue de sus efectos normativos con carácter inmediato para incidir sobre la situación extraordinaria justificada, que permite la intervención legislativa del Gobierno, excepcionando las facultades reservadas a las Cortes Generales por la Constitución. La sentencia cuenta con el voto particular de una magistrada y de tres magistrados, discrepante de la fundamentación y del fallo de la sentencia, que, en su opinión, debió estimar el recurso de inconstitucionalidad de los diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados.

1. Algunas observaciones formales sobre la sentencia

Excesivamente larga, larguísimo es su FJ 3, la sentencia es reiterativa de las alegaciones de los diputados recurrentes (en los Antecedentes, 2 y en los FFJJ 1, 4, 5 y 6) y de la justificación por el Gobierno de la extraordinaria y urgente necesidad del caso, aunque esta sea esencial para el control externo que el Tribunal Constitucional ejerce sobre el “presupuesto habilitante” del recurso gubernamental a la legislación de urgencia (FFJJ 3, 4, 5 y 6); tan larga que hace difícil, en ocasiones, su lectura, que, sin duda, hubiera sido facilitada por una mayor capacidad de contención discursiva y de ordenación argumental. Muy embebida en la jurisprudencia constitucional, reitera con frecuencia la cita decisiones que debería haberse guiado por un criterio mas estricto y selectivo, pues la jurisprudencia constitucional sobre el uso gubernamental del

decreto-ley ha conocido, como es sabido, distintas fases a lo largo de su existencia. No estará de más recordar que la primera doctrina constitucional hizo gala de una gran flexibilidad interpretativa, señalando que “la exigencia de extraordinaria y urgente necesidad no hace referencia a necesidades extremadas o absolutas sino relativas y que se originen dentro del ordinario desenvolvimiento del quehacer gubernamental. Basta con que, de acudir a la medida legislativa ordinaria, pudiera quebrarse la efectividad de la medida”; y admitiendo que el decreto ley es “un instrumento constitucionalmente lícito para afrontar coyunturas económicas problemáticas”. (STC 23/1993, de 21 de enero, FJ 5). Ya en este siglo la jurisprudencia constitucional admitiría la idoneidad de este instrumento normativo excepcional para canalizar reformas normativas estructurales (STC 137/2011, de 14 de septiembre, pese a su fallo). De ahí vendrían los males del desbordamiento de la utilización del instrumento legislativo excepcional de urgencia por los Gobiernos sucesivos.

Dividida la fundamentación jurídica de su razón de decidir en siete apartados numerados, y rubricados desde que el Tribunal Constitucional ha adoptado la forma de proceder del Tribunal Supremo en sus sentencias (1. “Objeto del recurso y posición de las partes”; 2. “Doctrina constitucional en relación con el presupuesto habilitante de “extraordinaria y urgente necesidad”; 3. “Explicitación por el Gobierno de la concurrencia del presupuesto habilitante de “extraordinaria y urgente necesidad”; 4. “Examen de la motivación aducida por el Gobierno: objeciones suscitadas y orden de análisis”; 5. “Definición explícita y razonada de la existencia de una situación de “extraordinaria y urgente necesidad”; 6. “Presupuesto habilitante y “conexión de sentido” de las medidas adoptadas”; y 7. “Conclusión”), realmente su enjuiciamiento no se inicia hasta su FJ 5, no siendo ese inicio, por lo demás, especialmente feliz, pues contiene una conclusión como punto de partida, la de que “el Gobierno ha satisfecho la exigencia de explicitar y razonar de forma suficiente la existencia de una situación de “extraordinaria y urgente necesidad”, esto es, adelantada a su fundamentación. En realidad, sus FFJJ 5 y 6 son los de mayor enjundia. En ellos el Tribunal contesta objeciones de inconstitucionalidad de los diputados populares recurrentes: sobre la falta de datos e información estadística en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 6/2019 que respalden la apreciación política del Gobierno; sobre la utilización de fórmulas rituales y vacías de contenido para la definición de la situación de extraordinaria y urgente necesidad; sobre la ausencia de explicación de la coyuntura específica actual o la imprevisibilidad de su desarrollo o que este sea negativo, ya que los datos existentes y los índices en materia de desigualdad arrojan una evolución positiva en general en la última década; sobre la falta de explicación por el Gobierno de los perjuicios u obstáculos que para la consecución de los objetivos perseguidos se seguirían de la tramitación de las modificaciones normativas por el procedimiento legislativo parlamentario; sobre la incapacidad de varias de las medidas del real decreto-ley impugnado para modificar de manera inmediata la situación jurídica existente. En su FJ 7 y último la sentencia concluye, con lenguaje ambiguo, que, “en el caso del Real Decreto-ley 6/2019 objeto del presente proceso constitucional, el Gobierno ha aportado justificación suficiente que permita apreciar la existencia de la situación habilitante requerida por el art. 86.1 CE y que, en consecuencia, procede que se desestime el presente recurso de inconstitucionalidad”.

La sentencia enjuicia la justificación expresa o explícita por el Gobierno de la situación de extraordinaria y urgente necesidad, límite jurídico a la intervención legislativa excepcional de aquél dentro del ámbito de su discrecionalidad política, ámbito de acción política que, para el control externo del Tribunal Constitucional, no puede desbordar los límites de lo razonable, según la jurisprudencia constitucional. Lo hace a la luz de los instrumentos tradicionales por los que transcurre la indagación de la justificación del presupuesto habilitante de la decisión: la exposición de motivos de la norma, su defensa por el Gobierno en el debate de convalidación en el Congreso de los Diputados, y su memoria de impacto normativo. A continuación la sentencia comprueba la existencia de conexión de sentido o relación de adecuación del conjunto de medidas normativas aprobadas y la situación de extraordinaria y urgente necesidad, justificada por el Gobierno, que se dirigen a remediar de manera inmediata

aunque algunos de sus efectos se demoren en el tiempo. Y concluye en los términos señalados.

2. Sobre la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad y el canon de control constitucional de esa limitación jurídica

Es lástima que la sentencia no haya dedicado su FJ 2 -pese a constituir un recordatorio útil de precisiones de la jurisprudencia constitucional sobre los decretos-leyes- a embocar una interpretación estricta del recurso gubernamental a la legislación de urgencia como instrumento de utilización excepcional, que no puede impedir el ejercicio regular por las Cortes Generales de la potestad legislativa del Estado (art. 66.2 CE).

De dos diferentes maneras enuncia la sentencia su razón de decidir: “De conformidad con el control externo que corresponde a este tribunal, podemos considerar que el Gobierno ha satisfecho la exigencia de explicitar y razonar de forma suficiente la existencia de una situación de “extraordinaria y urgente necesidad” que le llevó a dictar el Real Decreto-ley 6/2019, de modo que la carga de justificar la concurrencia del presupuesto habilitante exigido por el artículo 86.1 CE puede considerarse cumplida” (FJ 5). Y: “Por todo lo señalado hemos de concluir que, en el caso del Real Decreto-ley 6/2019 objeto del presente proceso constitucional, el Gobierno ha aportado justificación suficiente que *permite* apreciar la existencia de la situación habilitante requerida por el art. 86.1 CE”.

En sus Antecedentes, 2, y en su FJ 1, la sentencia afirma que en el recurso de inconstitucionalidad de los diputados populares “se formula un único reproche de inconstitucionalidad con respecto a la norma recurrida: la carencia de presupuesto habilitante, en infracción del art. 86.1 CE. Este motivo de inconstitucionalidad se fundamenta en diversas alegaciones”, relativas a la falta, insuficiencia o defectos en la justificación por el Gobierno de la situación de extraordinaria y urgente necesidad, habilitante del dictado del real decreto-ley impugnado, y la falta de vigencia inmediata de las medidas contenidas en sus arts. 1, 2, 3 y 4, inadecuadas, por tanto, para actuar sobre una situación de urgencia.

Aquí radica la discrepancia expresada en el fundamento 2 del voto particular: *“Distorsión del objeto del recurso: del control del presupuesto habilitante del decreto-ley al control de los argumentos del recurrente”.*

¿Ha cambiado la sentencia el canon de control del presupuesto habilitante de la facultad excepcional gubernamental de aprobar decretos-leyes, haciéndolo aún más externo, al situarlo en la justificación del presupuesto habilitante y no en la existencia de éste, que corresponde valorar a la decisión política de oportunidad del Gobierno y del Congreso de los Diputados y a la decisión jurídica del Tribunal Constitucional sólo en términos de razonabilidad? ¿Ha respondido la sentencia congruentemente a la demanda de inconstitucionalidad, que ciertamente reprochaba a la norma de urgencia aprobada la falta de presupuesto habilitante, si bien, y “para sustentar ese motivo de inconstitucionalidad”, los recurrentes adujeron diversos argumentos, todos ellos relativos al incumplimiento por dicha norma de las exigencias de la “presentación explícita y razonada” de las razones para la aprobación del real decreto-ley”, además de la falta de urgencia de algunas de sus medidas por no modificar la situación jurídica de forma inmediata, tal y como consta en su FJ 1 por remisión a los Antecedentes, 2? Finalmente, en su FJ 7, y a través de su ambigua formulación, ¿no sólo ha resuelto la sentencia sobre la suficiencia de la justificación aportada por el Gobierno de la situación de extraordinaria y urgente necesidad, sino también sobre su existencia, ya que aquella justificación permite apreciar que la decisión gubernamental de recurrir a la legislación de urgencia no fue abusiva o arbitraria?

La síntesis analítica que de la sentencia ofrece el propio Tribunal en su web no sirve, en esta ocasión, para aclarar, sino para confundir. Dice así: “Límites materiales de los decretos leyes: justificación suficiente de la concurrencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad. Voto particular”. No están en juego

en la sentencia los límites materiales de los decretos-leyes, aunque quizás debieran haberlo estado. Eso sí, se sitúa en la justificación del presupuesto habilitante, reforzando la opinión de que ese ha sido el único ámbito del ejercicio del control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional en este caso, en el caso del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Por ser este el canon de enjuiciamiento constitucional.

Recordemos la doctrina constitucional, tan reiterada, que excusa la cita de las decisiones concretas que la contienen: de acuerdo con la doctrina constitucional, “la apreciación de la concurrencia de circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad constituye un juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno en primer término y al Congreso de los Diputados en el ejercicio de la función de control parlamentario, no siendo posible un control por parte de este Tribunal de esa valoración que permita una revisión de fondo del juicio político, más allá de la constatación de que no se trata de una decisión abusiva o arbitraria”. “El examen de *la concurrencia del citado presupuesto habilitante de la “extraordinaria y urgente necesidad” siempre se ha de llevar a cabo mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar el decreto-ley y que son, básicamente, “los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma”, debiendo siempre tenerse presentes “las situaciones concretas y los objetivos gubernamentales que han dado lugar a la aprobación de cada uno de los Decretos- leyes enjuiciados”.*

X. Apunte final: la igualdad de género en el trabajo y la remoción de las discriminaciones de las mujeres no pueden esperar

En la Constitución, esta pieza legal excepcional, heredada de la Constitución de 1931 y del constitucionalismo italiano -aunque nuestro sistema no es el italiano de conversión en ley-, está habilitada para operar en una situación de extraordinaria y urgente necesidad. No es una institución de la Constitución de excepción, su función no es excepcionar la Constitución, sino actuar sometida a ella. La doctrina constitucionalista había sostenido, en los primeros años de vigencia constitucional, que la situación de necesidad extraordinaria y urgente “encontraba cautelosísima cabida en el artículo 86”^[6]. P. CRUZ diría más tarde que la práctica de la utilización amplia del decreto-ley, a la que había contribuido decisivamente la doctrina interpretativa del Tribunal Constitucional, era fruto de un ajuste natural “autorregulador” madurado en la “comprensión compartida acerca de nuestra *constitucionalidad*”^[7]. En 2016, tras la crisis financiero-económica atendida con la legislación de urgencia desde 2010, M. ARAGÓN, precedido de otros constitucionalistas, constataría su utilización desbordada por los sucesivos gobiernos, agravada posteriormente al apelar retóricamente a aquella crisis para justificar regulaciones que hubieran correspondido al procedimiento legislativo, “de tal manera que, de ser un instrumento normativo excepcional, extraordinario”, el decreto-ley “ha pasado a convertirse en un modo cuasi ordinario de legislar”, con el consiguiente “quebranto de nuestra forma de Estado, en la que la potestad legislativa está atribuida, de manera ordinaria, a las Cortes Generales”, identificando las causas de esta desviación constitucional en “el escaso vigor de nuestro parlamentarismo” en su tarea de control político de los decretos-leyes y en “la laxa interpretación jurídica que se ha otorgado al artículo 86” CE, en primer lugar por el Tribunal Constitucional^[8]. Como es bien conocido, esa utilización se desbordó aún más en la emergencia del coronavirus y después, en los diferentes estadios de la pandemia, en la crisis inflacionaria y en la provocada por la guerra en Ucrania.

Pero la Constitución “plantea de forma constante la tarea de su realización” por su carácter existencial, por su “ser en el tiempo”^[9]; la Constitución es nuestra tarea^[10]. Sería equivocado considerar la igualdad, y una recuperación de la igualdad, una causa “secundaria o lateral”, no sustancial^[11], un objetivo imposibilitado para definir una situación de extraordinaria y urgente necesidad. ¿Urgente ante la existencia de

discriminaciones insoportables, intolerables e injustificadas que afectan a la mitad de la población? Sin la menor duda. Todas las instituciones de la gobernanza mundial habían destacado, en 2019, la lentitud de los avances en igualdad y las graves consecuencias de su retraso en el aumento de las desigualdades y de la exclusión, retraso que, como dice la exposición de motivos del Real Decreto-ley 6/2019, provoca “un daño de difícil reparación”.

En enero de 2019, la Comisión Mundial de la OIT para el futuro del trabajo constataría en su Informe, *Trabajar para un futuro mas prometedor*, que el ritmo de cambio hacia la igualdad de género era “frustrante por su lentitud durante los últimos decenios a pesar de las medidas jurídicas e institucionales adoptadas para prohibir la discriminación y promover la igualdad de trato y de oportunidades”^[12]. También el Foro Económico Mundial había avisado en 2019 de que, al ritmo del progreso de la igualdad de género desde 2006, fecha de la primera edición de su Informe, tardaríamos 99,5 años, por término medio, en cerrar la brecha de género -global situada en el 68,6%- en los ámbitos de la política, la economía, la salud y la educación en los 107 países cubiertos por dicho Informe^[13]. La situación se agravaría en y por la pandemia de la Covid-19.

Naturalmente, estas reflexiones finales no pueden conducir a considerar que los escasos avances en igualdad de género en el trabajo, y la persistencia de discriminaciones, desafortunadamente todavía un signo de nuestro tiempo, proporcionen justificación y existencia en todo caso al presupuesto constitucional habilitante de la legislación de urgencia. Será necesaria la nota de excepcionalidad de la situación efectivamente concurrente y que ésta precise de una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por el procedimiento ordinario o por el de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes. En caso contrario, dadas las necesidades de permanente y continua adaptación de la legislación sobre igualdad de género en el trabajo a los cambios tecnológicos, medioambientales, económicos, demográficos y sociales, esa legislación se excluiría prácticamente en bloque del procedimiento legislativo parlamentario, lo que, como es patente, no se corresponde con nuestro modelo constitucional de distribución de poderes (STC 28/2007, FJ 10).

Con pleno respeto a las opiniones contrarias, la valoración conjunta de los factores que determinaron al Gobierno a dictar el Real Decreto-ley 6/2019, que han quedado reflejados en la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en la memoria de impacto normativo, la imposibilidad de su tramitación parlamentaria por la singularidad de la situación política, y los objetivos gubernamentales de avanzar en igualdad y evitar la discriminación de las mujeres en el trabajo, permiten concluir que ha existido la justificación del presupuesto constitucional habilitante de su aprobación, determinante de la concurrencia del citado presupuesto constitucional de la “extraordinaria y urgente necesidad”.

Referencias:

1. ^ *CORTES GENERALES, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, año 2019, XII Legislatura, núm. 185, Sesión de la Diputación Permanente núm. 9, págs.15 y ss.*
2. ^ *CORTES GENERALES, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados..., cit., pág. 74.*
3. ^ *La frase coincidente en ambas exposiciones de motivos es la siguiente: “El carácter estructural de una situación no impide que, en el momento actual, pueda convertirse en un supuesto de extraordinaria y urgente necesidad atendiendo a las circunstancias concurrentes (SSTC 137/2011, FJ 6; 183/2014, FJ 5; 47/2015, FJ 5; 139/2016, FJ 3; y 33/2017, FJ 3)”.*

4. ^ SSTC 237/2012, de 13 de diciembre, FJ 6: 93/2015, de 14 de mayo, FJ 7.
5. ^ No entraré aquí en el examen de su contenido, aunque sí recordaré su decisión, esencial, de igualar la duración de la suspensión del contrato y de la prestación de la seguridad social de ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores, llevando los deberes de cuidado, corresponsablemente ejercidos, al momento mismo del nacimiento, adopción, guardia o acogimiento e impidiendo la transferencia o cesión del permiso del otro progenitor a la madre biológica, al otro adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor..
6. ^ P. CRUZ, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 54-57.
7. ^ “Normalidad y excepción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, 2004, pág. 192.
8. ^ *Uso y abuso del Decreto-ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*, Iustel, Madrid, 2016, pág. 18.
9. ^ P. CRUZ, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, cit., págs. 13 y 15.
10. ^ G. ZAGREBELSKY, *Tempi difficili per la Costituzione. Gli smarrimenti dei costituzionalisti*, Laterza, Bari, 2023.
11. ^ M. Solanas Cardín, *la crisis del covid-19 y sus impactos en la igualdad de género*, real instituto elcano, ARI 33/2020 - 1/4/2020.
12. ^ Ginebra, 22 enero 2019, pág. 34.
13. ^ *En concreto, el cierre de la brecha de “participación y oportunidades económicas” necesitaría 257 años, calculados según la lenta velocidad del progreso en igualdad del período 2006-2020: Global Gender Gap Report 2020*, Ginebra, diciembre, 2019, pág. 6.

§ 43 La protección reforzada de la libertad de expresión en la actividad sindical.

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona

Resumen: *La sentencia del TC aborda la temática del ámbito de la libertad de expresión cuando se trata de una actividad sindical, poniendo en relación los artículos 20.1 y 28.1 de la Constitución. Tras un amplio repaso de su jurisprudencia anterior, el TC pone de manifiesto que la conducta empresarial ha sido vulneradora de ambos derechos, por lo que procede al restablecimiento del sindicato que ha presentado el recurso de amparo en su situación anterior y devuelve las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia para se pronuncie sobre la impugnación de la abogacía del Estado en la cuantía de la indemnización solicitada por daños morales.*

Palabras clave: *Sindicato. Libertad de expresión. Conducta antisindical. Indemnización.*

Abstract: *The TC ruling addresses the issue of the scope of freedom of expression when it comes to trade union activity, by linking articles 20.1 and 28.1 of the Constitution. After an extensive review of its previous jurisprudence, the TC shows that the company's conduct has violated both rights, and therefore proceeds to reinstate the trade union that has filed the appeal for protection in its previous situation and returns the proceedings to the High Court of Justice to rule on the challenge of the State Attorney's Office on the amount of compensation requested for moral damages.*

Keywords: *Trade union. Freedom of expression. Anti-union conduct. Compensation.*

I. Introducción

La sentencia del TC objeto de examen en el presente artículo trata sobre la posible vulneración de un derecho fundamental laboral específico, el de libertad sindical del art. 28.1 CE, en directa relación con la posible vulneración de otro derecho fundamental, en este caso inespecífico por afectar tanto a las relaciones de trabajo como a las externas al ámbito laboral, el de libertad de expresión reconocido en el art. 20.1 del texto constitucional.

La respuesta del TC al recurso de amparo, que ahora adelanto, es la de haberse producido una vulneración de ambos derechos. A mi parecer, la sentencia se ajusta perfectamente a la consolidada jurisprudencia sobre vulneración de ambos derechos, plasmada en anteriores sentencias y a las que muy lógicamente se refiere el tribunal para fundamentar su tesis estimatoria del recurso, si bien me parece que en esta ocasión el TC refuerza, y de ahí que se admitiera a trámite el recurso de amparo, la

relación entre dos derechos fundamentales que afectan directamente a la libertad sindical en su vertiente de actividad.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Constitucional (Sala Primera).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 22/2023, de 27 de marzo.

Tipo y número de recurso: Recurso de amparo núm. 6005/2021.

ECLI:ES:TC:2023:22

Fuente: BOE.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Enríquez Sancho.

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado: hechos y antecedentes

El litigio encuentra su origen en sede judicial con la presentación de demanda, en procedimiento de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO de la Región de Murcia contra la Autoridad Portuaria de Cartagena, el Comité de Empresa y la UGT.

La pretensión de la parte actora era que se declarara la vulneración de los derechos constitucionales citados y se ordenara "la restauración de la situación al momento anterior a producirse, condenando a la empresa a permitir el uso del faro de Mazarrón por parte de los trabajadores, sin imposición de condiciones ajenas a las propias del uso de la citada vivienda social y la reparación de dichos actos discriminatorios condenando a la empresa a la notificación de la sentencia a todos los trabajadores de la empresa por el mismo medio por el que se notificó el comunicado emitido el 20 de diciembre de 2018" (véase antecedente de hecho 2 de la sentencia del TC).

Para un correcto conocimiento del caso, y para poder analizar después si se produjo la vulneración de los derechos fundamentales, es necesario acudir a los hechos probados de la sentencia de instancia, transcritos en la dictada, al conocer del recurso de suplicación interpuesto por la parte empresarial, por la Sala de lo Social del TSJ de Justicia de Murcia el 6 de abril de 2020 (Rec. 1327/2019).

"PRIMERO.- La empresa AUTORIDAD PORTUARIA DE CARATAGENA tiene establecido la posibilidad de uso dela vivienda sita en el faro de Mazarrón para los trabajadores de la entidad previo su solicitud. .

SEGUNDO.- En fecha 14/12/2018 en la reunión del Comité de Empresa con la Autoridad Portuaria, los representantes del comité pertenecientes a la sección sindical de Comisiones obreras preguntaron cuando seiba a poner a disposición dicha vivienda para los trabajadores, y en especial si se podrían utilizar en fechas navideñas.

TERCERO.- Dicha vivienda había sido objeto de reformas y estaba pendiente de su adecuación y faltaba mobiliario para ser apta para su uso.

CUARTO.- Según información de la Autoridad Portuaria la vivienda no iba a estar lista hasta después de las fechas navideñas. Ante tal respuesta la sección sindical de comisiones Obreras emitió un comunicado por medio del correo interno a todos los trabajadores de la empresa en el que se expresaba: "Le preguntamos cuando pensaban poner a disposición de todos los trabajadores es uso del faro de Mazarrón y nos dijeron que el 7 de enero de 2019. Cuando les comentamos que por qué no se abría antes nos respondieron que: "estaban esperando que llegara la vajilla". Vosotros

os lo creéis? Nosotros NO, probablemente sea que en nochebuena y Nochevieja el faro va a estar lleno de gaviotas."

QUINTO.-En fecha 20/12/2018 el Presidente de la Autoridad Portuaria, entonces DON Carlos José , emitió por medio correo a todo el personal el siguiente comunicado: "En la reunión celebrada al pasado viernes 4 de diciembre entre el Comité de Empresa y esta Presidencia y la Dirección. se abordó un punto del orden del día respecto a la puesta en servicio de la vivienda del Faro de Mazarrón Ante la pregunta formulada por CCOO, la Dirección dijo que sería a partir del 7 de enero de 2,019 debido a que aún falta el menaje de hogar. entre lo que se incluye vajilla, cubertería, ropa de camas y ropa de baños. Con posteridad, el Sindicato CCOO ha remitido un comunicado a algunos trabajadores de la APC donde realiza unas declaraciones tendenciosas respecto a la fecha de puesta en servicio de esta vivienda; en los siguientes términos que cito textualmente: "¿vosotros os lo creéis? y la respuesta: "nosotros NO. Probablemente al motivo real sea que en nochebuena y nochevieja el faro va a estar lleno de gaviotas;. Estas declaraciones del sindicato CCOO son totalmente falsas, es una insinuación fuera de lugar, absolutamente tendenciosa y malintencionada, considerando que se dan a entender como causas, motivos espurios, que además se han divulgado por escrito a buena parte de la plantilla de la Autoridad Portuaria, Par tal motivo, he tomado la decisión de reclamar del Sindicato CCOO, mediante este escrito público, que se retracte íntegramente de dicha afirmación per el mismo medio en el que se han vertido las anteriores falsedades, poniendo en su conocimiento que hasta que no se haya producido dicha retractación, se pospone el uso de la vivienda del Faro de Mazarrón para, su utilización. Aprovecho la ocasión para desearos a todos que paséis unas muy felices fiestas en compañía de vuestros seres queridos".

SEXTO.- En fecha 13/02/2019 Don Luis Andrés , del Departamento de Recursos Humanos remitió nuevo correo a todo el personal en el que se hizo constar Después de la reunión mantenida entre el Presidente de la AP y el Presidente del Comité de Empresa, con fecha 1 de Febrero, y tal y como se acordó, una vez que se han llevado a cabo todas las tareas necesarias para su puesta en funcionamiento, se comunica a todos los trabajadores que ya está disponible la casa del faro de Mazarrón, que puede solicitarse a partir de hoy, para su uso a partir del día 25 de febrero.

SÉPTIMO.- Tal correo se emitió por instrucciones del Jefe de Recursos Humanos, si bien las instrucciones fueron que había existido una reunión en fecha 1/02/2018 con DON Juan Manuel . Tal reunión no había tenido lugar, aunque si había habido una conversación telefónica. En tal conversación no consta que el Sr. Juan Manuel hablará en nombre del todo el Comité.

OCTAVO. -En fecha 1/02/2019 la sección sindical de UGT emitió el siguiente comunicado: "Cartagena a 01de febrero de 2.019 El pasado día 09 de enero de 2.019 la sección sindical de UGT de la Autoridad Portuaria de Cartagena, mantuvo una reunión con el Presidente de la APC, para tratar diversos puntos, entre los que se encontraba el uso del Faro de Mazarrón. En ese punto, UGT le solicito que, obviando los problemas surgidos en este asunto por la intervención de otro Sindicato, y en beneficio de todos los trabajadores, diera luz verde al uso del Faro. Hoy, 1 de febrero, el Presidente ha comunicado a esta Sección Sindical, que entendiendo los motivos de la petición efectuada ha dado orden al Departamento de Recursos Humanos de que cuando el Faro esté completamente operativo se ponga a disposición de los trabajadores de la Autoridad Portuaria. Desde esta Sección agradecemos al Presidente su predisposición al dialogo adoptando decisiones que benefician a todos los trabajadores de la Autoridad Portuaria".

IV. El litigio en sede judicial laboral (JS, TSJ y TS)

El Juzgado de lo Social núm. 3 de Cartagena conoció del litigio, dictando sentencia estimatoria el 28 de junio de 2019. Conocemos la doctrina básica de dicha resolución judicial por estar transcrita en el fundamento de derecho primero de la sentencia del TSJ. Es la siguiente:

“... el correo enviado por el Presidente de la autoridad Portuaria es más que un exceso verbal, ya que esta hecho por escrito, comunicado a todos los trabajadores y cabe entender que bajo la asistencia y consejo correspondiente, Recurso Humanos, asesores etc. No es, como se afirma por las demandadas darle una trascendencia desmesurada, ya que el presente procedimiento no es un proceso penal, ni de mayor trascendencia, sino el de remediar en lo posible el daño causado. Y es que el actuar de la Autoridad Portuaria, ahonda más en la vulneración reclamada, y así en una "reunión" posterior con la otra sección sindical, la de UGT esta aprovecha para sacar ventaja, y hacer ver que, gracias a sus buenas relaciones con la Dirección Empresarial, se recuperan los derechos que antes, por "culpa" de la otra sección sindical, se habían perdido. Tal circunstancia vulnera también gravemente el principio de imparcialidad y no injerencia que toda empresa debe observar. Pero dicha imparcialidad y no injerencia debería ser mucho más exquisita en una Organismo de carácter Público, sostenido con fondos públicos, de manera que no hubiera ningún atisbo de favorecimiento hacia una u otra opción sindical y mucho menos en un contexto de inminentes elecciones a representante de los trabajadores. Por todo ello será estimada la demanda, declarándose vulnerado el derecho a la libertad sindical de la sección sindical de Comisiones Obreras en el ámbito de la Autoridad Portuaria de Cartagena”, con condena a la parte empresarial de 6.251 euros por los daños y perjuicios causados por su conducta.

Contra la sentencia de instancia se interpuso recurso de suplicación por la abogacía del Estado, al amparo de los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS. También se interpuso por UGT, al amparo de los mismos apartados.

Del primero, la petición de modificación de hechos probados fue aceptada y tendrá sin duda a mi parecer relevancia para la modificación del fallo. Se añadió que “desde la comunicación del presidente de la APC, de 22/12/2018 hasta la fecha de la apertura del faro de Mazarrón, el sindicato demandante ha continuado realizando con normalidad su actividad sindical.”, y que dicho faro “no fue plenamente habilitado para su uso hasta la fecha en que se puso a disposición de los trabajadores, el 25 de febrero de 2019.”

También será estimada la alegación de infracción de normativa aplicable, en concreto de los arts. 182 y 183 de la LRJS, por no haber sido vulnerados a juicio de la Sala los derechos fundamentales en juego, aun cuando fuera “inadecuada” la conducta del Presidente. En un breve fundamento de derecho, tercero, se justifica de esta manera la estimación del recurso de la abogacía del Estado:

“No está acreditado que se hiciera depender el uso del Faro a la modificación de unas manifestaciones vertidas por el sindicato. Por el contrario, la declaración del presidente al final no tuvo consecuencias prácticas, ya que no se limitó el uso del Faro por los trabajadores, como consecuencia de la actuación del sindicato.

Una cosa es la inadecuación en su caso, de la conducta del presidente del organismo demandado y otra cosa es la vulneración de un derecho fundamental por ella. No está probado que la libertad de expresión del sindicato, ni otro derecho constitucional hayan sido conculcado, pues además está acreditada la continuidad de la actividad sindical del demandante.

No estando probada lesión alguna, ni vulneración de precepto constitucional alguno y por tanto no existiendo daños morales indemnizables, debe estimarse el recurso planteado por la Autoridad Portuaria, al no ser bastante la existencia de unas declaraciones de su presidente más o menos acertadas, para que supongan una infracción constitucional.

En consecuencia, ni la libertad sindical de expresión del art. 20.1 de la CE que reconoce el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, ha sido conculcado. Como tampoco el art. 28.1 CE pues no existe ni la más mínima

prueba que acredite que por la conducta de la parte recurrente haya sido conculcada la libertad a sindicarse libremente”.

En relación con el recurso de la UGT, se desestima la modificación solicitada de hechos probados al ser irrelevante para la resolución del caso, y también la alegación de infracción de normativa aplicable, en concreto el art. 14 y 120.3 CE y 182 LRJS. En este punto interesa destacar que la sentencia de instancia absolvió al Comité de Empresa por falta de legitimación pasiva, y no efectuó referencia alguna a la UGT en el fallo, siendo la tesis del TSJ que la absolución también afectaba, implícitamente a dicho sindicato, si bien, aceptando su petición en este punto, se recoge de manera expresa en el fallo de su sentencia.

Por consiguiente, y a los efectos de centrar ya correctamente aquello que después será objeto de conocimiento por el TC una vez que se presente, y admita a trámite, el recurso de amparo, el TSJ no considera existente vulneración alguna de los derechos fundamentales recogidos en los art. 20.1 y 28 CE por la conducta de la presidencia de la autoridad portuaria, y absuelve de manera expresa a la UGT de la demanda.

Contra la sentencia de duplicación se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, que fue inadmitido por auto dictado por la Sala Social del TS el 22 de junio de 2021 (Rec. 2964/2020), por no apreciar la contradicción requerida por el art. 219.1 LRJS con la sentencia aportada de contraste, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia el 10 de mayo de 2019 (Rec. 250/2019).

La tesis del TS para no admitir el RCUD, tras haber sintetizado primeramente la sentencia recurrida, es la siguiente:

“... la sentencia de contraste recae también en proceso de tutela de derechos fundamentales en el que los actores denuncian la vulneración del derecho a la libertad sindical exclusivamente y consta que la actora, que había ostentado la condición de representante de los trabajadores, obtuvo sentencia que declaró el despido nulo por resultar vulnerador del derecho a la libertad sindical. A lo que se suma que el administrador único de la empresa convocó reunión con los trabajadores en los que les amenazó con 49 despidos como consecuencia de la actividad sindical de la actora; produciéndose tras dicha reunión 20 despidos disciplinarios. Y la Sala considera que tal actuación del administrador resulta vulneradora del derecho a la libertad sindical, sin que pueda entenderse amparada por su derecho a la libertad de expresión. En consecuencia, los debates también son dispares.

Se trata entonces de sentencias que llegan a soluciones distintas, pero no son contradictorias, puesto que los presupuestos de hecho que condujeron a aquéllas eran diferentes”.

V. Sentencia del TC

1. Posiciones de las partes

Una vez agotada la vía procesal en sede jurisdiccional laboral, el sindicato demandante en instancia acudió a la vía constitucional mediante la interposición del recurso de amparo, admitido a trámite por providencia de 10 de octubre de 2022, al considerar la sección primera de la Sala primera, que concurría la especial relevancia constitucional requerida por el art. 50.1 de la Ley Orgánica del TC, por cuando planteaba “un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal”.

La argumentación de la recurrente es, como puede comprenderse, sustancialmente semejante en gran parte de su contenido, a la plasmada en la demanda en vía judicial laboral: con la actuación del Presidente, se hacía creer que el disfrute de la vivienda del faro “dependía de las manifestaciones” que había efectuado el sindicato; que aunque se hubiera seguido desarrollando la actividad sindical por la parte ahora recurrente, ello no era óbice “que impida apreciar la vulneración de los derechos fundamentales” en fin, la vulneración de los principios de imparcialidad y no

injerencia en la actividad sindical, por dar a entender que la actuación del sindicato UGT había permitido “solucionar” el conflicto y recuperar el derecho al uso de la vivienda que, mientras tanto, estaba “perdido” por las manifestaciones del sindicato, o más exactamente de su sección sindical en la empresa, CCOO.

En el antecedente de hecho 8 de la sentencia conocemos el contenido del escrito de alegaciones presentado por el Ministerio Fiscal, en el que defendió la estimación del recurso, solicitando la retroacción de las actuaciones a la Sala del TSJ, para se dictara una nueva sentencia que fuera “respetuosa con el derecho fundamental vulnerado”, y también para que se pronunciara “sobre la impugnación de la indemnización concedida por el Juzgado de lo Social”.

Su tesis será aceptada por el TC en el segundo punto, en aplicación de su consolidada doctrina de tratarse la fijación de los importes indemnizatorios de una cuestión “propia de la jurisdicción ordinaria carente de relevancia constitucional”, aun cuando, obviamente, podría ser controlada “la arbitrariedad o irracionalidad” de la decisión dictada, y dado que en esta ocasión el recurso de amparo no incluye la posible vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el TC no efectúa pronunciamiento alguno al respecto. No será aceptada en el primero por considerar efectivamente probada, a partir de todos los datos del supuesto de hecho, la vulneración alegada de los arts. 20.1 y 28.1 CE, llevando ello a declarar la nulidad de la sentencia del TSJ y del auto del TS.

La muy extensa y detallada argumentación del Ministerio Fiscal es de muy interesante lectura, por cuanto sintetiza la jurisprudencia del TC y más adelante la aplica muy correctamente a mi parecer al caso ahora examinado. Recuerda que el derecho de libertad sindical tiene un contenido plural que tiene “... no solo una vertiente organizativa o asociativa sino también una vertiente funcional consistente en el ejercicio de aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores”, y que la libertad de expresión está especialmente reforzada cuando se trata de la actuación o actividad sindical por parte de la representación del personal. Para el Ministerio Fiscal no hay duda, y comparto su parecer, de que las manifestaciones del Presidente constituían un claro atentado a la libertad de expresión del sindicato ahora recurrente, y no solo a sus representantes sino que también lo era para otros que hubieran podido actuar en parecidos términos, por la presión ejercida para limitar sus críticas a la empresa, “pues de lo contrario perjudicarán a los trabajadores cuyos intereses defienden y estos tendrán conocimiento de que el perjuicio se debe a la actuación del sindicato”.

Se destaca además que solo se manifiesta el cambio de actitud por parte empresarial cuando se explica la reunión con otro sindicato, más de un mes después, y se conoce ese cambio tanto por el comunicado de la UGT como por el emitido por el departamento de recursos humanos de la empresa, siendo así que para la Fiscalía “el mensaje implícito en los comunicados de UGT y de recursos humanos es que a los representantes sindicales que no sean críticos con el presidente, sino que le pidan por las buenas que no se nieguen sus derechos a los trabajadores, el presidente se lo concederá. Por lo tanto, sigue la presión para que los representantes sindicales actúen de una manera que no moleste al presidente de la empresa porque así conseguirán beneficios para los trabajadores”.

Para la Fiscalía, es claro que hay una vulneración de los derechos de la parte recurrente que no debe confundirse con el derecho de las y los trabajadores de la empresa a disfrutar de la vivienda del faro, y que la manifestación empresarial, que solo fue modificada en su tesis de no utilización de la vivienda, hasta más de un mes después, produjo un claro desprestigio del sindicato, y por consiguiente del derecho constitucional fundamental del art. 28.1, en relación con el art. 20.1 CE; “al ocasionarle un desprestigio inmediato frente a los trabajadores y mantener una restricción indebida de su libertad de expresión en el desarrollo de su actividad sindical”. Concluye afirmando que no se sabe cuál fue el verdadero motivo del retraso en la habilitación del uso de la vivienda, es decir si se trataba de un problema real de “suministro de

menaje del hogar”, o en realidad era debido a que mientras no se retractara el sindicato de sus manifestaciones no estaría a disposición del personal.

De las alegaciones de la Abogacía del Estado, que solicitó la desestimación del recurso, tenemos conocimiento en el antecedente de hecho 9, con una primera alegación procesal formal y, de manera subsidiaria si la anterior no prosperara, una alegación sustantiva o de fondo. La primera es relativa a la consideración jurídica de la empresa, un organismo público, y de su presidente como alto cargo de la Administración General del Estado, considerando que, al tratarse la vulneración denunciada de un acto de comunicación de dicho presidente, es decir un acto del poder ejecutivo, el plazo de impugnación sería el fijado en el art. 43 de la LOTC, veinte desde la notificación del auto de inadmisión del recurso de casación, que lo fue el 19 de julio de 2021, y añadiendo que “el plazo para la presentación de la demanda de amparo venció el 17 de septiembre, presentándose el recurso de amparo, de manera extemporánea, el 24 de septiembre”.

Desde la subsidiaria vertiente sustantiva o de fondo, se rechaza de plano la vulneración denunciada de los derechos fundamentales antes referenciados. Se acepta que las manifestaciones del Presidente, en cuanto que se trata de una autoridad pública, constituyeron ciertamente un “exceso”, pero no le da, permítanme la expresión coloquial, más importancia a estas, por ser del parecer, en tesis radicalmente contraria a la de la fiscalía, que “no tuvo efecto lesivo alguno”, por lo que, acudiendo a jurisprudencia del TC; no procedería el amparo en un caso como este en el que, a semejanza de otros de los que ha debido conocer el tribunal, “no existe una vulneración real y efectiva consumadas del derecho, sino solo meramente hipotéticas”.

2. Doctrina constitucional

Al entrar en el conocimiento del recurso la Sala recuerda en primer lugar, de manera resumida, cuál es el objeto del recurso y las pretensiones de las partes, para pasar inmediatamente a continuación a dar respuesta a la alegación procesal formal presentada por la abogacía del Estado sobre la extemporaneidad del recurso, desestimada por el tribunal, con muy buen criterio a mi parecer, dado que la actuación del Presidente de la Autoridad Portuaria “es una declaración de intenciones emitida por el empleador a los trabajadores del organismo público con incidencia en el marco de las legítimas expectativas laborales que estos tuvieran”, no tratándose, por consiguiente, del “ejercicio de una potestad pública de imperio que pueda calificarse propiamente de acto administrativo, aunque derive de una entidad de Derecho público”, y de ahí que no se trate de un recurso de amparo al que deba ser aplicable el art. 43 LOTC, sino el art. 44.2 en cuanto que la lesión es imputable al órgano judicial que avaló la decisión empresarial. Ya sabemos que el plazo para la interposición del recurso es en tales casos de 30 días, por lo que fue presentado en tiempo y forma, ya que el plazo finalizaba el 4 de octubre.

Una vez desestimado el óbice procesal, la Sala procede a recordar su doctrina sobre la relación entre los derechos en juego y la prohibición de injerencia en su ejercicio, con una muy amplia síntesis de la importante sentencia núm. 89/2018 de 6 de septiembre. Del muy amplio elenco de sentencias citadas, me quedo con una de sus tesis, la de que el empleador no puede limitar indebidamente derechos fundamentales, como los ahora cuestionados, aunque disponga de los poderes inherentes al título jurídico que legitima su situación en el ámbito de una relación contractual, y se sintetiza muy acertadamente a mi parecer en la frase final del muy largo párrafo en el que se resume la doctrina del TC en la citada sentencia, esto es que “frente al ejercicio de un derecho fundamental, sólo otro derecho fundamental o interés constitucionalmente relevante puede ser opuesto como límite”, sin olvidar el pleno reconocimiento constitucional de la mayor protección que para el ejercicio de estos derechos (libertad sindical en relación con la libertad de expresión) se reconoce a quienes los ejercen en su condición de representantes de los representantes de los trabajadores al objeto de defender sus derechos e intereses, con remisión a la histórica, y muy relevante, sentencia 38/1981 de 23 de noviembre y la protección conferida a tales representantes en el ejercicio de su actividad representativa.

3. Doctrina básica

Llega ya el momento de aplicar la doctrina anteriormente referenciado (fundamento de derecho 4), formulando en primer lugar unas consideraciones previas, a las que sigue el análisis posterior de las vulneraciones alegadas. Concluirá, antes del fallo, con la manifestación del otorgamiento del amparo y la exacta delimitación de sus efectos (fundamento de derecho 5).

Consideraciones previas, que son ciertamente un punto de referencia relevante a mi parecer para la argumentación posterior que llevará a la estimación del amparo, y que en apretada síntesis son las siguientes: el ejercicio del derecho a la libre actividad sindical por parte del sindicato recurrente al emitir su comunicado; no se ubica la respuesta empresarial, aun cuando se califica por su representación procesal como "exceso", en el ámbito de los poderes de dirección y sancionador que la normativa laboral le reconoce; el no cuestionamiento del derecho del personal de la empresa al uso de la vivienda del faro; en fin, tampoco es discutido que el sindicato continuó llevando a cabo su actividad sindical en la empresa después del comunicado de la dirección.

Es justamente sobre este último punto cuando la Sala se plantea alguna duda sobre la vulneración de los derechos fundamentales antes citados, al haber continuado con normalidad la actividad sindical, si bien inmediatamente se desvanece por todo el conjunto de datos disponibles que avalan con rotundidad dicha vulneración.

Para fundamentar con detalle su tesis, parte de un elemento que a mi entender es definitorio para concluir con la vulneración de los derechos, y que en modo alguno, a diferencia de la tesis de la Abogacía del Estado, puede calificarse meramente de "exceso": se trata del Presidente de un importante organismo público, que, probablemente muy enfadado por el escrito sindical, que considera que hace unas manifestaciones "falsas y malintencionadas", reacciona "en caliente" o de manera impulsiva, o al menos eso puede interpretarse a primera vista, y hace saber a todo el personal que hasta que no se retracte el sindicato de sus palabras no estará disponible la vivienda del faro para todo el personal, si bien reconozco que esta hipótesis queda fuertemente puesta en tela de juicio por dos motivos: en primer lugar, porque se trata de un texto escrito y no de una mera manifestación verbal; y en segundo término porque cabe pensar que su redacción pasó por el "filtro" del departamento de recursos humanos. Pero, quizá nada de lo que aventuro como hipótesis sea correcto y aquello que sí lo sea es el enfado del Presidente y el comunicado "en caliente" sin encomendarse a nada ni a nadie.

No es por casualidad, pues, que el TC utilice el término "represalia" al referirse a la manifestación empresarial que, vuelvo a insistir por su importancia, no afecta solo a las y los miembros de la sección sindical de CCOO, sino a todo el personal, de tal manera que es muy lógica y acertada la conclusión a la que llega el TC de que mediante tal manifestación, en conjunción con el comunicado posterior una vez celebrada la reunión con otro sindicato, todo el personal de la empresa, al que se dirigió el mensaje a través de los canales informáticos de esta, pudo percibirlo "como un perjuicio real y verosímil".

De forma muy didáctica, la Sala va desgranando uno tras otro los argumentos que llevarán a la estimación del recurso por ser una injerencia inaceptable jurídicamente en los derechos de libertad de expresión y libertad sindical de la parte recurrente. En primer lugar, se pide una retractación al sindicato, por la máxima autoridad empresarial, anunciando con claridad un perjuicio para el personal (el no disfrute de la vivienda del faro), mientras aquel no se manifestara en los términos exigidos. No hay duda, así me lo parece y también lo apunta el TC, que tal comunicado pudiera ser claramente considerado como un "aviso" a los sindicatos para que limitaran sus manifestaciones críticas sobre la empresa si no querían sufrir perjuicios. En los mismos términos, y ya he apuntado con anterioridad su importancia, no es un comunicado más de los emitidos por el departamento de recursos humanos, sino que proviene nada más ni nada menos que de la máxima autoridad de la empresa, con

una evidente amplia publicidad y, subraya el TC, “repercusión con un implícito efecto de presión al sindicato”.

Si todos estos argumentos avalarían sobradamente a mi entender la vulneración denunciada, no dejan de ser también importantes otros y que la representación procesal de la parte empresarial trató de utilizar para demostrar justamente lo contrario que la recurrente, es decir la inexistencia de tal vulneración: hasta que se emitió el segundo comunicado, casi dos meses después, todo el personal podía creer que hasta que no hubiera retractación por CCOO no se permitiría el uso de la vivienda del faro. Casualidad o no, y en la vida labora la primera se da en muy pocas ocasiones cuando existen conflictos, se emitió el segundo comunicado una vez que ya se había presentado la demanda en sede judicial, y además nada se decía sobre la hipotética retractación de la parte demandante, sino que se informaba meramente de la puesta a disposición del personal del uso de la vivienda, con el “añadido” de que parecería haberse desbloqueado el conflicto por la intervención de otro sindicato.

4. *Parte dispositiva*

Por todo lo anteriormente expuesto, y con ello concluyo este comentario, el TC falla estimando la demanda “por vulneración de su derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1 a) CE), en relación con el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE)”, restableciendo al sindicato recurrente en su derecho fundamental. Declara la nulidad de la sentencia del TSJ y del auto del TS, y devuelve las actuaciones al TSJ para que se pronuncie sobre la impugnación de la abogacía del Estado sobre la indemnización concedida en la sentencia de instancia, “teniendo en cuenta lo declarado en la presente sentencia en los términos explicitados en el FJ 5 b”.

disputa y al mismo tiempo premisa jurídica sobre la que gravita la STS objeto de estudio, como es la naturaleza que se le debe otorgar a la manifestación de voluntad del beneficiario de una prestación de jubilación reconocida, inmediatamente después de su notificación. Y para ello, como avanzamos en el párrafo anterior, aportamos argumentos en un sentido contrario al que justifica la decisión de nuestro alto Tribunal, en cuanto a que no se trata de un mero desistimiento de solicitud de pensión, sino ante un verdadero acto de voluntad de renuncia a un derecho ya reconocido y constituido, entrando en juego la prohibición de irrenunciabilidad del art. 3 LGSS, y por lo tanto, la invariabilidad del reconocimiento de la pensión de jubilación, que produce sus efectos en los términos fijados en la resolución del INSS en favor del beneficiario.

X. Apunte final

Para terminar, aunque hayamos deslizado razones o motivos a favor de que el derecho a la prestación ya estaba legalmente conformado y era irrenunciable, por tanto criterio contrario al del pronunciamiento de la Sala IV, no obstante nos mostramos más cercanos con las razones y decisión del meritado Tribunal Supremo. Y ello es así, porque la ausencia de previsión legal para regular situaciones como las de este caso no se puede resolver con una aplicación rígida de la ley y, como razona la sentencia analizada, si la solicitud de la jubilación no es obligatoria, esa facultad de libre disposición en la persona del peticionario se debe hacer extensiva hasta el momento de su efectividad, con independencia de la concurrencia de causa privada o -más allá- incluso sin tener que exteriorizar motivo, habiendo suplido el pronunciamiento del TS una laguna jurídica que sería interesante solventar por el legislador para aportar seguridad jurídica ante otros supuestos iguales o análogos que se puedan dar en el futuro.

Referencias:

1. ^ *Sentencia nº 320/2023 de la Sala IV del TS (Rec. 2860/2020).*
2. ^ *Sentencia de 7 de julio de 2020, (Rec. Suplicación 1464/2019), del TJS de Valencia.*
3. ^ *Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.*
4. ^ *“La pensión de jubilación y sus retos”, Cuadernos Digitales de Formación. Autores: Guillermo Rodríguez Iniesta -Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Murcia- y José Luis Monereo Pérez -Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada-.*
5. ^ *Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.*
6. ^ *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.*

§ 44 ¿Los cuadros médicos de exclusiones para el ingreso en las Fuerzas Armadas, la Guardia Civil y el Cuerpo Nacional de Policía operan de forma automática? A propósito del uso de lentes fáquicas.

María Areta Martínez

Secretaria de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

Resumen: *El inciso final del Anexo I.J).9 de la Orden PCI/155/2019 ha venido estableciendo que “En ningún caso se admitirán lentes fáquicas” para el ingreso en los centros docentes de formación que dan acceso a la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil. La STS-CONT núm. 221/2023, de 23 de febrero, siguiendo la doctrina de sentencias precedentes, dictamina que la implantación de lentes fáquicas, como causa médica de excusión, no opera de forma automática, sino que ha de aplicarse a partir del principio de proporcionalidad; es decir: hay que examinar las circunstancias del caso concreto para después justificar si la implantación de lentes fáquicas inhabilita o no al usuario de las mismas para ejercer las funciones de Guardia Civil. En el caso ahora enjuiciado, el TS concluye, tras aplicar el principio de proporcionalidad, que el uso de lentes fáquicas no impide al militar profesional que presta servicios en las Fuerzas Armadas acceder, por la vía de promoción externa, a la Guardia Civil. Asimismo, la STS-CONT núm. 221/2023, de 23 de febrero, declara, al amparo del art. 27.3 de la Ley 29/1998, la nulidad del inciso final del Anexo I.J).9 de la Orden PCI/155/2019. Se trata de la segunda sentencia del TS que declara la nulidad del referido precepto reglamentario, y es que previamente ya lo había hecho en la STS-CONT núm. 214/2023, de 21 de febrero. El caso enjuiciado invita a reflexionar sobre: 1) la implantación de lentes fáquicas como causa médica de exclusión para el ingreso en las Fuerzas Armadas y en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dependientes del Gobierno de la Nación (Guardia Civil, Policía Nacional); y 2) la eficacia “erga omnes” de la sentencia que declara la nulidad de un precepto de una disposición general.*

Palabras clave: *Cuadro médico de exclusiones. Lentes fáquicas o intraoculares. Guardia Civil. Cuerpo Nacional de Policía. Fuerzas Armadas. Eficacia “erga omnes” de sentencia anulatoria del precepto de una disposición general.*

Abstract: *En Espagne, le dernier alinéa du paragraphe J).9 de l'annexe de l'Arrêté PCI/155/2019 stipule que les lentilles intraoculaires phiques ne sont en aucun cas admis pour l'accès au Corps des Caporaux et des Gardes de la Garde civile. Dans un arrêt du 23 février 2023, la chambre administrative de la Cour suprême d'Espagne a précisé que les normes médicales à l'admission définies en l'annexe de cette Arrêté s'appliquent conformément au principe de proportionnalité, et compte tenu des circonstances de chaque cas.*

Keywords: *La liste des motifs d'inaptitude médicale à l'admission au Corps des Caporaux et des Gardes de la Garde civile. Forces et Corps de sécurité de l'État. La chirurgie réfractive. Les lentilles intraoculaires phaqes. L'attribution des effets erga omnes aux arrêts de la chambre administrative de la Cour suprême d'Espagne annulant une norme législative.*

I. Introducción

Las páginas que siguen a continuación tienen por objeto comentar los Antecedentes de Hecho, los Fundamentos de Derecho y el Fallo de la STS-CONT núm. 221/2023, de 23 de febrero, que resuelve el recurso de casación núm. 5071/2021 (ECLI:ES:TS:2023:637) interpuesto frente a la STSJ de Madrid-CONT núm. 234/2021, de 23 de abril (ECLI:ES:TSJM:2021:3769), sobre interpretación y aplicación del cuadro médico de exclusiones para el ingreso en centro de formación de la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil. En particular, se cuestiona la implantación de lentes fáquicas como causa médica de exclusión.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 221/2023, de 23 de febrero.

Tipo y número de recurso: Recurso de casación núm. 5071/2021.

ECLI:ES:TS:2023:637.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. Celsa Pico Lorenzo.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión de fondo consiste en determinar si las causas médicas de exclusión que recoge el Anexo I de la Orden PCI/155/2019, de 19 de febrero, por la que se aprueban las normas por las que han de regirse los procesos de selección para ingreso en los centros de formación para la incorporación a la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil, se aplican de forma automática o han de interpretarse a partir del principio de proporcionalidad, teniendo que justificar en cada caso si inhabilitan o no para el ejercicio de las funciones de Guardia Civil.

Concretamente, se cuestiona el modo de aplicar la causa de exclusión médica prevista en el inciso final de la letra J, apartado 9, del Anexo I de la Orden PCI/155/2019, referida a la implantación de lentes fáquicas. La norma señala que *En ningún caso se admitirán lentes fáquicas.*

El caso ahora enjuiciado presenta las siguientes particularidades:

- 1ª. La aplicación de la causa médica de exclusión (llevar implantadas lentes fáquicas) se plantea con ocasión de un proceso selectivo de promoción externa para el acceso a una plaza de centro de formación de la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil reservada para militares profesionales de Tropa y Marinería de las Fuerzas Armadas. Por tanto, los aspirantes que concurren a dicha plaza son militares profesionales que prestan servicios en las Fuerzas Armadas.

- 2ª. Siendo ya militar profesional, la aspirante se implantó lentes intraoculares precristalinas o fáquicas en ambos ojos, alcanzando un 100 % de visión.
- 3ª. Después de ser operada, la aspirante, en su condición de militar profesional, ha seguido desarrollando sus funciones con normalidad y ha superado con éxito todos los reconocimientos médicos y pruebas físicas efectuadas en el seno de las Fuerzas Armadas; dicho de otro modo: el hecho de usar lentes intraoculares no ha supuesto una valoración negativa de su aptitud psicofísica actual para continuar ejerciendo las funciones como militar profesional de las Fuerzas Armadas.

En definitiva, la cuestión de fondo consiste en determinar si la implantación de lentes fáquicas, como causa médica de exclusión para el ingreso en los centros de formación de la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil, debe aplicarse de manera automática o si el principio de proporcionalidad permite modular su aplicación cuando la aspirante proviene de las Fuerzas Armadas y concurren las circunstancias anteriormente expuestas.

El asunto tiene un aspecto adicional relevante, que va referido a la posible nulidad del precepto que contempla el uso de lentes fáquicas como causa médica de exclusión (inciso final del Anexo I.J).9 Orden PCI/155/2019).

IV. Posiciones de las partes

1. La parte recurrente (aspirante que participa en proceso selectivo)

La parte recurrente considera infringidas la normativa y jurisprudencia sobre discrecionalidad técnica y requisitos a tener en cuenta en la prueba de reconocimiento médico, a fin de valorar si las causas médicas de exclusión inhabilitan o no para el ejercicio de los cometidos propios del Cuerpo o Escala al que se pretende acceder en el marco del principio de proporcionalidad.

La parte recurrente sostiene que, aunque la implantación de lentes fáquicas figure como causa médica de exclusión en el Anexo I.J).9 de la Orden PCI/155/2019, no existe elemento alguno de convicción que permita acreditar que incapacite o limite para desempeñar las funciones de Guardia Civil. La parte recurrente concluye que el TS debería anular el inciso final del apartado 9, de la letra J), del Anexo I de la Orden PCI/155/2019, según el cual, *En ningún caso se admitirán lentes fáquicas.*

2. La parte recurrida (Administración General del Estado)

La Administración General del Estado, como parte recurrida, se opone al recurso de casación, alegando que la causa médica de exclusión (implantación de lentes fáquicas) se recoge por la Orden PCI/155/2019 y procede su aplicación en todo caso.

El Abogado General del Estado argumenta que, si bien es cierto que la implantación de lentes fáquicas, como causa médica de exclusión, no se recogía antes de la Orden PCI/155/2019, la evidencia científica ha puesto de manifiesto los riesgos que dicho tipo de lentes llevan aparejados en caso de traumatismo, de ahí su inclusión en el vigente cuadro médico de exclusiones para el acceso a la Guardia Civil.

El Abogado General del Estado no “cierra la puerta” a que la implantación de lentes fáquicas deje de ser causa médica excluyente si resulta que, en función de la evolución de la evidencia científica, se equipara a otras técnicas de cirugía refractiva que no son impeditivas para el acceso a las Escalas y Cuerpos de la Guardia Civil.

V. Normativa aplicable al caso

La STS-CONT núm. 221/2023 fundamenta el Fallo en la normativa vigente y en la jurisprudencia señaladas a continuación:

Normativa aplicable:

- Orden PCI/155/2019, de 19 de febrero, por la que se aprueban las normas por las que han de regirse los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes de formación para la incorporación a la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil (BOE núm. 44, de 20 febrero 2019). El inciso final del Anexo I.J).9 dispone que *En ningún caso se admitirán lentes fáquicas*.
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) (BOE núm. 167, de 14 julio 1998). El art. 27.3 dispone que, *Sin necesidad de plantear cuestión de ilegalidad, el Tribunal Supremo anulará cualquier disposición general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella norma*.

Jurisprudencia aplicable:

- STS-CONT núm. 1357/2022, de 24 de octubre (Recurso de casación núm. 2644/2021. ECLI:ES:TS:2022:3793).
- STS-CONT núm. 1725/2022, de 21 de diciembre (Recurso de casación núm. 4390/2021. ECLI:ES:TS:2022:4834).
- STS-CONT núm. 34/2023, de 16 de enero (Recurso de casación núm. 5064/2021. ECLI:ES:TS:2023:353).
- STS-CONT núm. 201/2023, de 16 de febrero (Recurso contencioso-administrativo núm. 244/2021. ECLI:ES:TS:2023:493).
- STS-CONT núm. 214/2023, de 21 de febrero (Recurso de casación núm. 4551/2021. ECLI:ES:TS:2023:544).

VI. Doctrina básica

La STS-CONT núm. 221/2023 reitera doctrina recogida en sentencias precedentes sobre los dos aspectos siguientes:

- **Primer aspecto: sobre la aplicación de la causa médica de exclusión (implantación de lentes fáquicas).** El TS declara que las causas médicas de exclusión que figuran en el Anexo I de la Orden PCI/155/2019 no operan de forma automática, sino que han de aplicarse con proporcionalidad y así, a la vista de las circunstancias del caso concreto, concluir si inhabilitan o no para ejercer las funciones propias del Cuerpo al que se aspira. Cuando el aspirante es militar profesional que viene prestando servicios en las Fuerzas Armadas, el uso de lentes fáquicas no excluye su acceso a la Guardia Civil. En tal caso, la implantación de lentes fáquicas no ha impendido superar los reconocimientos de aptitud psicofísica para continuar prestando servicios como militar profesional, y tampoco cabe entender que impida ejercer las funciones de Guardia Civil.
- **Segundo aspecto: sobre la nulidad de la causa médica de exclusión (implantación de lentes fáquicas).** El TS declara, al amparo del art. 27.3 de la LJCA, la nulidad del inciso final del Anexo I.J).9 de la Orden PCI/155/2019, según el cual, *En ningún caso de admitirán lentes fáquicas*. La nulidad del mismo inciso ya había sido declarada previamente por la STS-CONT núm. 201/2023.

VII. Parte dispositiva

La Sala Tercera (Contencioso-Administrativo) del TS, *en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución*, ha decidido:

- **Primero.** Estimar el recurso de casación núm. 5071/2021 interpuesto frente a la STSJ de Madrid-CONT núm. 234/2021, de 23 de abril (ECLI:ES:TSJM:2021:3769), que casa y anula.
- **Segundo.** Estimar el recurso contencioso-administrativo núm. 100/2020, interpuesto contra la resolución de 9 de enero de 2020, de la Dirección General de la Guardia Civil (Mando de Personal-Jefatura de Enseñanza), que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra las resoluciones de 26 de septiembre de 2019, del Tribunal de Selección por las que se declara “no apta” a la recurrente en la prueba de reconocimiento médico, en la convocatoria del proceso selectivo para el ingreso en centros de formación de la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil (BOE núm. 116, de 15 mayo 2019), que se anulan.
- **Tercero.** Declarar, al amparo del art. 27.3 de la LJA, la nulidad del inciso final “En ningún caso se admitirán lentes fáquicas”, del Anexo I.J).9 de la Orden PCI/155/2019, por la que se aprueban las normas por las que han de regirse los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes de formación para la incorporación a la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil. Se ordena la publicación de este pronunciamiento en el BOE.
- **Cuarto.** En materia de costas: 1) cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad al no apreciarse temeridad ni mala fe en ninguna de las partes (art. 139.3 LJCA, en relación con art. 93.4 LJCA); y 2) en cuanto a la instancia, no se hace pronunciamiento al haber razonables dudas de Derecho en la cuestión litigiosa como para mantener la oposición a la demanda (art. 93.4 LJCA, en relación con art. 139.1 LJCA).

VIII. Pasajes decisivos

La Sala de lo Contencioso-Administrativo fundamenta su Fallo en los argumentos siguientes:

- *No resulta congruente que el recurrente, en su condición de militar, incluso destinado en Afganistán, sea idóneo para el ejercicio de tal actividad llevando años las lentes fáquicas implantadas, superando las revisiones oportunas efectuadas en el seno de las Fuerzas Armadas, y que sea inidóneo con carácter general para la promoción externa en el cupo de pruebas selectivas reservado en la Guardia Civil a los militares profesionales.*
- *Así, quienes pretendan acceder a las pruebas selectivas reservadas en la Guardia Civil a militares profesionales como regla general no pueden quedar excluidos por el hecho de usar lentes intraoculares si no les ha supuesto una valoración negativa de su aptitud psicofísica actual. El principio de proporcionalidad conlleva no excluir al aspirante a la Guardia Civil si no se acredita que las funciones a realizar en el meritado cuerpo conllevan cometidos que no se realizan en las Fuerzas Armadas.*

IX. Comentario

Con carácter general, la cirugía refractiva comprende el conjunto de procedimientos quirúrgicos dirigidos a corregir las ametropías (miopía, hipermetropía, astigmatismo) con el fin de mejorar la agudeza visual y disminuir/eliminar la dependencia de gafas y lentillas. Una de las técnicas quirúrgicas refractivas es la implantación de lentes intraoculares, ya sea con extracción del cristalino (lentes pseudofáquicas) o entre la córnea y el cristalino (lentes fáquicas).

El comentario que sigue a continuación trata de mostrar el *iter* jurídico que ha seguido la implantación de lentes fáquicas como causa médica de exclusión para el ingreso en las Fuerzas Armadas y en los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado dependientes del Gobierno de la Nación (Guardia Civil, Cuerpo Nacional de Policía). El recorrido jurídico del tema queda ordenado en tres fases, que son las siguientes:

- **Primera fase (inicial):** incorporación normativa *ex novo* de la implantación de lentes fáquicas en los cuadros médicos de exclusiones para el ingreso en las Fuerzas Armadas, la Guardia Civil y el Cuerpo Nacional de Policía.
- **Segunda fase (intermedia):** cuestionamiento sobre el modo de invocar la implantación de lentes fáquicas como causa médica de exclusión. Concretamente, la cuestión pasa por determinar si esta causa médica de exclusión opera de forma automática (en todo caso) o ha de aplicarse a la vista de las circunstancias del caso concreto y conforme al principio de proporcionalidad.
- **Tercera fase (final):** declaración de nulidad del precepto reglamentario que incorpora la implantación de lentes fáquicas como causa médica de exclusión para el ingreso en la Guardia Civil y en el Cuerpo Nacional de Policía.

Las tres fases indicadas han transcurrido en apenas un lustro (2019-2023), lo cual comporta un breve periodo de tiempo, máxime si se tiene en cuenta que se trata de un asunto judicializado. En definitiva, el recorrido jurídico del tema ha sido corto.

1. Primera fase. Incorporación “*ex novo*” de la implantación de lentes fáquicas como causa médica de exclusión

La implantación de lentes fáquicas se incorporó *ex novo* a partir de 2019 en los cuadros médicos de exclusiones para el ingreso en las Fuerzas Armadas, la Guardia Civil y el Cuerpo Nacional de Policía:

- **Fuerzas Armadas (2019):** inciso final del apartado H).10 del cuadro médico de exclusiones de la Orden PCI/6/2019, de 11 de enero, por la que se aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación (BOE núm. 11, de 12 enero 2019): *No se admitirán lentes fáquicas.*
- **Guardia Civil (2019):** inciso final del Anexo I.J).9 de la Orden PCI/155/2019, de 19 de febrero, por la que se aprueban las normas por las que han de regirse los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes de formación para la incorporación a la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil (BOE núm. 44, de 20 febrero 2019): *En ningún caso se admitirán lentes fáquicas.*
- **Cuerpo Nacional de Policía (2021):** inciso final del Anexo I).10 del Real Decreto 326/2021, de 11 de mayo, por el que se aprueba el cuadro médico de exclusiones para el ingreso en la Policía Nacional (BOE núm. 113, de 12 mayo 2021): *No se admitirán lentes fáquicas.*

Hasta 2019, la implantación de lentes fáquicas no se contemplaba en ninguno de los cuadros médicos de exclusiones. Tras varios estudios se concluyó que las lentes fáquicas (o intraoculares), como sistema de corrección de las alteraciones de la refracción ocular, conllevan importantes riesgos en la visión por los posibles traumatismos en la cabeza (accidentes de tráfico, agresiones, etc.) que pueden acontecer durante el ejercicio profesional, dándose complicaciones como luxación de la lente o hemorragias vítreas. Estas evidencias científicas motivaron que, a partir de 2019, la referida causa médica de exclusión fuera incluida por vez primera y de forma taxativa en los nuevos cuadros médicos de exclusiones aprobados para el ingreso en las Fuerzas Armadas y en el Cuerpo Nacional de Policía (*No se admitirán lentes fáquicas*), y de forma todavía mucho más taxativa en el nuevo cuadro médico de exclusiones para el ingreso en la Guardia Civil (*En ningún caso se admitirán lentes fáquicas*).

2. Segunda fase. Aplicación de la implantación de lentes fáquicas, como causa médica de exclusión, conforme al principio de proporcionalidad

Tras la primera fase, referida a la incorporación *ex novo* de la implantación de lentes fáquicas en los cuadros de exclusiones médicas, se inicia la segunda fase, relativa a la aplicación de esta causa médica de exclusión en los diferentes procesos selectivos convocados para el ingreso en las Fuerzas Armadas, en la Guardia Civil y en el Cuerpo Nacional de Policía.

La implantación de lentes fáquicas, como causa médica de exclusión, fue cuestionada desde un principio. Se alegaba que no procedía su aplicación automática y también que se trataba de una técnica de cirugía refractiva que no impide el ejercicio de las funciones propias del Cuerpo. Concretamente, la cuestión consistía en determinar si dicha causa de exclusión opera de forma automática o, por el contrario, si su aplicación se rige por el principio de proporcionalidad a la vista de las circunstancias del caso concreto. A partir del último trimestre de 2022, la Sala Tercera del TS comenzó a dictar sentencias respondiendo a la cuestión planteada, y en todas ellas concluye que los cuadros médicos de exclusiones no operan de forma automática, sino que han de interpretarse a partir del principio de proporcionalidad, a fin de justificar en cada caso si inhabilitan para el ejercicio de los contenidos propios del grupo profesional al que se pretende acceder. En relación con el uso de lentes fáquicas como causa médica de exclusión, la doctrina jurisprudencial se recoge en los términos expuestos a continuación:

- **La implantación de lentes fáquicas como causa médica de exclusión en los procesos de promoción interna en las Fuerzas Armadas.** La STS-CONT núm. 1357/2022, de 24 de octubre (Recurso de casación núm. 2644/2021. ECLI:ES:TS:2022:3793), examina el caso de un aspirante con lentes fáquicas que, siendo ya militar profesional de Tropa y Marinería, participa en convocatoria de promoción interna para el ascenso a la Escala de Suboficiales. Las bases de la convocatoria, que no fue impugnada, remiten a la Orden PCI/6/2019, cuyo apartado H).10 contempla la implantación de lentes fáquicas como causa médica de exclusión. El TS declara: 1º) quienes ya pertenezcan a las Fuerzas Armadas y, ejerciendo el derecho de carrera profesional, pretenden acceder a un centro docente militar de formación promocionando mediante cambio de escala, como regla general no pueden quedar excluidos por el hecho de usar lentes fáquicas si ello no constituyó causa de exclusión cuando accedieron a las Fuerzas Armadas, ni causa de pérdida sobrevenida de la aptitud psicofísica para ejercer las funciones encomendadas como militar profesional; y 2º) el principio de proporcionalidad exige no excluir al aspirante cuando en la nueva escala realizará funciones sustancialmente coincidentes con las que ha venido desarrollando en el cuerpo o escala de procedencia, y si el cambio de escala implica un cometido que justificaría

la aplicación de la referida causa médica de exclusión, deberán razonarse las circunstancias concretas por las que se aplica.

- **La implantación de lentes fáquicas como causa médica de exclusión en los procesos de promoción externa dirigidos a militares profesionales de Tropa y Marinería que participan en pruebas de acceso a la Guardia Civil.** El TS ha examinado hasta en tres ocasiones el caso de aspirante con lentes fáquicas que, siendo ya militar profesional de Tropa y Marinería, participa en pruebas selectivas de promoción externa reservadas a militares profesionales para acceso a la Guardia Civil. El TS declara: 1º) quienes pretenden acceder a las pruebas de acceso a la Guardia Civil reservadas a militares profesionales, por regla general no pueden quedar excluidos por el hecho de usar lentes fáquicas si ello no ha supuesto causa de pérdida sobrevenida de la aptitud psicofísica para ejercer las funciones encomendadas como militar profesional; y 2º) el principio de proporcionalidad conlleva no excluir al aspirante de su acceso a la Guardia Civil si no queda acreditado que las funciones a realizar en el meritado cuerpo conllevan cometidos que no realizaba mientras prestaba servicios en las Fuerzas Armadas. Esta doctrina jurisprudencial se recoge en las tres sentencias siguientes: 1) STS-CONT núm. 1725/2022, de 21 de diciembre (Recurso de casación núm. 4390/2021. ECLI:ES:TS:2022:4834); 2) STS-CONT núm. 34/2023, de 16 de enero (Recurso de casación núm. 5064/2021. ECLI:ES:TS:2023:353); y 3) STS-CONT núm. 221/2023, de 23 de febrero (Recurso de casación núm. 5071/2021. ECLI:ES:TS:2023:637).
- **La implantación de lentes fáquicas como causa médica de exclusión en los procesos selectivos de acceso a la Guardia Civil por el turno libre, sin previa vinculación con las Fuerzas Armadas.** La STS-CONT núm. 214/2023, de 21 de febrero (Recurso de casación núm. 4551/2021. ECLI:ES:TS:2023:544), ha examinado el caso de aspirante con lentes fáquicas y sin previa vinculación con las Fuerzas Armadas, que participa en proceso selectivo por el turno libre para el ingreso en los centros docentes de formación para la incorporación a la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil. El TS declara que por razón del principio de proporcionalidad no cabe excluir a la aspirante que tiene implantadas lentes fáquicas sin que, con base en la aplicación automática de la referida causa médica de exclusión, se hayan razonado las circunstancias por las que se aplica.

3. Tercera fase. Nulidad de la disposición normativa que recoge la implantación de lentes fáquicas como causa médica de exclusión

Durante el primer trimestre de 2023, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS ha declarado la nulidad de las disposiciones normativas que incluían la implantación de lentes fáquicas como causa médica de exclusión para el ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía y en la Guardia Civil:

- **Nulidad del precepto reglamentario que contempla la implantación de lentes fáquicas como causa médica de exclusión para el acceso al Cuerpo Nacional de Policía.** El inciso final del apartado I.10 del Anexo del Real Decreto 326/2021, de 11 de mayo, por el que se aprueba el cuadro médico de exclusiones para el ingreso en la Policía Nacional (BOE núm. 113, de 12 mayo 2021), señalaba que *No se admitirán lentes fáquicas*. La STS-CONT núm. 201/2023, de 16 de febrero (Recurso contencioso-administrativo núm. 244/2021. ECLI:ES:TS:2023:544), declara la nulidad del referido inciso final. El BOE núm. 60, de 11 de marzo de 2023, publica

el fallo de la sentencia. Por tanto, desde el 11 de marzo de 2023, la STS-CONT núm. 201/2023 produce efectos *erga omnes*, ex art. 72.2 de la LJCA, y la implantación de lentes fáquicas deja de ser causa médica de exclusión para el acceso al Cuerpo Nacional de Policía.

- **Nulidad del precepto reglamentario que contempla la implantación de lentes fáquicas como causa médica de exclusión para el acceso a la Guardia Civil.** El inciso final del Anexo I.J).9 de la Orden PCI/155/2019, de 19 de febrero, por la que se aprueban las normas por las que han de regirse los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes de formación para la incorporación a la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil (BOE núm. 44, de 20 febrero 2019), señalaba que *En ningún caso se admitirán lentes fáquicas*. El TS, tras haber declarado nulo el precepto reglamentario que contemplaba la implantación de lentes fáquicas como causa médica de exclusión para el acceso al Cuerpo Nacional de Policía, ha procedido igualmente a declarar la nulidad del precepto que hace lo propio para el acceso a la Guardia Civil. No obstante, la declaración de nulidad ha tenido dos particularidades: 1ª) se ha articulado por la vía del art. 27.3 de la LJCA, y 2ª) se ha declarado en dos ocasiones. Así, la nulidad del inciso final del Anexo I.J).9 de la Orden PCI/5/2019 ha sido declarada primero por la STS-CONT núm. 214/2023, de 21 de febrero (Recurso de casación núm. 4551/2021. ECLI:ES:TS:2023:544), y después por la STS-CONT núm. 221/2023, de 23 de febrero (Recurso de casación núm. 5071/2021. ECLI:ES:TS:2023:637). El BOE núm. 127, de 29 de mayo de 2023, publicó el fallo de la STS-CONT núm. 214/2023. Por tanto, cabe entender que, desde el 29 de mayo de 2023, la STS-CONT núm. 214/2023 produce efectos *erga omnes* y la implantación de lentes fáquicas deja de ser causa médica de exclusión para el acceso a la Guardia Civil. Las dos sentencias referenciadas no limitan su fallo a declarar la nulidad del precepto reglamentario que recoge el uso de lentes fáquicas como causa médica de exclusión. Lo llamativo en ambas es que el TS, después de señalar que procede aplicar la referida causa médica de exclusión conforme al principio de proporcionalidad, termina declarando la nulidad del precepto reglamentario que la recoge.

4. Situación actual sobre la implantación de lentes fáquicas como causa médica de exclusión para el ingreso en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

Tras el *iter* jurídico/judicial descrito, la situación actual (junio de 2023) es la siguiente:

- La implantación de lentes fáquicas ha dejado de ser causa médica de exclusión para el ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía (desde el 11 de marzo de 2023) y en la Guardia Civil (desde el 29 de mayo de 2023) tras publicar el BOE el fallo de las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS que declaran la nulidad de los preceptos reglamentarios que le daban cobertura: 1) inciso final del Anexo I).10 del Real Decreto 326/2021 (Cuerpo Nacional de Policía); y 2) inciso final del Anexo I.J).9 de la Orden PCI/155/2019 (Guardia Civil).
- La implantación de lentes fáquicas sigue siendo causa médica de exclusión para el acceso a las Fuerzas Armadas porque el inciso final del apartado H).10 del cuadro médico de exclusiones de la Orden PCI/6/2019, que la recoge, no ha sido derogado por norma posterior ni declarado nulo por el TS. Por tanto, en los procesos selectivos de acceso a las Fuerzas Armadas tiene virtualidad la doctrina jurisprudencial que determina la

aplicación de dicha causa médica de exclusión conforme al principio de proporcionalidad, sin que opere de forma automática.

X. Apunte final. Sobre los efectos *erga omnes* de la sentencia que declara la nulidad de un precepto de una disposición general

A modo de apunte final, conviene llamar la atención sobre un aspecto relevante, y es que dos días antes de adoptar la sentencia ahora comentada (STS-CONT núm. 221/2023, de 23 de febrero), la misma Sala del TS dictó la sentencia núm. 214/2023, de 21 de febrero, que declara la nulidad del inciso final del Anexo I.J).9 de la Orden PCI/155/2019, que precisamente es el que indica que *En ningún caso se admitirán lentes fáquicas* para el acceso a la Guardia Civil. Tal vez resulte llamativo que la STS-CONT núm. 221/2023 resuelva la cuestión relativa a la aplicación automática o proporcional de un precepto reglamentario que previamente ha sido declarado nulo por la STS-CONT núm. 214/2023. Esta situación invita a reflexionar sobre los efectos *erga omnes* que tiene sobre procesos pendientes la sentencia firme que declara la nulidad de un precepto de una disposición general.

La STS-CONT núm. 214/2023 tiene la particularidad de que no resuelve un recurso contencioso-administrativo en el que se plantea la ilegalidad o impugnación directa (nulidad) del inciso final del Anexo I.J).9 de la Orden PCI/155/2019. La STS-CONT núm. 214/2023 resuelve el recurso de casación núm. 4551/2021, en el que se impugna una resolución administrativa dictada en aplicación del referido precepto reglamentario. El TS dicta sentencia que anula la resolución administrativa impugnada al tiempo que declara la nulidad del inciso final del Anexo I.J).9 de la Orden PCI/155/2019 en el que aquella se basa. El TS declara la nulidad al amparo del art. 27.3 de la LJCA, según el cual, *Sin necesidad de plantear cuestión de ilegalidad, el Tribunal Supremo anulará cualquier disposición general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella norma.*

Llegados a este punto merece la pena examinar los efectos *erga omnes* de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS que declara la nulidad del precepto de una disposición general; dicho de otro modo: la extensión *ultra partem* de los efectos de la sentencia firme anulatoria del precepto de una disposición general. El art. 72.2 de la LJCA señala que las sentencias firmes que anulen una disposición general producirán efectos generales (*erga omnes*) desde el día en que su fallo sea publicado en un periódico oficial. La STS-CONT núm. 214/2023, que declara la nulidad del inciso final del Anexo I.J).9 de la Orden PCI/155/2019, referido a la implantación de lentes fáquicas como causa médica de exclusión, fue dictada el 21 de febrero de 2023 y su fallo publicado el 29 de mayo de 2023 en el BOE. Por tanto, la STS-CONT núm. 214/2023 produce efectos *erga omnes* desde el 29 de mayo de 2023. Esto explica que la STS-CONT núm. 221/2023, de 23 de febrero, entre a analizar la aplicación automática o proporcional de la implantación de lentes fáquicas como causa médica de exclusión, y ello es así porque la precedente STS-CONT núm. 214/2023 no había comenzado todavía a producir efectos *erga omnes*. No es hasta el 29 de mayo de 2023 cuando el TS está en disposición de comenzar a dictar autos que declaren la pérdida sobrevenida del objeto de todos aquellos recursos que en dicha fecha estuvieran pendientes de resolver y en los que se cuestione la aplicación del inciso final del Anexo I.J).9 de la Orden PCI/155/2019, y ello es así por aplicación del efecto *erga omnes* de la STS-CONT núm. 214/2023, que declara su nulidad, quedando satisfecha la pretensión invocada.

Dos consideraciones antes del cierre de este comentario:

- **Primera consideración:** el inciso final del Anexo I.J).9 de la Orden PCI/155/2019 no ha sido derogado por norma jurídica posterior, sino declarado nulo por el TS, con las consiguientes consecuencias jurídicas que lleva aparejada dicha declaración de nulidad.
- **Segunda consideración:** el fallo de la STS-CONT núm. 221/2023, de 23 de febrero, además de señalar que las causas médicas de exclusión no

operan de forma automática, declara, al amparo del art. 27.3 de la LJCA, la nulidad del inciso final del Anexo I.J).9 de la Orden PCI/155/2019, reiterando así la nulidad declarada previamente por la STS-CONT núm. 214/2023, de 21 de febrero. Por tanto, el TS ha dictado en fechas distintas dos sentencias que, al amparo del art. 27.3 de la LJCA, declaran la nulidad del mismo precepto reglamentario. Ambas sentencias han sido dictadas por la Sección Cuarta de lo Sala Contencioso-Administrativo del TS. Llama la atención que un mismo precepto haya sido declarado nulo por dos sentencias. El BOE de 29 de mayo de 2023 publicó el fallo de la STS-CONT núm. 214/2023, de modo que esta produce efecto *erga omnes* desde ese momento. Aunque la STS-CONT núm. 221/2023 ordenó la publicación de su fallo en el BOE, dicha publicación no ha tenido lugar, lo cual resulta hasta cierto punto razonable si se tiene en cuenta que el efecto anulatorio ya se produjo desde el 29 de mayo de 2023, con la publicación del fallo de la STS-CONT núm. 214/2023.

§ 45 Inaplicación de la categoría “indefinido no fijo” para el personal estatutario.

Antonio V. Sempere Navarro

Director de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Universidad (s.e.)

Resumen: *Se discute sobre las consecuencias del abuso de temporalidad en el ámbito del personal estatutario de los servicios públicos de salud. Se trata de precisar las consecuencias de tal anomalía a la vista del Derecho de la Unión Europea. La sentencia comentada, siguiendo el criterio de numerosos precedentes, considera inaplicable la construcción sobre personal indefinido no fijo. Eso conlleva también la inexistencia de una indemnización compensatoria como consecuencia de tal abuso para el caso de que finalice la prestación de servicios por no haber superado las pruebas convocadas para ocupar la plaza que viniera desempeñándose. Con ese trasfondo el comentario recuerda el alcance que la jurisprudencia laboral atribuye a la condición de “personal indefinido no fijo”.*

Palabras clave: *Abuso de temporalidad. Duración inusualmente larga de la interinidad. Personal indefinido no fijo.*

Abstract: *The consequences of the abuse of temporality in the scope of the statutory personnel of the public health services are discussed. It is a question of specifying the consequences of such an anomaly in view of the Law of the European Union. The commented sentence, following the criterion of numerous precedents, considers the construction on non-permanent permanent personnel inapplicable. This also entails the non-existence of compensatory indemnity as a consequence of such abuse in the event that the provision of services ends due to not having passed the tests called to occupy the position that he had been holding. Against this background, the comment recalls the scope that labor jurisprudence attributes to the condition of "indefinite non-permanent personnel."*

Keywords: *Time abuse. Unusually long duration of interims. Public employment. Statutory staff. Non-fixed indefinite.*

I. Introducción

Al hilo de una dilatada prestación de servicios por parte de Personal Estatutario del Servicio Público de Salud del Principado de Asturias (SESPA) se suscita una cuestión reiteradamente llevada ante los tribunales, tanto del orden social cuanto del contencioso: determinar las consecuencias que, en el ámbito del empleo público, comporta la existencia de un abuso o ilegalidad en materia de temporalidad del vínculo. El meollo del problema se halla en el modo de conjugar la Directiva 1999/70

CE del Consejo el 28 de junio de 1999, sobre trabajo de duración determinada, con las previsiones de las Leyes españolas sobre función pública.

La jurisprudencia laboral viene ocupándose también con reiteración de este problema. Su construcción del personal indefinido no fijo (PINF) obedece a la necesidad de brindar una solución a la aparente contradicción que sendos bloques normativos propician cuando se examinan las consecuencias de que un empleador de naturaleza pública haya incumplido las reglas sobre contratación temporal: mientras que las previsiones del Derecho del Trabajo tienden hacia la fijeza de la relación laboral (art. 15 ET y concordantes), desde la perspectiva del Derecho del Empleo público se insta a mantener la relación con las características (temporalidad) que gobernaron su acceso en régimen de publicidad y mérito (arts. 1.3.b EBEP y concordantes). La categoría, como tantas veces se ha explicado, vino a resolver una compleja concurrencia de preceptos: los que abocan a declarar la fijeza del contrato de trabajo y los que exigen respeto a principios constitucionales (igualdad, mérito, capacidad) para acceder a un empleo fijo en el sector público¹¹. Sin necesidad ahora de mayores precisiones, puede sintetizarse del siguiente modo el tenor de esa jurisprudencia laboral:

- El contrato del PINF se separa del estrictamente temporal. La prototípica causa de finalización por llegada del término final previsto desaparece.
- Es innegable la equiparación de derechos en el contenido y dinámica de la relación laboral de este colectivo si se compara con el de quienes están vinculados mediante un contrato de carácter fijo.
- Las personas que están vinculadas mediante una relación laboral de carácter indefinido no fijo tienen derecho a concurrir a la provisión de la plaza que desempeñan. Caso de que no la obtengan deben percibir una indemnización similar a la prevista para el despido por causas objetivas.
- Si la entidad empleadora amortiza la plaza debe instrumentar los remedios propios del ordenamiento laboral para extinguir el contrato (despido objetivo); en caso contrario, el cese será calificado como un despido (improcedente o nulo).
- Lo recién dicho es aplicable a los casos en que, por “funcionarizarse” el puesto desempeñado o por proceder a su convocatoria exigiendo requisitos que impiden la participación de quien la ocupa, el PINF acaba siendo cesado.
- Puesto que la existencia de PINF implica la concurrencia de anomalías o ilegalidades, todo lo anterior es compatible con la exigencia de responsabilidades a quienes sean responsables de ellas.

Por el contrario, y pese a la invitación realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la jurisprudencia contenciosa viene rechazando trasladar unas consecuencias similares a los supuestos en que el empleador de carácter público ha propiciado la existencia de abusos similares respecto de vinculaciones de carácter funcional (estatutario). La sentencia ahora glosada es buen exponente de tal toma de posición y aquí se toma como pretexto para recordar el tenor de algunos criterios laborales.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sección Cuarta de la Sala Tercera (De lo Contencioso-Administrativo) del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 631/2023 de 18 mayo.

Tipo y número de recurso: Recurso de casación núm. 100/2020

ECLI:ES:TS:2023:2067

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. Pilar Teso Gamella.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión suscitada es puramente jurídica, de modo que apenas es necesario atender a las concretas circunstancias fácticas del caso. Se trata de ver si cabe la aplicación de la referida construcción sobre PINF cuando se ha producido un abuso en el nombramiento de interinidad como previene la indicada Directiva. ¿Debe trasladarse esa categoría al personal de carácter estatutario? La sentencia recurrida entiende que aunque se trata de una situación anómala, no cabe apreciar abuso en dichos nombramientos en todo caso, ni supondría, dice, nombramientos de personal indefinido no fijo.

El recurrente es Médico de Familia en el Área Sanitaria V, en el SESPA, y ha estado vinculado a dicha Área mediante diversos nombramientos estatutarios temporales desde el día 1 de febrero de 2013, con nombramientos de diversa duración hasta el día 1 de enero de 2018, en el que ya suscribe nombramiento de interinidad en el que continúa.

1. Sentencia del Juzgado

El Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 2 de Oviedo, mediante sentencia de 15 de mayo de 2019 desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por el accionante contra la Consejería de Sanidad del Gobierno del Principado de Asturias, que había rechazado tácitamente su reclamación.

Explica que el sistema de listas de personal temporal existente en el SESPA hace factible que se vayan produciendo esos nombramientos sucesivos sin que ni las necesidades a cubrir sean estructurales, sino meramente temporales o coyunturales, ni los nombramientos presenten la concatenación exigida. Por eso el recurrente tiene la condición de personal temporal interino y no eventual y conforme determina el apartado 1 del artículo 9 de la Ley 55/2003, de 16 de Diciembre, por la que se aprobó el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

2. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

Mediante sentencia de 14 de octubre de 2019 la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias confirma la dictada en instancia, con imposición de las costas.

Por tanto, hay que estar a la regulación específica del personal Estatutario. Conforme a ella se acordará el cese del personal interino cuando se incorpore personal fijo, por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, a la plaza que desempeñe, así como cuando dicha plaza resulte amortizada. Ocupa por tanto un puesto de trabajo atribuido a personal estatutario fijo o de carrera, en tanto no sean ocupados por éstos o en sustitución de los que tengan derecho a la reserva de plaza, siempre que exista dotación presupuestaria. No existe abuso en la contratación y sí una plaza que el demandante ocupa en su condición de interino, resultando improcedente el reconocimiento de la condición de "fijo" o "indefinido" en su relación estatutaria.

3. Auto de la Sala de Admisiones

Disconforme con esa solución, el trabajador interpone el recurso de casación ahora resuelto. Mediante Auto de 4 de febrero de 2021 la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo admite a trámite el recurso y precisa las cuestiones que poseen interés casacional:

1ª) Si, de conformidad con las SSTJUE 14 (2) septiembre 2016 (C-184/15 y C-197/15; C-596/14) y 19 marzo 2020 (C-103/18 y C-429/18) y la STS-CONT 3251/2018) se ha producido una utilización abusiva de nombramientos de personal estatutario temporal de carácter interino ex artículo 9.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

2ª) En caso de respuesta negativa -inexistencia de abuso-, cuáles serían las consecuencias, laborales y/o económicas, para el recurrente que se anudan a tal declaración.

3ª) Si, constatada una utilización abusiva de los sucesivos nombramientos de personal estatutario temporal interino, debe adoptarse como única solución jurídica aplicable la de conversión de su relación de servicios en una de carácter indefinido no fija, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, o bien, si cabe afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico existen otras medidas de aplicación preferente e igualmente eficaces para sancionar los abusos cometidos en dicha relación.

4ª) Si el afectado por la utilización abusiva de esos nombramientos tiene o no derecho a indemnización en caso de cese, por qué concepto y en qué momento.

Se identifica como norma jurídica que, en principio, ha de ser objeto de interpretación, la cláusula 5 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE.

IV. Posición de las partes

El recurso solicita el reconocimiento de la estabilidad en el empleo al amparo de la Directiva 1999/70 pues entiende que ha habido abuso de la temporalidad y postula la adopción de medidas eficaces para sancionar los abusos cometidos y disuadir de su reiteración, señalando cuáles pueden ser estas.

En concreto, entiende que ha de estarse a la Directiva y no a las Leyes nacionales que amparan una prolongada temporalidad, recordando la necesidad de una interpretación conforme de las mismas. Por eso, sostiene: 1º) Que las causas de cese del personal estatutario interino se regulan en el art. 10.3 EBEP y son las mismas causas que las de los demás funcionarios interinos no siendo de aplicación las normas del Estatuto Marco 55/2003. 2º) Que una vez transcurrido un plazo determinado en el desempeño de una plaza de interino (tres años u otro plazo) cesan las circunstancias de necesidad o urgencia que justificaron el nombramiento, incurriendo la continuación del desempeño de las funciones como interino en abuso de la temporalidad. 3º) Que la habilitación de la jurisprudencia TJUE al juez nacional para establecer medidas proporcionadas y eficaces se entiende referida a todos y cada uno de los Jueces y tribunales del sistema.

V. Normativa aplicable al caso

La Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. El Acuerdo Marco destaca en su preámbulo la preeminencia de la contratación indefinida como «forma más común de relación laboral» y persigue dos grandes objetivos: por una parte, mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación y, por otra, establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.

La cláusula 4.ª del Acuerdo Marco establece la equiparación entre personal temporal y fijo con base en el principio de no discriminación, salvo existencia de causas objetivas que justifiquen una diferencia en el régimen jurídico de ambas clases de personal.

Su cláusula quinta (“Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva”) reza así:

"1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:

a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;

b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;

c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:

a) se considerarán "sucesivos";

b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido".

VI. Doctrina básica

1. Situación objetivamente abusiva

En línea con la jurisprudencia eurounitaria se concluye que ha habido una situación de abuso objetivo en el recurso a vinculaciones de tipo temporal.

Pero concede relevancia a que la situación objetivamente abusiva se produjo por el encadenamiento de nombramientos como personal estatutario no fijo para cubrir necesidades que la Administración no ha mostrado que no fuesen permanentes.

2. Inaplicación de la categoría de PINF

Cuando se comprueba que la Administración ha hecho nombramientos no justificados de personal interino -o, más en general, de duración determinada- la respuesta no puede ser aplicar criterios de la legislación laboral. La relación estatutaria de servicio se rige por el Derecho Administrativo y consiste, entre otras cosas, en la aceptación por el empleado de una serie de reglas que conforman un "estatuto" en gran medida heterónimo. En este sentido, no hay ninguna identidad de razón con la legislación laboral, por lo que carece de fundamento que los tribunales la apliquen en este ámbito, ni siquiera como fuente de inspiración.

3. Ausencia de daño automático pese a la abusiva temporalidad

La indemnización sólo tendría fundamento si mientras duró la temporalidad y como consecuencia de la misma se produjo una lesión física o moral, una disminución patrimonial o una pérdida de oportunidad que el empleado público interino no tuviera el deber jurídico de soportar.

Pero esto pasa por presentar una reclamación por daños efectivos e identificados con arreglo a las normas generales en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración. El mero hecho de haber sido personal interino durante un tiempo más o menos largo, incluso si ha habido nombramientos sucesivos injustificados, no implica automáticamente que haya habido un daño.

Pensar en una indemnización como castigo a la Administración que ha permitido esa utilización ilegítima de figuras de empleo público de duración determinada que están legalmente pensadas para otros fines tampoco resulta admisible. Los "daños punitivos" no están contemplados en la regulación de la responsabilidad patrimonial de

la Administración. Tampoco es fácil encontrar supuestos de daños punitivos en la legislación civil española.

El deber de reconocer una indemnización de naturaleza sancionadora, como respuesta a una situación contraria a lo establecido en la Cláusula 5 no viene impuesto por la jurisprudencia del TJUE^[2].

4. Límites de la interpretación conforme

Es verdad que, aun cuando no concurren las condiciones para dar eficacia directa a las Directivas, los órganos jurisdiccionales nacionales deben hacer el máximo esfuerzo interpretativo posible de las normas y principios de su ordenamiento interno, de manera que no se frustre el efecto útil de la Directiva.

Pero la interpretación tiene sus límites y, si se adoptan criterios hermenéuticos no aceptados en la comunidad jurídica o se incurre en puro decisionismo, el órgano jurisdiccional deja de operar dentro del sistema de fuentes establecido, con el riesgo caer en la arbitrariedad. Y, como se ha visto, la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración no da base para otorgar indemnizaciones con una finalidad sancionadora, al margen de daños efectivos e identificados.

5. Vía para reclamar indemnización

Se abre la posibilidad de interesar la responsabilidad patrimonial de la Administración; de ese modo cabe la reparación de los eventuales daños y perjuicios.

Mientras el cese no surge quien se ha hallado en una situación de interinidad objetivamente abusiva tiene derecho a la subsistencia de la relación de empleo, con los correspondientes derechos profesionales y económicos, hasta que la Administración cumpla debidamente lo dispuesto por el art. 10.1 EBEP.

Cosa distinta es que el legislador establezca una compensación para situaciones como la aquí examinada. Así, aunque para situaciones nuevas, el RDL 14/2021, de 6 de julio, aborda una "compensación económica", que no "indemnización", dando a entender que está fuera de la esfera de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

VII. Parte dispositiva

Tras haber expuesto los argumentos indicados, la sentencia concluye estimando el recurso de casación interpuesto por el trabajador y anulando las sentencias recaídas en el procedimiento en la medida que no declararon la situación de abuso.

De todas las peticiones realizadas por el demandante solo acoge una: declarar que su situación, como personal estatutario de carácter temporal constituyó objetivamente un abuso del empleo público de duración determinada.

En cuanto a las costas procesales no se hace imposición, habida cuenta de las dudas de Derecho existentes, y a la vista de los artículos 93 y 139 LJCA.

VIII. Pasajes decisivos

El final del Fundamento de Derecho Cuarto contiene la respuesta a las cuestiones de interés casacional, que formula del siguiente modo:

La utilización por la Administración sanitaria de personal de refuerzo y de personal interino para realizar una misma función y en un mismo centro, mediante nombramientos sucesivos y sin interrupción significativa de la continuidad en la relación de servicio, constituye objetivamente un abuso del empleo público de duración determinada; máxime cuando dicha situación se prolonga durante un periodo dilatado de tiempo.

La calificación de la situación como objetivamente abusiva sólo puede excluirse si la Administración muestra que dicha utilización del empleo público de duración

determinada no estaba encaminada, en el caso concreto, a satisfacer una necesidad permanente.

El mero hecho de que haya habido una situación objetivamente abusiva, en los términos que se acaban de señalar, no implica automáticamente que quien se halló en ella haya sufrido un daño efectivo e identificado.

De aquí que no quepa reconocer un derecho a indemnización por esa sola circunstancia; algo que el ordenamiento jurídico español y, más en concreto, la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración no permite

IX. Comentario

Desde la perspectiva que ahora interesa, el examen de esta resolución judicial sirve para traer a colación algunos criterios de la jurisprudencia laboral.

1. La inestabilidad de la propia categoría de PINF

Las razones que han abocado a nuestra jurisprudencia a proyectar esta categoría conceptual sobre determinadas relaciones laborales son las siguientes:

- Nuestra Constitución exige que el acceso al empleo público esté presidido por el respeto a los principios de igualdad mérito y capacidad.
- El acceso a un empleo público de carácter fijo solo es posible respetando esos principios.
- Los abusos o fraudes en materia de temporalidad, que en el ámbito privado comportan la conversión del contrato en fijo, no pueden tener esa consecuencia en el ámbito del empleo público.

La jurisprudencia viene considerando como una solución armónica con las diversas normas en presencia la atribución de la condición de PINF a quienes han sido víctimas de abuso o fraude en la contratación desde la perspectiva de las normas laborales. De este modo se concilian derechos heterogéneos:

- Las personas perjudicadas por los abusos contractuales acceden a un estadio diverso al de personal estrictamente temporal:

Ya no cabe la válida terminación del contrato por la llegada del término final, la expiración de la obra o servicio.

Pese a que hubiera finalizado la duración prevista de su contrato o la máxima legalmente admitida para la contratación temporal, poseen derecho a seguir prestando la actividad hasta que se convoquen pruebas para el acceso definitivo al empleo.

Adquieren el derecho a poder participar en las pruebas para acceder a la plaza ocupada.

Si se les impide, directa o indirectamente, la concurrencia a las citadas pruebas deben ser despedidos observándose las exigencias procedimentales y las consecuencias indemnizatorias comunes.

Si, por no concurrir o no superar las pruebas, su plaza acaba siendo ocupada por otra persona deben percibir la indemnización propia del despido objetivo.

- Las personas (indeterminadas) que no han podido concurrir a las pruebas para acceder a un empleo fijo ven preservados, al menos relativamente, sus derechos:

Se preserva la libertad fundamental de circulación de quienes quisieran intentar el acceso a las plazas correspondientes.

Se tutela el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio de las personas que deseen intentar hacerlo en el ámbito del empleo público.

- Las Entidades empleadoras del sector público también ven reforzada de este modo su posición institucional:

Los principios de mérito y capacidad permiten el reclutamiento de las personas con mejor preparación para desempeñar las tareas correspondientes.

Se impide la incorporación de personas fijas respecto de las que la entidad empleadora no ha emitido un consentimiento válidamente formado, en línea con lo expresado en ocasiones por el TJUE respecto del acceso a las propias Instituciones comunitarias.

2. El ajuste del PINF al Derecho de la UE

En alguna ocasión la jurisprudencia ha admitido que la categoría de PINF aparece como un *tertium genus* desde la óptica de la Directiva, que parte de una estricta dicotomía, y por eso el TJUE la subsume en la de personal de carácter temporal para, acto seguido, equiparar sus derechos con quienes poseen fijeza o advertir sobre la necesidad de que los abusos habidos posean tanto una compensación o resarcimiento cuanto un efecto sancionador o disuasorio.

El Tribunal Supremo ha venido dando una explicación detallada de las razones por las que considera que la colisión entre la citada norma y su doctrina es inexistente. Sin embargo, las afirmaciones de las diversas sentencias del Tribunal de Luxemburgo sobre esta cuestión suscitan ciertas dudas. En particular, así sucede tanto con el fallo cuanto con ciertas referencias de la STJUE 11 febrero 2021 (C-760/18). La diferencia entre el ordenamiento griego (en ella examinado) y el nuestro (que contiene la figura del PINF) puede justificar la pervivencia de la doctrina sobre PINF, pero en tanto el Tribunal de Luxemburgo no lo manifieste de modo explícito conviene abrazar la prudencia^[3].

3. La temporalidad en el sector público tras la Ley 20/2021 de 8 diciembre

La evolución del empleo en el sector público en España viene marcada por la enorme tasa de temporalidad, que ha llegado al extremo de que casi un treinta por ciento de los empleados públicos tienen o han tenido un vínculo profesional temporal con la Administración Pública, de modo que “la realidad nos ha mostrado un constante y sostenido aumento de la tasa de empleo temporal. Esta situación puede atribuirse a varios factores”^[4]. Una de las normas que ha incidido sobre las relaciones laborales en la transición interanual (2021/2022) es la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Aunque aborda tanto el tema del funcionariado interino cuanto los procesos de estabilización temporal, ahora solo corresponde destacar las cuestiones conectadas con el personal laboral, en especial respecto de la interinidad por vacante.

A) Cuestiones generales y formales

La Ley aparece publicada en el BOE de 29 de diciembre de 2021, con inmediata entrada en vigor, en concreto al día siguiente^[5]. La inmediatez aplicativa queda mitigada desde una segunda perspectiva, como seguidamente veremos. Asimismo, a lo largo del precepto aparecen diversos plazos o hitos temporales. Antes de 31 diciembre 2024 deben finalizar los procesos selectivos de estabilización convocados al amparo de las LLPPGGEE para 2017 y 2018^[6].

En su primera parte articulada, la Ley aborda la regulación del funcionariado interino, añade una previsión sobre los principios aplicables a la selección de personal laboral en régimen de temporalidad y, lo más relevante, establece unas medidas para controlar la temporalidad (funcionarial o laboral en el empleo público).

Pues bien, todas estas prescripciones poseen un efecto de futuro porque “*serán de aplicación únicamente respecto del personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a su entrada en vigor*”^[7]. Conviene advertir, sin embargo, que una

previsión intertemporal idéntica ya venía incorporada al RDL 14/2021. Puesto que la referida primera parte de la Ley lo que hace es replicar lo previsto en la norma de urgencia, el resultado práctico de todo ello es que el régimen fijado ahora acaba aplicándose a las contrataciones laborales realizadas a partir del 8 de julio de 2021^[8].

Por mandato de la DF Segunda de la Ley, esas previsiones de la primera parte (de eficacia solo para personal de nuevo ingreso) resultan pospuestas para “*personal docente*”, “*personal estatutario y equivalente de los servicios de salud*”. En concreto lo que se hace es fijar el plazo de un año^[9] para llevar a cabo la “*adaptación de la normativa [...] de acuerdo con las peculiaridades propias de su régimen jurídico*”. La operación descrita es lo bastante ambigua como para permitir diversas fórmulas adaptativas, tanto en el plano normativo cuanto en el aplicativo. Ahora bien, lo que no parece posible es que los límites establecidos para el recurso de personal de carácter temporal (tiempo máximo, supuestos en que procede, medidas de controles, consecuencias) sean postergados en aras de esa traslación a las peculiaridades de ambos sectores. Avala esa advertencia la cautela incorporada por la propia previsión sectorial para el caso de que transcurra la anualidad sin haberse llevado a cabo^[10].

Sin que ello resulte preocupante, sí es sorprendente que la Ley se desentienda de la suerte corrida por el texto a partir del cual se gestó su tramitación parlamentaria, el Real Decreto.-Ley 14/2021, de 6 de julio, con igual denominación. Esta norma de urgencia^[11], en buena lógica, estaba llamada a su desaparición como consecuencia de tal procedimiento. Presuponiendo que ello es así y que ha sido derogado, curiosamente, la mencionada DF Segunda de la Ley prescribe que “*permanece en vigor*” un concreto aspecto (el referido a la adaptación en ámbitos sanitario y docente)^[12].

B) A la búsqueda del alineamiento con el Derecho de la UE

La norma desea satisfacer las exigencias del Derecho Comunitario sobre abuso de temporalidad. En síntesis, la doctrina que ha fijado el TJUE en esta materia dispone que las autoridades españolas tienen que instaurar medidas efectivas que disuadan y, en su caso, sancionen de forma clara el abuso de la temporalidad; y que las diferencias en el régimen jurídico del personal temporal y del fijo deben basarse únicamente en razones objetivas que puedan demostrar la necesidad de estas diferencias para lograr su fin.

Aunque no sea una opinión unánime, el Preámbulo explica cómo el TJUE sostiene que no cabe en nuestra Administración la transformación automática de una relación de servicio temporal en una relación de servicio permanente. Esta opción está excluida categóricamente en el Derecho español, ya que el acceso a la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo sólo es posible a raíz de la superación de un proceso selectivo que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

En particular, el legislador toma en cuenta la ya extensa jurisprudencia del TJUE en relación con la interpretación de la Directiva 1999/70 (CE) del Consejo, de 28 de junio de 1999. Concretamente, se asigna especial relevancia a la STJUE del C726/19 (IMIDRA), de 3 de junio de 2021, que ha propiciado una nueva reflexión sobre determinados aspectos de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, reflejada en STS 649/2021, de 28 de junio. De ahí el esfuerzo por conseguir que pueda conjugarse adecuadamente el efecto útil de la Directiva mencionada con el aseguramiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

C) Control de la temporalidad en el empleo público

La mayor innovación aparece en la nueva Disposición adicional decimoséptima del EBEP sobre “*Medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público*”. Su contenido recuerda mucho a lo prescrito por la Disposición Adicional 43ª de la Ley 6/2018, LPGE para el año 2018. Con arreglo al número 1 de la nueva DA, las

Administraciones Públicas^[13] “serán responsables del cumplimiento de las previsiones contenidas en la presente norma y, en especial, velarán por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal”. Nos sitúa el legislador ante una responsabilidad de alcance indeterminado (indemnizatoria, reparadora, disciplinaria) y respecto de sujeto impersonal, esto es, referida al propio sujeto que aparece como empleador y no a las concretas personas que adoptan sus decisiones.

Se trata de una norma programática, sin que ello le reste relevancia. Su contenido constituye una obligada consecuencia de la exigencia constitucional conforme a la cual la Administración actúa “con sometimiento pleno a la ley y al Derecho” (art. 103.1 CE), pero viene a constituir la plataforma sobre la que se edifica el resto de previsiones, ya más concretas y operativas^[14].

D) Principio de responsabilidad personal.

Conforme al número 2 de la nueva DA 17ª EBEP, “*las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas*”^[15]. Esta norma sí plantea interrogantes de calado, que ahora resulta imposible examinar.

E) La “compensación económica” por abuso de temporalidad

La “compensación económica”.- Poniendo de relieve que quiere atender a las exigencias del Derecho de la UE y que está introduciendo una figura novedosa, el precepto contempla una “compensación económica” para los casos en que el personal laboral temporal haya prestado sus servicios para una Administración mediando incumplimiento de los plazos máximos de permanencia como tal.

Si esa anómala situación genera responsabilidades institucionales y personales (para la Administración, para quienes actúan en su nombre) ahora se completa la otra cara de la moneda: la persona afectada debe ser compensada. Se trata de una cantidad a tanto alzado e independiente de “*la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica*”.

Compensación económica e indemnización pasan, de este modo, a ser conceptos diversos; con finalidades similares pero regulaciones diversas. Si esta compensación surge como consecuencia de que la plaza desempeñada más allá del periodo máximo de temporalidad ha sido cubierta por quien la ha obtenido, estamos ante el mismo resultado a que ha llegado la jurisprudencia respecto del PINF. Si el cese no tiene lugar por esa causa estamos ante una compensación diversa. Cuando se deja a salvo la indemnización propia de la legislación laboral es seguro que se piensa en la del despido improcedente. Podría dudarse si también en la propia del despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, pero lo que expondremos más adelante inclina a descartar esta segunda hipótesis. Sí cabe pensar en la indemnización propia de un despido objetivo o colectivo de personas cuya prestación temporal haya ido más allá del máximo permitido.

Cantidad de la compensación económica.- La compensación del perjuicio sufrido por el abuso de temporalidad se establece en los mismos parámetros cuantitativos que en los casos de despido objetivo. Teniendo en cuenta la posibilidad de que el contrato finalice por una causa que genere abono de indemnización, la DA 17ª.5 establece un enrevesado régimen:

Dicha compensación consistirá, en su caso, en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año.

Esta regla prescinde de la jurisprudencia sobre PINF puesto que va referida a personas que han prestado servicios en régimen temporal más allá de lo legalmente admisible, en tales casos estamos ante PINF y al término del contrato se tiene derecho

a percibir, cuando menos, una indemnización equivalente a la de la nueva "compensación".

El legislador no ha indicado, y el intérprete desconoce, en qué supuestos podemos encontrar un supuesto en que coincidan estos presupuestos: 1º) una temporalidad que supera los límites máximos; 2º) una terminación contractual que da lugar a indemnización inferior a 20 días de salario por año.

En esas condiciones, la conclusión es que estamos ante una "compensación económica" inoperante mientras se mantenga la figura del PINF. Con una salvedad: para devengar esa compensación no es necesario presentar reclamación alguna respecto de la destipificación del contrato como temporal y su conversión en indefinido (o fijo). No es descartable que el precepto persiga una minoración de la litigiosidad, al atribuirse ex lege la misma consecuencia patrimonial que comporta el acudimiento a los tribunales. A salvo, claro está que se considere existente un verdadero despido y no un mero cese por la causa, hasta ahora, típica del PINF.

La extinción contractual como requisito adicional para el devengo.- La cantidad de referencia surge para compensar el abuso de temporalidad, pero no se devenga por tal motivo nudamente sino que precisa, como verdadero presupuesto que tal situación haya desembocado en una extinción contractual no imputable a la persona afectada. Esa es la finalidad de la regla conforme a la cual "*el derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo*".

Rechazo al método de "unidad esencial del vínculo".- Con arreglo a jurisprudencia consolidada, las interrupciones no significativas entre contratos sucesivos tampoco rompen la continuidad de la relación laboral. Y si existe unidad esencial del vínculo laboral, se computa la totalidad de la contratación para el cálculo de la indemnización por despido improcedente^[16]. En supuestos de sucesión de contratos temporales se computa la totalidad del tiempo de prestación de servicios a efectos de la antigüedad, cuando ha existido la unidad esencial del vínculo, lo que comporta que se le haya quitado valor con carácter general a las interrupciones de menos de veinte días, pero, también, a interrupciones superiores a treinta días, cuando la misma no es significativa, dadas las circunstancias del caso, a efectos de romper la continuidad en la relación laboral existente. La clave radica en si ha habido una interrupción significativa de la relación laboral^[17].

En el caso de que haya habido fraude, la doctrina jurisprudencial sostiene que ello impone "un criterio más relajado -con mayor amplitud temporal- en la valoración del plazo que deba entenderse "significativo" como rupturista de la unidad contractual, habida cuenta de que la posición contraria facilitaría precisamente el éxito de la conducta defraudadora. Máxime cuando la Directiva 99/70/CE se opone a una normativa nacional que considera que únicamente deben calificarse de sucesivos los contratos o relaciones laborales de duración determinada que no estén separados entre sí por un intervalo superior a 20 días laborales^[18].

Separándose de esta sólida línea jurisprudencial, ahora el legislador advierte que la cuantía de la compensación económica "*estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento*". Se trata de limitación tan comprensible cuanto insuficiente para evitar que litiguen quienes consideran que han sido sometidos a una sucesión contractual subsumible en la categoría de "unidad esencial". Eso, porque no parece probable que los tribunales abandonen esa construcción. Por tanto, la compensación económica servirá como una especie de anticipo a cuenta de la indemnización reconocida en sede judicial.

Compensación de cantidades.- Buena comprobación de que la indemnización por final de contrato del PINF y la compensación económica de la DA 17ª EBEP obedecen al mismo fin (compensar los abusos en la contratación) es que las cantidades son compensables y no acumulables. "*En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades*", establece el referido precepto.

Supuestos excluidos.- Pese a superarse los límites máximos para la duración temporal del contrato, se pierde el derecho a la compensación económica si la terminación del contrato se debe a despido disciplinario declarado procedente o renuncia voluntaria. En el fondo de estas dos exclusiones late un presupuesto claro y lógico: se trata de compensar el abuso de temporalidad solo a quien ha perdido su empleo sin causa que le sea imputable.

X. Apunte final

No es necesario comentario especial alguno para evidenciar el diverso modo que las Salas del Tribunal Supremo han adoptado a la hora de aquilatar las consecuencias de que se infrinja una misma regulación. Está abierto el debate sobre el acierto de ambas doctrinas y a ello se añade el propio de esa aparente discordancia.

Referencias:

1. [^] *El legislador se ha hecho eco de ella de modo tan impreciso como polémico en el EBEP (pues realmente se quiso contemplar el supuesto del profesorado de Religión, pero sin especificarlo en el texto normativo) y en el ET (Disposición Adicional 15ª: “el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo”).*
2. [^] *Dicha cláusula 5 “[...] no es incondicional ni suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un juez nacional[...]”, como concluyen las sentencias Sánchez Ruiz (C-103/18 y C-429/18) de 19 de marzo de 2020 (párrafo 118) e Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario (C-726/19) de 3 de junio de 2021 (párrafo 79).*
3. [^] *Véase la STS (Pleno) 641/2020 de 13 julio (rcud. 155/2018).*
4. [^] *Así lo reconoce la extensa Exposición de Motivos del RDL 14/2021 de 6 de julio (RDLTEP).*
5. [^] *Conforme a su DF Tercera (“entrada en vigor”) “Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado”.*
6. [^] *DTr Primera*
7. [^] *Así lo establece la Disposición Transitoria Segunda, rubricada como “efectos”.*
8. [^] *Cf. la DF Tercera del RDL 14/2021, de 6 de julio.*
9. [^] *La DF Segunda de la Ley se remite a lo previsto en su homónima del RDL, de modo que el día inicial debiera situarse en el 8 de julio de 2021.*
10. [^] *El último párrafo de la DF Segunda del RDL añade que “Transcurrido dicho plazo sin que se produzca la citada adaptación de la legislación específica serán de plena aplicación a este personal las previsiones contenidas en los citados preceptos del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”.*
11. [^] *Convalidado por Acuerdo del Congreso de los Diputados, publicado por Resolución de 21 de julio de 2021 en el BOE del día 28.*
12. [^] *La Ley ocupa diecisiete páginas del BOE nº 312 del año 2021; diez de ellas exponen, en forma de Preámbulo, las razones que abocan a la adopción de las distintas previsiones. La disposición, por así decirlo, juega con el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (EBEP).*
13. [^] *Sorprende que omita la mención al resto de entidades del sector público.*

14. ^ Consciente de todo ello, añade la Disposición que *“las Administraciones Públicas promoverán, en sus ámbitos respectivos, el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición, así como una actuación coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal”*.
15. ^ No se reitera la prohibición de reconocer la condición de indefinido no fijo salvo que haya sentencia judicial en ese sentido. La polémica sobre si ello es deliberado y el estado de la cuestión ya ha surgido. En su resolución no estará ausente una reflexión acerca de las exigencias de la *“interpretación conforme”* de nuestro ordenamiento con el Derecho de la UE.
16. ^ Entre otras muchas SSTS de 29 de septiembre de 1999 (rec. 4936/1998); 15 de febrero de 2000 (rec. 2554/1999); 15 de noviembre de 2000 (rec. 663/2000); 18 de septiembre de 2001 (rec. 4007/2000); 27 de julio de 2002 (rec. 2087/2001) 19 de abril de 2005 (rec. 805/2004) y 4 de julio de 2006 (rec. 1077/2005), todas recopiladas por la STS 290/2016 de 14 abril (rcud. 3403/2014).
17. ^ STS 703/2017 de 21 septiembre (rcud. 2764/2015) y las en ella citadas.
18. ^ STJCE 4 julio 2006, asunto Adeneler.

§ 46 Las borrosas fronteras del Derecho del Trabajo en el sector audiovisual.

Susana Molina Gutiérrez

Magistrada de la jurisdicción social (TSJ de Madrid).

Resumen: *Reitera nuestro Alto Tribunal su doctrina sobre la compleja tarea consistente en delimitar las fronteras de la relación laboral frente a otras figuras afines, como es en este caso un contrato mercantil de prestación de servicios en el sector de las comunicaciones audiovisuales.*

Palabras clave: *Relación laboral. Arrendamiento de servicios. Corresponsal radio.*

Abstract: *Our High Court reiterates its doctrine on the complex task of delimiting the boundaries of the employment relationship against other related figures, such as in this case a commercial contract for the provision of services in the audiovisual communications sector.*

Keywords: *Employment relationship. Leasing of services. Radio correspondent.*

I. Introducción

Una cuestión que se presenta con relativa frecuencia ante los tribunales de justicia es la relativa a la delimitación de las fronteras del contrato de trabajo respecto de otras figuras afines. En esta ocasión, en relación con la actividad de corresponsalía radiofónica, la Sala Cuarta se enfrenta a la naturalización de la relación que une a una periodista con la emisora de radio pública para quien presta sus servicios profesionales. El Alto Tribunal, tras recorrer su doctrina al respecto califica de laboral el vínculo a partir de la aplicación de la conocida doctrina indiciaria, si bien insiste en que no cabe proporcionar fórmulas unívocas e infalibles para la resolución de todos los casos, sino que la propia naturaleza de la controversia impone la necesidad del pormenorizado análisis del caso concreto.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia núm. 254/2023, de 11 de abril.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ núm. 3617/2020.

ECLI:ES:TS:2023:923

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio V. Sempere Navarro.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Supuesto de hecho

Analiza nuestro Alto Tribunal, una vez más, cuáles son las notas que perfilan y caracterizan una relación laboral frente a otros modelos de prestación de servicios, en este caso en relación con el sector de las comunicaciones audiovisuales. Así, nos encontramos frente a demanda formalizada por Doña M.I., licenciada en periodismo, que venía realizando la cobertura informativa radiofónica en la zona noroeste de la Comunidad de Madrid para la emisora pública autonómica ONDA MADRID (en adelante OM).

La sentencia del Juzgado de lo Social^[1] estimó la demanda formalizada por la periodista declarando la naturaleza laboral de la relación que unía a los litigantes, calificándola de indefinida no fija desde el día 21 de mayo de 2004. De ella conviene reseñar los siguientes hechos resaltados por la propia Sala Cuarta:

“1ª) Al amparo de su titulación académica (es periodista), la demandante cubre para RTVM la información territorial de determinada zona (Noroeste de la Comunidad de Madrid).

2ª) La actora contacta diariamente (por teléfono o whatsapp), a primera hora de la mañana, con personal de la empresa para cubrir las noticias ocurridas en esa zona.

3ª) Los responsables de informativos le indican la materia de que debe ocuparse y el enfoque periodístico.

4ª) La actora no puede elegir si hace un trabajo o no, teniendo exclusividad con la demandada porque no puede vender sus crónicas a otro medio.

5ª) Debe estar disponible de forma permanente.

6ª) RTVM selecciona las noticias a emitir y decide emitir o no la crónica y en qué espacios.

7ª) Diariamente remite una media de 4 a 5 crónicas, con promedio superior a más de cien mensuales.

8ª) Dispone de identificación como corresponsal de RTVM.

9ª) La empresa le pone a disposición los siguientes medios: grabadora, micrófono, tarjeta de teléfono y asistencia en determinadas ocasiones de las unidades móviles.

10ª) Realiza los encargos de cobertura de noticias en los días laborales de la semana, pero también en festivos y fines de semana.

11ª) RTVM dispone de su teléfono móvil y correo electrónico para facilitar la comunicación inmediata.

12ª) Suele tomarse unos 15 días de vacaciones en verano que comunica a la demandada para que prevea un sistema de sustitución.

13ª) Factura, mensualmente, por la prestación de todos esos servicios a través de una Comunidad de Bienes (a la que perteneció durante el año 2005 su esposo).

14ª) El importe mensual varía en función de las crónicas realizadas, pero "consta probado que la cantidad abonada era muy similar cada vez, concluyéndose que la empresa le garantizaba un mínimo a percibir mensualmente".

Frente a tal resolución, se alza en suplicación la emisora demandada, dictando sentencia la Sala territorial en fecha 21 de julio de 2020^[2], y revocando la resolución de instancia absuelve a OM de las pretensiones contra ella deducidas.

IV. Posición de las partes

Recorre la actora en casación unificadora frente a dicha sentencia insistiendo, en su único motivo de recurso, en la naturaleza laboral del vínculo que le unía con la radio madrileña, denunciando como infringido los artículos 1.1 y 8 del Texto Refundido del estatuto de los Trabajadores en relación con la doctrina jurisprudencial y judicial de contraste que cita.

Se opone la representación procesal de RTVM a la estimación del recurso invocando la Sentencia de la Sala Cuarta de 26 de noviembre de 2021 (Recud536/2012), incidiendo en las diferencias entre una relación laboral y un mero arrendamiento de servicios.

El Ministerio Fiscal considera acertada la doctrina contenida en la sentencia referencial al ser similares las condiciones en que se venía prestando el servicio de en ambos casos.

V. Normativa aplicable al caso

Como hemos anticipado, la Sala reitera en la resolución que analizamos su doctrina sobre la delimitación y alcance del artículo 1.1 y 8 del ET, en cuya virtud *“Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”* añadiendo el artículo octavo en su apartado primero que *“El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel”*.

VI. Doctrina básica

La sentencia que analizamos reitera una doctrina, que no por conocida, consolidada y pacífica deja de ser de absoluto interés y relevancia. Se trata de analizar los elementos de ajenidad, dependencia de la prestación del servicio a que se refiere el primero de los artículos de la norma estatutaria así como el carácter *in tuitu personae* de aquella, para así dibujar las lindes del contrato de trabajo frente a otras formas de prestación de servicios ajena a nuestro orden, disciplinadas por el Derecho común (civil o mercantil).

En este sentido la Sala comienza sus razonamientos partiendo de una premisa mayor, que no por evidente ha de ser desdeñada, cual es la necesidad de atender al caso concreto a la hora de proporcionar una acertada respuesta al conflicto. La diversidad de supuestos de hecho a que se enfrentan a diario los operadores jurídicos impone la necesidad de estudiar caso por caso cada uno de los escenarios, para a través del sistema indiciario sostenido por la doctrina jurisprudencial, poder afirmar la naturaleza laboral o común (civil/mercantil) de la prestación del servicio en cuestión^[3].

Parte la Sala de la doctrina sentada^[4] en torno a la naturalización como laboral de la prestación de servicios de corresponsales en medios audiovisuales, afirmando que sí se ha apreciado que existe contrato de trabajo entre el reportero gráfico y la editora de un diario para la que presta servicios continuados, cediendo a la misma los derechos de explotación más importantes sobre el material obtenido, trabajando por encargo y siguiendo sus instrucciones, a cambio de una remuneración, sin que posea eficacia la contraria previsión de pacto individual o colectivo^[5].

Añade, en relación con reporteros de RNE, que la nota de voluntariedad y el carácter personal de la prestación del trabajo se revela por la elaboración personal de crónicas informativas (bien por encargo del medio o por decisión propia del periodista), decidiendo en su caso la emisora cuáles aceptaba y emitía y cuáles no. La ajenidad aparece en el dato del origen de los trabajos, no desarrollados por iniciativa propia del actor sino por la entidad demandada, quien fijaba el lugar, hora y duración de los reportajes que eran de su interés de entre todos los proporcionados por el periodista.

Orilla por su falta de trascendencia en orden a desvirtuar lo dicho circunstancias tales como que no se publicaran la totalidad de crónicas presentadas, o el que para su elaboración se emplearan materiales de RNE tales como grabadoras o micrófonos.

El elemento de dependencia se obtiene de la emisión de órdenes por la demandada sobre el lugar, hora y duración de cada crónico o reportaje, así como la limitación geográfica de la zona de trabajo. Por el contrario, resulta intrascendente a juicio de la Sala la no emisión de instrucciones técnicas dada la formación profesional y cualificación del periodista.

Concluye la Sala que “existe relación laboral en la prestación desarrollada del siguiente modo: 1º) La Periodista remite crónicas diarias, sobre materias previamente convenidas. 2º) La empresa le ha facilitado credencial y materiales para su tarea. 3º) Factura mensualmente según número de "piezas" remitidas, pero la cuantía es similar y existe un mínimo garantizado. 4º) Actúa con exclusividad y sus crónicas pasan a los archivos de la RTV, que las puede reutilizar. 5º) Aparece como corresponsal ante las entidades de la zona geográfica que cubre. 6º) Su actividad es muy dilatada en el tiempo (desde 2005). 7º) Posee permanente disponibilidad y no puede rechazar las encomiendas”.

VII. Parte dispositiva

Atendiendo a lo expuesto la Sala estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a M.I., casando y anulando la sentencia nº 698/2020 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 21 de julio, con condena en costas la mercantil demandada.

VIII. Pasajes decisivos

Centra el Tribunal sus razonamientos jurídicos más relevantes en los fundamentos de derecho tercero y cuarto, donde sintetiza su doctrina unificada sobre la cuestión que nos ocupa.

IX. Comentario

La condición de “trabajador asalariado” tan sólo puede atribuirse a una persona física, nunca a una persona jurídica. Esa condición es exclusiva de quién se obliga a realizar el trabajo de modo personal, sin posibilidad de delegación en otra persona, ni de sustitución por otro trabajador. Con este punto de partida el art. 1.1 ET proporciona la actual definición legal de trabajador asalariado: “trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”.

De tal definición se desprenden las cuatro notas que caracterizan al trabajador asalariado: voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución^[6]. Son notas elementales pero que plantean con frecuencia problemas de interpretación y aplicación, por lo que su significado y alcance difícilmente puede comprenderse sin el apoyo de la jurisprudencia, que ha contribuido de manera muy notable a su formulación y configuración actual.

A) Voluntariedad

El art. 1.1 ET exige voluntariedad en la prestación de servicios, de manera que sólo podrá darse la calificación de trabajador asalariado a quien realice su actividad de forma libre, previa manifestación de su consentimiento.

Trabajador asalariado es, en definitiva, el que presta sus servicios mediante un acuerdo con otra persona. Este acuerdo recibe el nombre de “contrato de trabajo”, y nace necesariamente de la concurrencia de voluntades entre quien ofrece y quien demanda empleo, sin perjuicio de que pueda concertarse de forma expresa o de forma tácita, según se desprende del art. 8 ET.

No podrán calificarse como contrato asalariado las actividades que se realicen con carácter forzoso u obligatorio, sea por imposición de otra persona, sea por exigencia legal, actividades que se excluyen de la legislación laboral, según el art. 1.3 ET.

B) Ajenidad

La segunda nota característica del concepto de trabajador es la que marca la diferencia entre el trabajo asalariado y el trabajo por cuenta propia. Esta cualidad ha sido explicada tradicionalmente desde dos perspectivas: como transmisión automática de los frutos del trabajo, o de su utilidad económica a quien recibe la prestación de servicios y como atribución de los riesgos económicos o de explotación a quien se apropia del producto.

C) Dependencia

El art. 1.1 ET exige que la prestación de servicios se desarrolle “dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona”^[7].

Trabajo asalariado es únicamente el que se realiza bajo las órdenes e instrucciones de otra persona, dentro de su ámbito de organización y dirección; no tienen la condición de trabajadores asalariados los trabajadores autónomos, esto es, quienes realizan su trabajo con autonomía e independencia. La dependencia, en todo caso, es un concepto graduable, que muestra distinta intensidad según la calificación del trabajador, la forma de organización del trabajo o el lugar o modo de la prestación de servicios.

En una primera fase, la dependencia fue entendida por los tribunales como sujeción estricta a las órdenes de otra persona; pero con el paso del tiempo se ha contemplado como inserción en el “círculo rector y organizativo del empresario”.

Esta nueva dimensión, acogida en el art. 1.1 ET le ha otorgado mayor flexibilidad y ha permitido incorporar a la legislación laboral a trabajadores intelectuales o profesionales con alto grado de independencia técnica, siempre que desarrollen su trabajo dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona (STS 19 de julio de 2002).

D) Retribución

El trabajo asalariado es trabajo lucrativo que se contrata o se realiza a cambio de una contraprestación económica (sin perjuicio de que también pueda buscar fines de aprendizaje o práctica, o de inserción o promoción profesional o social).

Por ello no pertenecen a este género los trabajos que se realizan por otras razones (amistad, benevolencia...), o que tan sólo conllevan una compensación de gastos o en forma de beca; estos otros trabajos están expresa o implícitamente excluidos de la legislación laboral.

La contraprestación económica del trabajo asalariado se distingue de los ingresos que puede proporcionar el trabajo autónomo (tasa, precio, honorario, iguala...) y recibe típicamente el nombre de salario, aunque también suele denominarse “retribución, remuneración o sueldo”; y puede revestir muchas formas o modalidades, así como comprender muy diversas partidas.

Hemos de referirnos para terminar a la Disposición adicional vigesimotercera del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores introducida por el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales bajo la rúbrica “Presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto” que dispone que: Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancías, por parte de

empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. Esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma.»

La Sala llega a afirmar al analizar las notas a que nos referimos que “*Los criterios jurisprudenciales para diferenciar el contrato de trabajo de otros vínculos de naturaleza semejante son los siguientes [por todas, sentencias del TS de 24 de enero de 2018 (Pleno), recursos 3394/2015 y 3595/2015; 8 de febrero de 2018, recurso 3389/2015; y 4 de febrero de 2020, recurso 3008/2017]:*

1) *La realidad fáctica debe prevalecer sobre el nomen iuris porque «los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, independientemente de la calificación jurídica que les den las partes; de modo que a la hora de calificar la naturaleza laboral o no de una relación debe prevalecer sobre la atribuida por las partes, la que se derive de la concurrencia de los requisitos que determinan la laboralidad y de las prestaciones realmente llevadas a cabo».*

2) *Además de la presunción iuris tantum de laboralidad que el art. 8 del ET atribuye a la relación existente entre quien presta un servicio retribuido y quien lo recibe, el art. 1.1 del ET delimita, desde el punto de vista positivo, la relación laboral, calificando de tal la prestación de servicios con carácter voluntario cuando concurren, además de dicha voluntariedad, tres notas que también han sido puestas reiteradamente de manifiesto por la jurisprudencia, cuales son, la ajenidad en los resultados, la dependencia en su realización y la retribución de los servicios.*

3) *La línea divisora entre el contrato de trabajo y otros vínculos de naturaleza análoga (particularmente la ejecución de obra y el arrendamiento de servicios), regulados por la legislación civil o mercantil, no aparece nítida ni en la doctrina, ni en la legislación, y ni siquiera en la realidad social. Y ello es así, porque en el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un «precio» o remuneración de los servicios, en tanto que el contrato de trabajo es una especie del género anterior, consistente en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo, pero en este caso dependiente, por cuenta ajena y a cambio de retribución garantizada. En consecuencia, la materia se rige por el más puro casuismo, de forma que es necesario tomar en consideración la totalidad de las circunstancias concurrentes en el caso, a fin de constatar si se dan las notas de ajenidad, retribución y dependencia, en el sentido en que estos conceptos son concebidos por la jurisprudencia”.*

No podemos obviar, llegados a este punto, hacer una referencia a la noción de trabajador en el Derecho Social Europeo. Por regla general, tan sólo aportan estas disposiciones referencias instrumentales a la noción de trabajador, con el único fin de delimitar el ámbito de aplicación de la norma correspondiente, pero sin ofrecer una definición concreta en los preceptos aplicables, esto es, el art. 45 del TFUE y el art. 7 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

Esto quiere decir que el concepto de trabajador asalariado sigue siendo preponderantemente nacional, y su definición sigue correspondiendo a las normas de cada país.

La norma europea utiliza con frecuencia la expresión “trabajador por cuenta ajena” pero para darle sentido remite al concepto de trabajador propio de la legislación nacional.

La jurisprudencia comunitaria^[8] ha recordado que el concepto de trabajador acuñado por la norma nacional nunca podrá utilizarse para eludir la aplicación de normas comunitarias, ni para actuar en contra de los objetivos del Tratado. Más

concretamente, en la Sentencia del TJEU en el asunto Supreme Curt C-507/2012, el Tribunal repasa su jurisprudencia sobre qué debe entenderse por trabajador a los efectos del art. 45 TFUE y la amplitud de ese concepto. Así, en sentencia de 31 de mayo de 1989 (asunto C-344/87), el Tribunal manifestó que la noción “debe definirse siguiendo criterios objetivos que caracterizan la relación laboral atendiendo a los derechos y deberes de las personas interesadas; la característica esencial de la relación laboral consiste en que una persona realiza durante un cierto tiempo, a favor de otra y bajo la dirección de esta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una retribución. Siempre que se trate del ejercicio de actividades reales y efectivas, ni la productividad más o menos alta, ni la fuente de los recursos que permiten la retribución pueden tener ningún tipo de consecuencias respecto al reconocimiento o no de una persona como trabajadora”, siendo las excepciones aquellos trabajos voluntarios que no tengan ningún tipo de contraprestación económica y las actividades de escasa entidad que puedan considerarse como marginales o accesorias.

X. Apunte final

Resulta notorio que la tarea del legislador dirigida a la acomodación del ordenamiento jurídico a la realidad social de cada tiempo es tarea harto complicada, y siempre llega con retraso. Es por ello, por lo que la doctrina jurisprudencial se ha venido mostrando como instrumento útil y apropiado para tal fin *por mor* del mandato legal^[9] relativo a que las normas han de ser interpretadas conforme a la realidad social del momento histórico en el que han de ser aplicadas.

Esta realidad es la que ha ido engendrando un nutrido cuerpo doctrinal (tanto interno como internacional) tendente a actualizar el concepto tradicional de contrato de trabajo. En este sentido, frente a modelos de realización del trabajo de corte eminentemente presencial, inmóvil y tangible; nos encontramos hoy con relativa frecuencia ante prestaciones de servicios de carácter telemático, que se realizan fuera del centro de trabajo y se gestionan mediante plataformas y sistemas digitales.

Estas notas son las que han determinado una evolución en el concepto tradicional de trabajador por cuenta ajena, dando lugar a nuevas versiones de una misma institución.

La diversidad de supuestos impone al operador jurídico la exigencia de acudir al detallado análisis del caso concreto, para a partir de ahí identificar las notas de dependencia, ajenidad y carácter personal de la prestación del servicio, que lo caracterizan y diferenciarán de otros sistemas de trabajo destinados a la atención de las necesidades del mercado.

Referencias:

1. [^] *Sentencia de 31 de julio de 2019 del Juzgado de lo Social de Madrid nº 37 en autos 101/2019.*
2. [^] *Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en recurso de Suplicación 1366/2019 que razona lo siguiente “de lo actuado no resulta la existencia de vínculo laboral con la demandada, y en este sentido se ha pronunciado la sentencia de esta misma Sala y Sección recaída en el Recurso nº 1259/19, en la que se indica, textualmente, lo siguiente: “...la actora inició una relación mercantil con la demandada como Corresponsal de Onda Madrid para la zona oeste y se dio de alta en el RETA, comenzando a percibir su remuneración mediante facturas con IVA y desgravación por IRPF y realizando las funciones recogidas en el Hecho Probado Segundo, pero no disponía de medios facilitados por Radio*

Televisión Madrid, SA, a diferencia de los redactores, utilizando su teléfono particular y su cuenta de correo con los que se comunica con la empresa. Y puede observarse asimismo que no tiene correo corporativo ni utiliza las redes de los redactores ni acude a las instalaciones de Onda Madrid, de modo que, al no tener tarjeta de acceso identificativa se le ha de hacer una autorización, habiendo ido al centro en una o dos ocasiones en el último año, a lo que se añade, por un lado, que la actora desempeña sus funciones con plena autonomía y sin recibir instrucción alguna, remitiendo sus propuestas a su responsable, quien las acepta o rechaza, abonándose las aceptadas y emitidas mediante facturas detalladas cuyos importes mensuales son diferentes, y por otro lado, que no disfruta de vacaciones, permisos ni libranzas pagadas, ni tiene que justificar sus ausencias por enfermedad."Tal doctrina resulta de entera aplicación en el presente caso y a ella ha de estarse necesariamente por evidentes razones de seguridad jurídica e igualdad ante la ley, habida cuenta de que del relato fáctico resulta que la actora viene realizando la cobertura informativa en la zona noroeste de la Comunidad de Madrid, para lo cual contacta a diario con el director de informativos y los redactores editores de información regional de Onda Madrid, seleccionando ésta las noticias a emitir y decidiendo las que emite y las que no. Pudiendo observarse que la demandante aporta a su trabajo una grabadora con micrófono y tiene facilitados a Onda Madrid su teléfono móvil y su dirección de correo electrónico para que se comuniquen con ella y que remite las crónicas a la sede de los estudios de la emisora por vía telefónica y por vía telemática (e- mail), facturando a la demandada por la prestación de servicios a través de la comunidad de bienes que conformaba con su hoy ex esposo y dependiendo el importe de sus facturas mensuales del número de conexiones realizadas, a lo que se añade que es la propia actora la que se toma sus días de vacaciones de verano comunicándolo a la demandada para que prevea un sistema de sustitución (Hechos Probados Segundo y Tercero).Y desde esta perspectiva, por más que sean los responsables de informativos los que dicen cuáles son las crónicas que han de hacerse y el enfoque periodístico que hay que darles, no cabe apreciar que exista la nota de dependencia que exige toda relación laboral, sin que el hecho de que hayan de seguirse las instrucciones dadas al efecto suponga que concurra tal nota, debiendo subrayarse que a la demandante no se le asignaba un período determinado de vacaciones y que era ella la que comunicaba a la emisora los días que se iba a tomar, a lo que se añade, en relación a los medios materiales, que la actora se desplaza en su propio vehículo y no percibe cantidad alguna por los gastos de desplazamiento, taxis o vales comida, a diferencia de los demás redactores".

3. ^ No en vano, concluye el Alto Tribunal afirmando en el punto 2 del cuarto de los fundamentos de derecho que "dada la necesidad de atender a las múltiples circunstancias de cada caso (véase el Fundamento Segundo) conviene advertir que esta doctrina no puede considerarse generalizable a todos los casos de Profesionales de la Información al servicio de Medios de Comunicación, sino solo a aquellos en que concurran las mismas características que en el presente supuesto".
4. ^ En sentencia de 11 de mayo de 2009 (recud.3704/2007)
5. ^ Sentencia de la Sala Cuarta de 31 de marzo de 1997, recud.3555/1996.
6. ^ En este sentido se ha pronunciado la Sala Cuarta en sentencias del Pleno de 24 de enero de 2018, recursos 3595/2015 y 3394/2015; 8 de febrero de 2018, recurso 3389/2015; y 29 de octubre de 2019, recurso 1338/2017].

7. [^] Afirma la doctrina jurisprudencial que “desde la creación del derecho del trabajo hasta el momento actual hemos asistido a una evolución del requisito de dependencia-subordinación. La sentencia del TS de 11 de mayo de 1979 ya matizó dicha exigencia, explicando que «la dependencia no implica una subordinación absoluta, sino sólo la inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la empresa». En la sociedad postindustrial la nota de dependencia se ha flexibilizado. Las innovaciones tecnológicas han propiciado la instauración de sistemas de control digitalizados de la prestación de servicios. La existencia de una nueva realidad productiva obliga a adaptar las notas de dependencia y ajenidad a la realidad social del tiempo en que deben aplicarse las normas (art. 3.1 del Código Civil). En la práctica, debido a la dificultad que conlleva valorar la presencia de los elementos definitorios de la relación laboral en los supuestos dudosos, para determinar si concurren se utiliza la técnica indiciaria, identificando los indicios favorables y contrarios a la existencia de un contrato de trabajo y decidiendo si en el caso concreto concurre o no la relación laboral. Este Tribunal ha afirmado que «La calificación de la relación como laboral ha de hacerse en cada caso en atención a los indicios existentes, valorando principalmente el margen de autonomía del que goza quien presta el servicio» (sentencia del TS de 20 de enero de 2015, recurso 587/2014)”.
8. [^] Hemos de referirnos a la sentencia el 13 de enero de 2004, C-256/01, asunto Allonby, El Tribunal explicó que el concepto de «trabajador» a efectos del art. 141.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea se refiere «a la persona que realiza, durante un período de tiempo determinado, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones por las cuales percibe una remuneración». El Tribunal argumentó: «En lo que respecta a los profesores que tienen la obligación, ante una empresa intermediaria, de efectuar una prestación de servicios específica en un centro de enseñanza, procede analizar especialmente en qué medida se restringe la libertad de los mismos para determinar su horario, su lugar de trabajo y el contenido del mismo. El hecho de que tales personas no estén obligadas a aceptar una prestación de servicios específica carece de repercusión en este contexto (véase, en este sentido, en materia de libre circulación de trabajadores, la sentencia Raulin, antes citada, apartados 9 y 10)».
9. [^] Contenido en el artículo 3.1 del Código Civil, en cuya virtud “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.

§ 47 ERTE y posible nulidad del acuerdo alcanzado en periodo de consultas por fraude de ley y abuso de derecho.

Belén García Romero

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

Resumen: *En el marco de un expediente de regulación temporal de empleo (ERTE), se discute la posible nulidad del acuerdo alcanzado en periodo de consultas entre empresa y representantes legales de los trabajadores de suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada por fraude de ley y abuso de derecho.*

Palabras clave: *ERTE. Periodo de consultas. Acuerdo. Fraude de ley. Abuso de derecho.*

Abstract: *In the context of a temporary lay-off procedure (ERTE), the possible nullity of the agreement reached in the consultation period between the company and the workers' legal representatives to suspend the employment contract and reduce the working day is being discussed on the grounds of fraud and abuse of rights.*

Keywords: *ERTE. Consultation period. Agreement. Fraud of law. Abuse of rights.*

I. Introducción

La Dirección General de Diálogo Social y Bienestar Laboral de la Consejería de Empleo, Universidades y Portavocía de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (CARM) presentó demanda de oficio contra la empresa LIBECROM, S.A para que se declare la nulidad del acuerdo alcanzado, en el periodo de consultas, entre empresa y representantes de los trabajadores en el expediente de suspensión de contratos y de reducción de jornada (ERTE) por fraude de ley y abuso de derecho en la conclusión del mismo.

Dicha demanda fue desestimada en la instancia por sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia de 24 de marzo de 2022, al considerar que no existen las irregularidades denunciadas en la tramitación del ERTE ni en cuanto a la acreditación de las causas, ni respecto a los criterios de selección de los trabajadores afectados.

Frente a este pronunciamiento la misma parte actora interpone recurso de casación en el que se pide la revisión de los hechos declarados probados. Para resolverlo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo analiza, en primer lugar, los requisitos que debe reunir este recurso extraordinario. A continuación, revisa su doctrina sobre el control por parte de la autoridad laboral de la decisión empresarial o de los acuerdos o medidas de suspensión, reducción de jornada o extinción de contratos, según que actúe de oficio o previa petición del SPEE, poniendo de manifiesto que se trata de dos vías de actuación distintas, circunstancia que condiciona el objeto y la finalidad de la acción ejercitada y de los elementos fácticos que deben presentar en cada caso. Una vez circunscrito el debate que plantea el recurso a la

primera modalidad de intervención de la autoridad laboral, se recuerdan los preceptos y la doctrina vinculada con la relevancia del periodo de consultas, la presunción de la concurrencia de las causas y los criterios de designación de los trabajadores afectados.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo concluye desestimando el recurso planteado y confirmando la sentencia recurrida. Dicha sentencia contiene un voto particular formulado por la Magistrada Excm. D^a, Rosa María Virolés Piñol, que discrepa del criterio mayoritario que se refleja en la sentencia en cuanto a los motivos segundo y tercero, por entender que la sentencia recurrida adolece de vicio de incongruencia omisiva, al no pronunciarse sobre las alegaciones efectuadas por la parte actora que pueden ser trascendentes, lo cual genera indefensión.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 259/2023, de 12 de abril.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ núm. 207/2022.

ECLI: ES:TS:2023:1609

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. María Luz García Paredes.

Votos Particulares: Contiene un voto particular formulado por la Excm. Sra. Rosa María Virolés Piñol.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Problema suscitado

El problema suscitado es la posible existencia de fraude de ley y abuso de derecho en el acuerdo alcanzado en el expediente de suspensión de contratos y de reducción de jornada, que deba conllevar a la declaración de nulidad del citado acuerdo.

2. Hechos y antecedente

Los hechos declarados probados en la sentencia recurrida son los siguientes:

El 4 de noviembre de 2021, la empresa Libecrom, S.A., solicitó a la Dirección General de Diálogo Social y Bienestar Laboral de la Consejería de Empleo, Universidades y Portavocía de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (CARM) autorización para la suspensión de 13 contratos de trabajo y reducción de jornada de 2 trabajadores, de los 26 que conforman la plantilla de la empresa, con expresión del calendario de reducción de jornada, a cuyo efecto se alegaba que las causas que motivan la referida medida son productivas, debido a la bajada de clientela durante la pandemia, así como que se han visto disminuidos los ingresos, lo que le pone en una mala situación económica. Asimismo, en la solicitud se deja constancia de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por la medida, señalándose que se trata de la imposibilidad de darles ocupación efectiva.

Dos días antes- el 2 de noviembre de 2021- se informó a los trabajadores de los motivos de la suspensión de los contratos de trabajo y de la reducción de jornada, así como de la apertura en dicha fecha del periodo de consultas, que finalizaba el 11 de noviembre, fijándose un calendario para ello.

De las reuniones con los representantes de los trabajadores se levantaron dos actas. En la primera de ellas, se dejó constancia de los motivos aducidos por la empresa para adoptar tales medidas, que fueron puestos en cuestión por la

representación de los trabajadores, aun admitiendo que conocían la situación de la empresa y la caída de pedidos. En la segunda reunión, se puso en conocimiento de los trabajadores afectados por el ERTE las fechas de suspensión y reducción, así como plantearon dudas sobre el plan de reestructuración presentado por la empresa.

Por la Autoridad Laboral se efectuaron una serie de recomendaciones/ advertencias, para que respondiese sobre la memoria explicativa, informe de los representantes de los trabajadores, informe sobre la situación coyuntural de la empresa e informes técnicos que acrediten la concurrencia de causas productivas; tras lo cual la empresa aportó nueva acta de fin de periodo de consultas, criterios de designación de trabajadores afectados, aclaraciones al periodo de consultas y memoria explicativa, acompañando la clasificación profesional de los trabajadores afectados y votación efectuada al efecto sobre la medida empresarial.

El periodo de consultas finalizó con acuerdo alcanzado por las partes el 23 de noviembre de 2021 en los términos propuestos por la empresa y aceptado por los representantes de los trabajadores.

La autoridad laboral competente (en este caso, la Dirección General de Diálogo Social y Bienestar Laboral de la Consejería de Empresa, Empleo, Universidades y Portavocía de la CARM), presentó demanda de oficio para que declare la nulidad del acuerdo alcanzado en el periodo de consultas por fraude de ley y abuso de derecho.

IV. Posición de las partes

La parte actora (demandante y luego recurrente) es la Dirección General de Diálogo Social y Bienestar Laboral de la Consejería de Empleo, Universidades y Portavocía de la CARM, quien solicita la revisión de hechos declarados probados, aduciendo que la parte demandada presentó en el acto de juicio una serie de documentos distintos a los presentados en el ERTE, lo que implica un error en la apreciación de la prueba. Sostiene que en el litigio impugnó este hecho, sin que la sentencia haya razonado sobre dicha impugnación ni comprobado esa discrepancia alegada.

La parte demandada- la empresa que realiza el ERTE- se limita a impugnar el recurso.

Por último, el Ministerio Fiscal considera que el recurso debe ser admitido al entender que en la tramitación del ERTE y acuerdo alcanzado se ha incurrido en fraude de ley tendente a obtener prestaciones por desempleo, eludiendo el abono de salarios.

V. Normativa aplicable al caso

Los preceptos legales vinculados a la denuncia son el artículo 47 del ET (en ese momento art. 47.1, párrafo 10 y hoy art. 47.3); los artículos 17, 18 y 24 del RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despidos colectivos y de suspensión de contratos y reducción de jornada (BOE 30-10-2012) y los artículos 148 b) y 207 d) de la LRJS.

- El Artículo 17 RD 1483/2012 exige la presentación de una comunicación de apertura del periodo de consultas con el contenido específico que en él se indica, como la expresión de las causas que motivan la suspensión o reducción de jornada, los criterios de designación de los trabajadores afectados, entre otros, así como que dicha comunicación ha de ir acompañada de una memoria explicativa de las causas.
- Por su parte, el artículo 18.1 del RD 1483/2012 señala que “La documentación justificativa que debe acompañar a la comunicación de la apertura del periodo de consultas será la necesaria para acreditar la concurrencia de la causa y que se trata de una situación coyuntural de la actividad de la empresa”. En el apartado 2 indica la documentación necesaria para acreditar la concurrencia de la causa económica y, en el

apartado 3, la relacionada con las causas técnicas, organizativas o de producción.

- El artículo 24 RD 1483/2012 señala que “La impugnación ante la jurisdicción social de los acuerdos y decisiones en materia de suspensión de contratos y reducción de jornada se regirá por lo dispuesto en la Ley 36/2022, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social”.
- El Artículo 47.1 a) ET (vigente en el momento del ERTE) disponía al igual que el vigente artículo 47.3, párrafo 8, que “Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas (...) y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión”.
- El Artículo 148 b) de la LRJS, en relación con el ámbito de aplicación del procedimiento de oficio, dispone que podrá iniciarse el proceso de oficio como consecuencia: “De los acuerdos de la autoridad laboral competente, cuando ésta apreciara fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos de suspensión, reducción de la jornada o extinción a que se refiere el artículo 47 y el apartado 6 del artículo 51 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, y los remitiera a la autoridad judicial a efectos de su posible declaración de nulidad. Del mismo modo actuará la autoridad laboral cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo hubiese informado que la decisión extintiva de la empresa pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.
- El Art. 207 de la LRJS, relativo a los motivos del recurso de casación, incluye en su letra d) “Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios”.

VI. Doctrina básica

1. Sobre la revisión de hechos probados como motivo del recurso de casación

En el fundamento de derecho primero de la Sentencia comentada, la Sala de lo Social recuerda su constante y consolidada doctrina y del Tribunal Constitucional^[1] sobre los presupuestos y requisitos procesales que debe cumplir el recurso de casación para la revisión de los hechos declarados probados. Al respecto, destaca que “el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única y no de grado”, lo que implica que la valoración de la prueba se atribuye al juzgador de instancia, “por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica, y que la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error se desprenda de manera clara, evidente y sin necesidad de conjeturas”. “Todo ello pone de manifiesto la naturaleza extraordinaria del recurso que, a diferencia del recurso de apelación, provoca que expresamente se rechace la formulación de motivos revisorios”.

Conforme a la normativa aplicable, el recurso extraordinario de revisión debe reunir una serie de requisitos, como los siguientes: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad argumentaciones o de conjeturas. c) Que los documentos al efecto invocados deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e inquestionable, hasta el punto de afirmarse que la certidumbre del error está refida con la existencia de una situación dubitativa. d) Que se ofrezca un texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. e) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia.

2. Sobre la doble vía de actuación de la autoridad laboral en el marco de un ERTE

Sobre la base de lo establecido en el art. 47 ET y el artículo 148 b) LRJS, la Sala de lo Social reitera su doctrina contenida en STS 697/2017, de 19 de septiembre (rec. 5/2017) sobre las vías de actuación de que dispone la autoridad laboral en la materia: “a) la que puede llevar a cabo de manera unilateral para impugnar de oficio los acuerdos y medidas de suspensión, reducción de jornada o extinción de contratos, cuando apreciara fraude, dolo, coacción o abuso de derecho (STS 578/2022, de 23 de junio, rec. 216/2021 y las que en ella se citan); b) la que está sometida y condicionada a la previa petición del SPEE, “cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo hubiese informado que la decisión extintiva de la empresa pudiera tener por objeto la obtención indebida de prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo”. Se trata pues de acciones de distinta naturaleza que “condiciona el objeto y la finalidad de la acción ejercitada, y con ello, el contenido del propio procedimiento judicial y de los elementos fácticos y jurídicos que deben presentarse en cada caso”.

En el caso de la demanda de oficio, la autoridad laboral debe demostrar la efectiva concurrencia de los vicios que hubiere invocado para solicitar la nulidad de la medida plasmada en el pacto alcanzado entre la empresa y la representación legal de los trabajadores.

3. Sobre la relevancia del periodo de consultas y de la información a facilitar en la tramitación de los ERTES

En el fundamento jurídico segundo de la sentencia, el Tribunal Supremo pone de manifiesto que es doctrina reiterada de la Sala Cuarta y (entre otras STS 578/2022, de 23 de junio, rec. 216/2021) la relevancia que tiene el periodo de consultas en la tramitación de estos expedientes y la información que la empresa debe facilitar. Al respecto, se señala que el empresario cumple, en principio, con la aportación de la documentación exigida, sin perjuicio de que pueda acompañar otra que facilite y contribuya al desarrollo del periodo de consultas, por lo que “no todo incumplimiento de obligación documental conlleva la nulidad de la decisión extintiva, sino tan solo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada”.

De otro lado, en relación con la presunción de concurrencia de las causas cuando se ha alcanzado un acuerdo, por lo que únicamente cabría declarar la nulidad si se acreditara que “en la consecución del acuerdo” ha concurrido dolo, fraude, coacción o abuso de derecho y “únicamente sería relevante la falta de entrega de documentación si la misma hubiera generado la consecución del acuerdo por medio de fraude”.

VII. Parte dispositiva

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo decide desestimar el recurso de casación interpuesto por la Dirección General de Diálogo Social y Bienestar Laboral de la Consejería de Empleo, Universidades y Portavocía de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y confirmar la sentencia recurrida dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 24 de marzo de 2022, aclarada por auto de 4 de abril de 2022, en el procedimiento de oficio nº 1/2022, y declarar su firmeza, sin imposición de costas.

VIII. Pasajes decisivos

Entrando a resolver el recurso, tenemos como primer motivo, al amparo del apartado d) del art. 207 de la LRJS, el destinado a la revisión de los hechos declarados probado. Según expone el motivo, la parte demandada presentó en el acto de juicio una serie de documentos, distintos a los presentados en el ERTE, siendo que para la resolución del litigio solo se podían tener en consideración los aportados en el expediente, razón por la que los impugnó sin que la sentencia haya razonado sobre dicha impugnación ni comprobado esa discrepancia alegada. En definitiva y en

esencia, insiste en que la aportación de prueba en el proceso laboral, nunca aportada al ERTE implica un error en la apreciación de la prueba.

La revisión de los hechos declarados en la sentencia recurrida pedida en el escrito de interposición del recurso incurre en un defectuoso planteamiento en tanto que la parte no identifica de forma concreta los hechos probados que pretende alterar. Tampoco señala ni propone hechos concretos a adicionar. Realmente, y como si se tratase de una apelación, lo que denuncia es una imposibilidad de que pueda aportarse al proceso especial prueba alguna por la parte demandada (...).

SEGUNDO.- En el segundo motivo, con amparo en el apartado d) (sic e) del art. 207 de la LRJS, denuncia la infracción del art. 18.3 del RD 1483/2012. La parte recurrente se refiere en este motivo a la memoria explicativa que se aportó en el acto de juicio por la mercantil demandada, y que entiende que es el mismo en su contenido que el aportado el 4 de noviembre de 2021, no es el que exige el precepto que invoca como infringido. Además, sigue diciendo, la sentencia recurrida da por probadas las dificultades de facturación y que la misma era conocida por trabajadores y sus representantes, haciendo inexigible el informe técnico.

(...) son dos vías de actuación de las que dispone la autoridad laboral en la materia " a) la que puede llevar a cabo de manera unilateral para impugnar de oficio los acuerdos o medidas de suspensión, reducción de jornada o extinción de contratos, cuando apreciara fraude, dolo, coacción o abuso de derecho; b) la que está sometida y condicionada a la previa petición del SPEE.

La presentación de la demanda de oficio que trae causa de la primera modalidad señalada, como sigue afirmando la anterior sentencia, " es aquella en la que la autoridad laboral actúa de oficio porque aprecia la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la consecución del acuerdo entre trabajadores y empresa. En este supuesto serían de aplicación los criterios a los que se acoge la sentencia de instancia, que obligan a la autoridad laboral a demostrar la efectiva concurrencia de los vicios que hubiere invocado para solicitar la nulidad de la medida plasmada en el pacto alcanzado entre la empresa y la representación legal de los trabajadores".

Pues bien, a la vista de esta doctrina y de los hechos declarado probados, inmodificados en este momento procesal, se advierte que, en relación con la memoria explicativa se dio razón de la causa que se invocaba - disminución de la facturación en los tres últimos años-, y declarando probado que dicha situación era conocida por los trabajadores y sus representantes, razón por la que se entiende por la sentencia de instancia que no sea preciso el informe técnico que, según dispone el art. 18.3 se aportará los que sean oportunos y por los que se acrediten las causas. Esto es, la sala de instancia ha aplicado un criterio finalista en la valoración de las exigencias documentales y en atención a que con la citada información lo que se pretende es que la negociación esté suficientemente informada que, en este caso, y no consta lo contrario, no estaba ausente en relación con la representación legal de los trabajadores.

De esta forma de proceder no puede obtenerse el fraude de ley en el acuerdo alcanzado y menos la existencia de un vicio en el consentimiento por parte de los representantes legales de los trabajadores que, ciñéndonos al procedimiento judicial que se ha activado, han estado informados durante el periodo de consultas y eran conocedores de la situación empresarial.

TERCERO. - En el siguiente motivo, se denuncia la infracción del art. 17.2 e) del RD 1483/2012, en relación con los criterios de designación de los trabajadores afectados por el ERTE.

(...) tampoco podemos estimar este motivo porque, a la vista de los hechos declarados probados, y los que con tan valor se recogen en la fundamentación jurídica de la sentencia que, aunque escueta da respuesta a los debates que le fueron planteados, se ha dejado constatado que (...) se indican los criterios tomados en consideración para la designación de los afectados -reparto homogéneo del trabajo, la

polivalencia y experiencia y cualificación de los trabajadores con distinción de departamentos.

Estas indicaciones, tratándose de una plantilla de 26 trabajadores, de los que los afectados eran 13 y 2, según la suspensión o reducción de jornada, respectivamente, no cabe obtener una ausencia y menos insuficiencia en la determinación de los criterios de designación, aunque esta precisión lo haya sido como respuesta a las recomendaciones efectuadas por la autoridad laboral.

IX. Comentario

La STS-SOC 207/2022, de 12 de abril de 2023, resuelve el recurso de casación (rec. 207/2020) interpuesto frente a la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia de 24 de marzo de 2022, dictada en el procedimiento de oficio interpuesto por la Dirección General de Diálogo Social y Bienestar Laboral de la Consejería de Empleo, Universidades y Portavocía de la CARM, que desestimaba la demanda planteada.

La parte actora (primero demandante y después recurrente) solicita que se declare la nulidad del acuerdo alcanzado en el periodo de consultas, entre empresa y representantes de los trabajadores en el expediente de regulación temporal de empleo (ERTE), de 23 de noviembre de 2021 por fraude de ley y abuso de derecho en la conclusión del mismo.

Las razones en que basa su petición de nulidad son las siguientes: 1) enmascarar una causa económica en una causa productiva; 2) porque en la documentación aportada con la comunicación de apertura del periodo de consultas no figuraba la exigible para acreditar las de tipo económico, ni siquiera productiva, como tampoco la memoria explicativa ni informe técnico de lo que se puede obtener el indicio de que los representantes de los trabajadores no ha tenido a su disposición la documentación que permita conocer el estado real de la empresa; 3) lo que lleva a declarar ineficaz el periodo de consultas y el acuerdo alcanzado por defecto procedimental, siendo fraudulenta la conducta de la empresa al pretender aplicar unas medidas obviando dicho cauce lo que lleva al fraude de ley al pretender, mediante la aplicación de las medidas así adoptadas, obtener indebidas prestaciones por desempleo sin causa que motive la existencia de situación legal de desempleo. Y, según la demanda, existe abuso de derecho porque utilizando el procedimiento aparentemente, ignora el derecho de los representantes legales de los trabajadores cuya voluntad debe calificarse de viciada.

La Sala de instancia (Sala de lo Social del TSJ de Murcia) desestima la demanda porque considera que no concurren las irregularidades alegadas por la parte actora y frente a la misma se interpone recurso de casación. Según informe del Ministerio Fiscal dicho recurso debe ser admitido al entender que se ha incurrido en la tramitación del ERTE y acuerdo alcanzado en un fraude de ley tendente a obtener prestaciones por desempleo.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, empieza resolviendo el primer motivo destinado a la revisión de hechos probados ex art. 207 d) LRJS. Tras examinar su doctrina sobre este punto, estima que el mismo no debe prosperar (FJ 1º). Considera que el escrito de interposición del recurso incurre en un defectuoso planteamiento, ya que la parte no identifica de forma concreta los hechos probados que pretende alterar. Tampoco señala ni propone hechos concretos a adicionar. Declara que lo que quiere hacer valer la parte actora es que la prueba presentada en el acto de juicio no debió ser admitida por las razones que fueran. Para la Sala, ello supone una denuncia de infracción de normas procesales que para ser articulada en vía de recurso exige su previa protesta. Es decir, si la parte actora entiende que la demandada no puede presentar en este proceso prueba documental alguna que no sea la que figura en el ERTE, lo que debió hacer no es impugnar el/os documento/s sino oponerse a su admisión como medio de prueba.

En los motivos segundo y tercero, el debate se centra en determinar si se han infringido o no los artículos que regulan la tramitación de los ERTES (arts. 17.2 e) y 18.3 RD 1483/2012) en cuanto al contenido de la memoria explicativa de las causas que debe acompañar a la comunicación de apertura del periodo de consultas y la documentación justificativa de la concurrencia de la causa alegada. Al respecto, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo considera que la sala de instancia al declarar probados por la memoria explicativa los hechos probados- la disminución de la facturación en los últimos tres años- y que dicha situación era conocida por los trabajadores, sin necesidad de informe técnico, ha aplicado un criterio finalista en la valoración de las exigencias formales, teniendo en cuenta que con dicha información lo que se pretende es que la negociación esté suficientemente informada.

Considera que de esta forma de proceder no puede derivarse la existencia de fraude de ley en el acuerdo alcanzado y menos la existencia de un vicio en el consentimiento por parte de los representantes legales de los trabajadores que han estado informados durante el periodo de consultas y eran conocedores de la situación empresarial.

Por último, en relación con los criterios de designación de los trabajadores afectados por el ERTE, la Sala tampoco estima la denuncia efectuada por la parte recurrente de que en ningún momento se dejó constancia en el expediente de los criterios de selección. Al contrario, considera que antes del acto de juicio, y dentro de la memoria explicativa se indican los criterios tomados en consideración para la designación de los afectados- reparto homogéneo del trabajo, la polivalencia y experiencia y cualificación de los trabajadores sin distinción de los departamentos.

Por todo lo expuesto, decide desestimar el recurso y mantener el pronunciamiento recurrido y la validez del acuerdo alcanzado por la empresa y representantes de los trabajadores.

X. Apunte final

Como se ha avanzado, la sentencia objeto de comentario contiene un voto particular- formulado por la Excm. Sra. Rosa María Virolés Piñol- la cual, si bien comparte el criterio mayoritario de la Sala en cuanto a la desestimación del primer motivo de recurso relativo a la revisión de hechos declarados probados, discrepa, sin embargo, en cuanto a la solución dada a los motivos segundo y tercero.

Considera dicha magistrada que lo que la parte recurrente viene a denunciar es que la sentencia recurrida adolece del vicio de incongruencia omisiva, ya que en el supuesto examinado se constata que no se da respuesta a las alegaciones formuladas por la parte actora que pueden ser trascendentes como se deduce de la propia demanda de oficio y alegaciones vertidas en juicio, y se desestima la demanda sin argumentación jurídica alguna como se pone en evidencia en el fundamento de derecho segundo, lo cual causa indefensión.

A la vista de ello, estima que procedía decretar la nulidad de la sentencia, para que se dicte otra en la que se resuelva sobre las cuestiones procesales alegadas por la demandante en el acto de juicio, y se resolviera a la vista de ellas con libertad de criterio sobre el fondo del asunto.

Referencias:

1. [^] *Entre otras, STS de 26 de junio de 2020 (rec. 64/2018); SSTC 37/1995; 58/1995; 209/1996, 211/1996, 127/1997 y 258/2000.*

§ 48 Impugnación del alta médica y despido disciplinario por ausencias injustificadas al trabajo.

Faustino Cavas Martínez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

Resumen: *El alta médica emitida dentro de los primeros 365 días extingue la situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, debiendo el trabajador reincorporarse a su puesto de trabajo el día en que aquella produce sus efectos (el siguiente al de su emisión). La impugnación del alta médica, aun comunicada a la empresa, no determina en este caso la prórroga de la situación de incapacidad temporal y el mantenimiento de la suspensión del contrato de trabajo, de modo que el empresario puede despedir disciplinariamente al trabajador por faltas de asistencia repetidas e injustificadas al trabajo.*

Palabras clave: *Incapacidad temporal. Alta médica. Despido. Faltas de asistencia injustificadas al trabajo.*

Abstract: *The medical discharge produced before day 365 ends the situation of temporary disability due to common contingencies, and the worker must return to his job the day it takes effect (the day after its issuance). The challenge of the medical discharge, even communicated to the company, does not determine in this case the extension of the situation of temporary incapacity and the maintenance of the suspension of the employment contract, so that the employer can disciplinary dismiss the worker for repeated and unjustified absences from work.*

Keywords: *Temporary disability. Medical discharge. Dismissal. Unjustified absences from work.*

I. Introducción

La cuestión sobre la que se pronuncia la STS/SOC de 17 de abril de 2023 es la relativa a los efectos de la impugnación de un alta médica recaída en un proceso de incapacidad temporal por contingencias comunes, que todavía no ha agotado los primeros 365 días de duración. En concreto, se trata de determinar si la ausencia de reincorporación al trabajo durante el trámite de impugnación -de la que la empresa había sido informada por el trabajador- es motivo de despido disciplinario por faltas de asistencia no justificadas al trabajo.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 276/2023, de 17 de abril.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ. núm. 1368/2022.

ECLI: ES:TS:2023:1566

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. María Luz García Paredes.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

En el caso debatido, el demandante venía prestando servicios laborales por cuenta y a las órdenes de su empresa desde el 27 de septiembre de 2004, con la categoría profesional de técnico de organización. Inició proceso de IT por enfermedad común el 24 de marzo de 2020 hasta el 3 de julio (viernes) de ese mismo año, en que fue dado de alta médica. Disconforme con el alta, el trabajador la impugna, hecho que comunica a la empresa. Esta requirió al trabajador, en fecha 9 de julio de 2020, para que acreditase por qué no asistía al trabajo desde el día 6 de julio (lunes), cuando entendía que debió reincorporarse. El trabajador contestó al requerimiento en las veinticuatro horas siguientes, diciendo que le habían informado de que la simple impugnación del alta médica paralizaba sus efectos. Resuelta la impugnación en fecha 18 de julio y comunicada al trabajador el día 20, este se reincorpora al trabajo el día 21, siendo despedido el día 28 de ese mes y año con causa en las ausencias comprendidas entre el 6 y el 20 de julio.

Por otro lado, se da la circunstancia de que el trabajador había presentado denuncia ante la Inspección de Trabajo en el año 2018, y en agosto de 2019 frente a la empresa, por infracciones en materia de Seguridad Social y modificación sustancial de condiciones de trabajo, siendo requerido por aquella el 12 de enero de 2021 para que aportara documentación. El 27 de noviembre de 2019 el trabajador presentó demanda por modificación sustancial de condiciones de trabajo, siendo suspendido el acto del juicio que estaba señalado para el día 24 de junio de 2020.

El trabajador formula demanda por despido nulo, la cual es desestimada por el juzgado de lo social. Habiéndola recurrido en suplicación, el TSJ del País Vasco, Sala de lo Social, dicta sentencia en fecha 18 de enero de 2022 estimando el recurso y declarando el despido nulo por vulneración de la garantía de indemnidad, al entender que aquellas actuaciones ante la Inspección de Trabajo y los órganos judiciales constituyen indicios que obligaban a considerar si el despido estaba o no amparado en causa legítima. Y en este extremo considera el tribunal vasco que de la lectura del art. 170 de la LGSS se obtiene la prórroga de la situación de incapacidad y que, por tanto, se mantiene la suspensión del contrato de trabajo, sin obligación de trabajar ni de percibir el salario, ex. art. 45.1.c) del Estatuto de los Trabajadores. Al no ser legítimo el despido disciplinario, este debe calificarse de nulo por vulneración de la garantía de indemnidad.

IV. Posición de las partes

1. El recurso de casación para la unificación de doctrina de la empresa

La empresa formula recurso de casación para la unificación de doctrina contra la referida sentencia, aportando como contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 14 de enero de 2020 (rec. supl. 6038/2019). En ella se declara probado que una trabajadora se reincorporó al trabajo el 6 de junio de 2017, tras un proceso judicial por despido declarado nulo, iniciando al día siguiente proceso de IT por ansiedad, del que fue dada de alta médica el 27 de julio de 2017, alta que impugnó al día siguiente, reincorporándose al trabajo el 8 de agosto de 2017, día en el que la empresa le comunicó que procedía a darla de baja en la TGSS por baja voluntaria o bien por motivos disciplinarios al no asistir al trabajo desde el día 27 de julio de 2017. La trabajadora presentó demanda por despido, siendo desestimada por el Juzgado de

lo social y confirmada por la Sala de lo Social del TSJ al resolver el recurso de suplicación interpuesto contra aquella.

La Sala de suplicación, considerando lo establecido en los arts. 43.4, 71, 140.3, 144.2 y 191.2 de la LRJS, más lo previsto en el RD 1439/2009 y en el art. 5 del RD 625/2014, entiende que el alta médica por contingencias comunes, emitida dentro de los primeros 365 días, extingue la IT con efectos del día siguiente al de su emisión, sin que la impugnación del alta suspenda dichos efectos. Siendo ello así, y no estando ante el supuesto del art. 170.2 de la LGSS (procedimiento de disconformidad), el trabajador estaba obligado a reincorporarse el mismo día en que se producen los efectos del alta -día siguiente al de emisión del alta-, lo que además es una conducta que se debe calificar de grave por mandato convencional (art. 25.1 del convenio aplicable).

Según la parte recurrente, la sentencia recurrida no ha realizado una aplicación e interpretación correcta de los preceptos que cita a lo largo de la fundamentación de la infracción que denuncia (art. 9 CE, art. 5 RD 625/2014, art. 170.1 LGSS, arts. 54.1 y 2 ET, arts. 62 b) y 63 c) Convenio Colectivo Estatal del Sector del Metal, art. 52.4 b) y 52.5 c) Convenio Extraestatutario sectorial del metal de Álava). En esencia, viene a sostener que el despido es ajustado a derecho al existir causa legítima para ello, en tanto que el trabajador debió reincorporarse a su puesto de trabajo tras el alta médica, en un proceso de IT que no superó los 365 días.

2. La impugnación del recurso

La parte recurrida (el trabajador) se opone al recurso alegando la inexistencia de contradicción entre las sentencias comparadas. Además, y en orden a la infracción normativa, insiste en que la sentencia recurrida es ajustada a derecho.

3. El informe del Ministerio Fiscal

Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debía ser estimado, por ser la sentencia de contraste la que contiene la doctrina correcta en tanto que, al contrario de lo que entiende la sentencia recurrida, no hay prórroga de la situación de incapacidad en los procesos inferiores a 365 días, conforme se obtiene del art. 170.2 de la LGSS.

4. La existencia de contradicción

La Sala Cuarta del TS aprecia contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, pues en ambos casos se cuestiona la legalidad de la causa invocada como despido y esta se centra en si el trabajador, que ha sido dado de alta en un proceso de IT inferior a 365 días y tiene impugnada dicha decisión médica, debe reincorporarse al trabajo o está legitimado para hacerlo una vez resuelta la impugnación administrativa.

En contestación a lo manifestado por la parte recurrida en su escrito de impugnación, en el que considera que no existe contradicción entre las sentencias comparadas, la Sala manifiesta que el hecho de que en una de las sentencias, la de contraste, la trabajadora haya sido objeto con antelación de un despido nulo, deviene irrelevante porque se está analizando una situación posterior, tras la reanudación de la relación laboral. Como irrelevantes son la antigüedad, la actividad profesional que se desplegara por uno y otro trabajador o los convenios colectivos que rigieran las respectivas relaciones laborales, en tanto que para resolver la controversia no son decisivos aquellos elementos de la relación laboral ni que el convenio colectivo califique las ausencias injustificadas como falta muy grave, pues lo que incumbe determinar es si esas ausencias, y en esas circunstancias, tienen la condición o no de justificadas, pues de no serlo, tanto darían fundamento a un despido disciplinario por aplicación del ET o de la norma colectiva. Por otro lado, arguye la Sala que no se está analizando aquí si los indicios que la sentencia recurrida apreció son tales, sino si la causa de despido es legítima ya que, de ser así, desvirtuaría el indicio y, al igual que indica la sentencia de contraste, no existiría vulneración de derechos fundamentales. Finalmente, el que en la sentencia recurrida el trabajador pusiera en conocimiento de

la empresa que había impugnado el alta médica y la razón por la que no quiso reincorporarse al trabajo tampoco interfiere para apreciar la contradicción, ya que ese intercambio de conversaciones no han sido lo que ha llevado a la Sala de suplicación, en la sentencia recurrida, a justificar la ilegitimidad de la causa invocada como despido sino una interpretación de la normativa en materia de alta médica y su impugnación, a efectos de la suspensión del contrato.

V. Normativa aplicable al caso

Además de la regulación estatutaria sobre causas de despido, contenida en el art. 54 ET y preceptos concordantes de la normativa convencional aplicable [arts. 62 b) y 63 c) Convenio Colectivo Estatal del Sector del Metal, art. 52.4 b) y 52.5 c) Convenio Extraestatutario sectorial del metal de Álava], para la resolución del problema suscitado se impone interpretar lo establecido en varias normas legales y reglamentarias de Seguridad Social que disciplinan el instituto del alta médica en los procesos de incapacidad temporal, incluyendo en dicho examen el alcance y los efectos de su eventual impugnación administrativa.

Por la fecha en que ocurrieron los hechos, han de considerarse las siguientes prescripciones:

- El art. 170 de la LGSS/2015, en su redacción anterior a la reciente reforma que se ha producido en virtud del artículo único.18 del RDL 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones.

Dicho precepto dedica su apartado 1 a la situación de IT que no agota el período de 365 días, disponiendo que, hasta el cumplimiento de dicho plazo, el INSS ejercerá, a través de los inspectores médicos adscritos a dicha entidad, las mismas competencias que la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del respectivo servicio público de salud, para emitir un alta médica a todos los efectos, así como para considerar que existe recaída en un mismo proceso, cuando se produzcan las mismas circunstancias que se recogen en el último párrafo del apartado 2 del art. 169 LGSS.

Agotado el plazo de 365 días, la gestión del proceso de IT pasa a tener un régimen jurídico diverso, contenido en el apartado 2 del art. 170 de la LGSS, pasando a ser el INSS el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa - innecesaria tras el RDL 2/2023^[1]- con un límite de 180 días más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien para emitir el alta médica, por curación o incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el INSS; también será el único competente para emitir una nueva baja médica en la situación de IT producida, por la misma o similar patología, en los 180 días naturales posteriores a la citada alta médica. También se indica en el art. 170.2 de la LGSS que, en caso de que el INSS emita el alta médica agotados los 365 días, cesará la colaboración obligatoria de las empresas en el pago de la prestación, abonándose directamente por la entidad gestora o colaboradora del subsidio durante el periodo que transcurra entre la resolución de alta médica y su notificación al interesado. Y añade que aquella resolución podrá ser impugnada por el interesado en el plazo y forma que indica, y que se considerará prorrogada la situación de IT durante el periodo de tiempo transcurrido entre la fecha del alta médica y aquella en la que la misma adquiera plenos efectos (probablemente en consideración a la brevedad del trámite impugnatorio). El desarrollo reglamentario de este procedimiento de disconformidad con el alta médica emitida por el INSS (o, en su caso, el ISM) se contiene en el art. 3 del RD 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal.

Pero lo establecido en el art. 170.2 de la LGSS y en el art. 3 del RD 1430/2009 es irrelevante para dar respuesta a la solución del caso, pues no se trata de un alta médica emitida por el INSS al agotarse el período de los primeros 365 días de IT, sino de la impugnación de un alta médica expedida por el INSS antes del cumplimiento de dicho plazo.

Así las cosas, se hace necesario acudir a lo dispuesto en el art. 5.1 del RD 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por IT en los primeros 365 días de su duración. Dicho precepto, en su redacción anterior a la reforma operada por el RD 1060/2022, de 27 de diciembre, dispone que los partes de alta médica en los procesos derivados de contingencias comunes podrán ser extendidos por los facultativos del servicio público de salud, así como por los inspectores médicos de dicho servicio, del INSS o, en su caso, del ISM, tras el reconocimiento del trabajador afectado. En lo que ahora interesa, también dispone ese precepto, en su párrafo tercero, que “El alta médica extinguirá el proceso de incapacidad temporal del trabajador con efectos del día siguiente al de su emisión, sin perjuicio de que el referido servicio público, en su caso, siga prestando al trabajador la asistencia sanitaria que considere conveniente. El alta médica determinará la obligación de que el trabajador se reincorpore a su puesto de trabajo el mismo día en que produzca sus efectos”.

Por su parte, el art. 7 del citado RD, en relación con los partes médicos y la expedición de altas médicas por el INSS, establecía -antes de su modificación por el art. 3 del RD 1060/2022- que el facultativo debía entregar dos copias del parte de alta al trabajador, uno de ellos con destino a la empresa, con obligación de entrega en las 24 horas siguientes^[2]. En su apartado 5 (apartado 4 tras la reforma operada por el RD 1060/2022), el mismo precepto dispone que, cuando de conformidad con la D.A. 52ª de la LGSS 1994 (hoy recogida en el art. 170.1 y D.A. 1ª 4 LGSS 2015), el alta médica sea expedida por el inspector médico adscrito al INSS (o, en su caso, al ISM), se deberán trasladar los datos inmediatamente y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente al de su expedición, al servicio público de salud para su conocimiento y entregará copia a la persona trabajadora, para su conocimiento, expresándole la obligación de incorporarse al trabajo el día siguiente al de su expedición.

VI. Doctrina básica

La impugnación del alta médica en un proceso de IT produce efectos disímiles, dependiendo de la modalidad de impugnación formulada y del momento en que dicha discrepancia de plantea.

Tratándose de un alta médica expedida en un proceso de IT que no ha completado los 365 días de duración, supuesto al que se refieren el art. 170.1 LGSS y el art. 5 del RD 625/2014, con el alta se extingue el proceso de IT, sin que la impugnación del alta médica suspenda sus efectos y determine la prórroga de la situación de IT durante el trámite de reclamación previa, con suspensión del contrato de trabajo. En estas circunstancias, el trabajador debe reincorporarse al trabajo dentro del primer día hábil siguiente a la fecha de expedición del alta. De no hacerlo así, las ausencias al trabajo se consideran injustificadas y la empresa puede proceder a su despido disciplinario ex art. 54.2 a) del ET (o, alternativamente, tramitar su baja en Seguridad Social por desistimiento), posibilidad no enervada por la mera comunicación a la empresa de la impugnación del alta médica.

VII. Parte dispositiva

La sentencia objeto de comentario estima el recurso promovido por la empresa, casa la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, declara:

“(…) procede entender que el indicio de vulneración de la garantía de indemnidad ha quedado desvirtuado al existir causa legal para adoptar la medida disciplinaria que tomó la parte aquí recurrente, al haber incurrido el demandante en faltas de repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo, ex art. 54.2 a) del ET, al no haberse

reincorporado al puesto de trabajo, tras haber sido expedida alta médica el 6 de julio de 2019, hasta el día 21 del citado mes. Y el hecho de que el despido se haya adoptado tras haberse incorporado tardíamente no priva al empleador de activarlo en el momento en el que lo hizo, siempre y cuando no estuviera prescrita la conducta imputada. Como tampoco es relevante el que se haya comunicado al empresario la razón por la que no se reincorporaba al trabajo que era más técnica y de interpretación de la normativa, sobre la que las partes discrepaban, que de otra razón que, vinculada a su estado de salud, pusiera de manifiesto, por los medios de prueba que podía valerse, de que presentaba dolencias que le impedían trabajar, lo que, además, no solo no consta en el relato fáctico sino que, por el contrario, se revela que el alta médica fue ajustada a derecho (hecho probado quinto).”

VIII. Pasajes decisivos

Una vez concretado el marco normativo aplicable para la solución de la controversia, los argumentos nodulares de la doctrina que va a fijar la Sala Cuarta se plasman en el fundamento de derecho segundo de la sentencia. Son los siguientes:

- “A la vista del régimen jurídico anterior, resulta que los procesos de IT de los primeros 365 días tiene un claro y distinto tratamiento en relación con los que se alargan más allá de ese tiempo y que son a los que se refiere el régimen de impugnación en vía administrativa ante la inspección médica del servicio de salud contemplado en el art. 170.2 de la LGSS.”

- “Por tanto, como se infiere de dicho régimen, el alta médica emitida por el facultativo extingue el proceso de IT por contingencia común y determina la obligación del trabajador de hacerlo llegar a la empresa para que por ésta se cumpla la obligación de dar cumplimiento a los datos que le correspondan ya que, de no presentarlo en el plazo establecido, la empleadora podrá incurrir en infracciones administrativas, a lo que se añade la obligación del trabajador de reincorporarse al puesto de trabajo. Y lo mismo acontece con la expedida por el inspector medico adscrito al INSS que, al entregar al trabajador las copias, deberá expresarle la obligación de incorporarse al trabajo el día siguiente al de la expedición.”

- “Lo que expone la sentencia recurrida para justificar que la situación de IT se ha prorrogado por el solo hecho de haberse impugnado el alta médica, no es un régimen que afecta al supuesto de autos en el que, reiteramos, estamos ante una IT que no ha llegado a los 365 días de duración, del art. 170.1 de la LGSS, en relación con lo dispuesto en el RD 625/2014.”

- “Ello, además, se corresponde con el mandato que contiene el art. 71 de la LRJS, en su apartado 1 y 2 en el que se distinguen los procesos de impugnación de altas medidas emitidas tras agotarse 365 de prestación de IT, que están exentas de la reclamación previa -precisamente porque ya ha tenido un proceso administrativo, el del art. 170.2 de la LGSS- del resto de altas médicas que sí precisarán de una reclamación previa administrativa, justamente por no tener un expediente administrativo específico, como el caso de las emitidas antes de agotarse dicho plazo de 365 días (así además, se obtiene de lo que refiere el hecho probado quinto cuando dice que al demandante le fue desestimada la reclamación previa). Tanto unas como otras se remiten en lo que al proceso judicial se refiere al art. 140 de la LRJS, tal y como dispone el art. 170.5 de la LGSS.”

- “En definitiva, el trabajador al que se le ha expedido alta médica antes de agotarse 365 días de prestaciones de IT, está obligado a reincorporarse al puesto de trabajo, aunque dicha alta médica haya sido objeto de reclamación previa.”

IX. Comentario

El error en que incurre el TSJ vasco (cuya sentencia se recurre) al interpretar que la impugnación del alta médica expedida en un proceso de IT, antes de agotarse los primeros 365 días, exoneraba al trabajador de su obligación de reincorporarse al

trabajo, es palmario toda vez que la regulación, legal y reglamentaria, de los procesos de IT y sus vicisitudes no soportan tal conclusión.

Cabe recordar aquí, brevemente, las distintas posibilidades de impugnación del alta médica en procesos de IT, sus dispares efectos sobre la relación laboral y la conducta que debe adoptar el trabajador:

- En caso de alta médica emitida por el servicio público de salud o el INSS antes de cumplirse los 365 días de IT, la impugnación del alta se somete al procedimiento ordinario regulado en los arts. 71 y 140.3 de la LRJS. A tal efecto, se presentará reclamación administrativa previa ante el INSS en el plazo de once días hábiles a contar desde la fecha de efectos del alta. El INSS dispone de siete días para contestar. Contra la resolución denegatoria del INSS, expresa o tácita, se podrá interponer demanda ante el Juzgado de lo social en el plazo de veinte días. Esto es lo que ocurrió en el caso examinado por la STS 276/2023. Durante todo este procedimiento, no está previsto por la ley que queden suspendidos los efectos del alta, de modo que el trabajador viene obligado a reincorporarse al trabajo, exponiéndose a la rescisión disciplinaria de su contrato en caso contrario.
- Al agotarse los primeros 365 días de baja, la incapacidad temporal la gestiona íntegramente el INSS, siendo este organismo -o, en su caso, el ISM- el único responsable de mantener la baja o extender el alta. Si justo al cumplirse un año de baja (no antes ni después) la entidad gestora decide emitir el alta, el trabajador podrá plantear un procedimiento de disconformidad ante la inspección médica del servicio público de salud. Dicho procedimiento se regula en el art. 170.2 de la LGSS y en el art. 3 del RD 1430/2009. Durante el periodo de tiempo transcurrido entre la fecha del alta médica y aquella en que la misma adquiera plenos efectos, se considerará prorrogada la situación de IT, devengándose el correspondiente subsidio, y el trabajador no estará obligado a reincorporarse al trabajo. Si una vez finalizada la impugnación, el INSS decide confirmar el alta por él expedida, el interesado podrá presentar una demanda en el plazo de 20 días hábiles desde la fecha de la confirmación, sin necesidad de reclamación administrativa previa dado que el procedimiento de disconformidad ya es un procedimiento administrativo (arts. 71 y 140.1 LRJS), pero la situación de IT ya no está prorrogada y el trabajador deberá reincorporarse al trabajo dentro del día siguiente a la fecha de confirmación del alta médica. De no plantearse la disconformidad en el exiguo plazo que establece la norma (cuatro días), el trabajador tendrá que acudir al procedimiento ordinario (reclamación previa en 11 días hábiles/demanda en plazo de 20 días hábiles).
- Otro supuesto de impugnación de altas médicas es el procedimiento administrativo de revisión de las altas médicas emitidas por las Mutuas en procesos de IT derivados de contingencia profesional, lógicamente antes del agotamiento de los 365 días. Dicho procedimiento se regula en el art. 4 del RD 1439/2009. Este procedimiento, que se puede plantear en el plazo de diez días hábiles siguientes a la notificación, se gestiona ante el INSS. Durante su tramitación se prorroga la situación de IT por contingencias profesionales, manteniéndose, por tanto, el abono de la prestación en la modalidad de pago delegado. Pero a diferencia del procedimiento de disconformidad, de revalidarse por el INSS el alta expedida inicialmente por la Mutua, estas prestaciones económicas se reputarán indebidas y habrán de ser devueltas. La resolución del INSS confirmando el alta de la Mutua puede ser impugnada judicialmente por el interesado en el plazo de

veinte días hábiles. El proceso judicial de impugnación del alta médica se regula en el art. 140 de la LRJS. La Ley no declara excluido este proceso del requisito de reclamación administrativa previa (la exclusión solo se refiere al procedimiento del art. 140. 2 y 3 LGSS), pero la entidad gestora admite que las resoluciones emitidas por el INSS en el ejercicio de las competencias establecidas en el art. 4 del RD 1430/2009 podrán considerarse dictadas con los efectos atribuidos a la resolución de una reclamación previa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 71.3 de la LRJS, lo que se habrá constar en la resolución que se dicte.

- En cuanto a la impugnación del alta médica expedida por el INSS (en su caso, el ISM) una vez superados los 365 días de IT, la misma tiene que seguir el cauce del procedimiento ordinario (RAP/demanda), sin que dicha impugnación suspenda los efectos del alta, de modo que el trabajador debe reincorporarse al trabajo.

X. Apunte final

El alta médica expedida por la entidad gestora, el servicio público de salud o la mutua, al extinguir la situación de IT, priva en principio de justificación a la incomparecencia al trabajo de la misma forma que la baja había otorgado inicialmente cobertura a las inasistencias. Con la salvedad de los procedimientos especiales de disconformidad y el administrativo de revisión del alta médica emitida por las mutuas, los restantes supuestos de impugnación del alta médica por curación o incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el INSS en procesos de IT, expedida antes de agotados los primeros 365 días o una vez superado este plazo, no provocan la prolongación de los efectos de la situación de IT (suspensión del contrato de trabajo, abono del subsidio), de modo que el trabajador debe reincorporarse al puesto de trabajo una vez que el alta surte efectos. La sola comunicación a la empresa de la impugnación formulada contra el alta no le exime de su deber de trabajar.

Si el trabajador quiere ponerse al abrigo de un eventual despido disciplinario por faltas injustificadas de asistencia al trabajo, o de que la empresa interprete la existencia de un abandono, tiene varias opciones:

- Reincorporarse al trabajo y, acto seguido, solicitar y obtener una nueva baja médica por misma causa o similar.
- Llegar a un acuerdo con la empresa para disfrutar las vacaciones mientras se tramita la impugnación o adaptar el puesto de trabajo para que sea compatible con las lesiones^[3].
- Llegar a acuerdo expreso con la empresa para suspender el contrato de trabajo durante el período de impugnación del alta médica, en vía administrativa y judicial, con interrupción de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo [art. 45.1 a) y 2 ET].
- De manera excepcional, si el trabajador, además de comunicar diligentemente a la empresa la impugnación del alta médica, acredita a través de informes médicos la subsistencia de una situación de incapacidad temporal para el trabajo, la jurisprudencia ha entendido que se mantiene la suspensión del contrato durante la impugnación del alta médica (o de la resolución que deniega la incapacidad permanente), de modo que no podría ser despedido lícitamente hasta que se resuelva dicha impugnación^[4]. No es esto lo acontecido en el caso de la sentencia que se comenta, donde el trabajador se limitó a comunicar a la empresa su discrepancia con el alta y que, a su criterio, durante la impugnación no estaba obligado a trabajar, pero sin aportar prueba médica alguna de la persistencia de su situación incapacitante.

Referencias:

1. *^ A partir del 17 de mayo de 2023, el agotamiento del plazo de 365 días sin emisión de alta médica supondrá el pase automático a la prórroga de IT, sin necesidad de declaración expresa, con lo que se simplifica y clarifica la gestión. Si no hubiera prórroga, se mantiene como hasta el momento el procedimiento de disconformidad cuando el alta médica por curación, mejoría o incomparecencia al reconocimiento médico se emite al agotarse los 365 días.*
2. *^ A partir del 1 de abril de 2023, las personas trabajadoras dejan de estar obligadas a presentar en su empresa los partes médicos de baja, confirmación de la baja o alta, siendo tramitados por vía telemática entre las Administraciones/entidades implicadas y la empresa.*
3. *^ En este sentido, el art. 25.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales obliga a la empresa a garantizar la protección de los trabajadores y, por tanto, en ocasiones será necesario realizar un examen médico previamente a la reincorporación, y para el caso de que del trabajador sea declarado «no apto» o «apto con limitaciones» la empresa tendrá que adaptar el puesto de trabajo o, en última instancia, podría acudir a un despido objetivo por ineptitud sobrevenida, ex. art. 52.a) ET.*
4. *^ STS/Soc., de 27 marzo 2013, rcud. 1291/2012.*

§ 49 Subrogación contractual vía convencional y posterior detección de la falta de titulación del trabajador requerida en el pliego de condiciones: despido procedente por ineptitud sobrevenida.

Inmaculada Ballester Pastor

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón.

Resumen: *El Tribunal Supremo reconoce, en este recurso de casación para la unificación de doctrina, que es procedente el despido que la empresa entrante lleva a cabo en la persona del trabajador que acaba de ser subrogado cumpliendo lo previsto en el convenio colectivo. La razón es que el trabajador carece de la titulación exigida en el pliego de condiciones de la contrata, aunque se acredita una experiencia de cinco años en el puesto con la empresa saliente.*

Palabras clave: *Despido. Ineptitud sobrevenida. Subrogación. Titulación. Capacitación.*

Abstract: *The Supreme Court recognizes, in this appeal for the unification of doctrine, that the dismissal that the incoming company carries out in the person of the worker who has just been subrogated is appropriate, complying with the provisions of the collective agreement. The reason is that the worker lacks the qualifications required in the specifications of the contract, although five years of experience in the position with the outgoing company is accredited.*

Keywords: *Dismissal. Sudden ineptitude. Subrogation. Degree. Training.*

I. Introducción

Se resuelve en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina la denuncia de un trabajador que, tras haber sido subrogado por la nueva empresa adjudicataria de la concesión administrativa para la prestación del servicio público de gestión integral de centros de acogida temporal a familias con menores y/o mujeres solas y migrantes en situación de vulnerabilidad o emergencia social, del que es titular el Ayuntamiento de Madrid, es, posteriormente, despedido por "ineptitud sobrevenida".

Al tiempo de la subrogación la empresa saliente no facilita a la entrante la titulación de los trabajadores subrogados, sino tan solo su listado y sus nóminas. Una vez operada la subrogación, la empresa comprueba que el trabajador demandante, que según los hechos probados ocupa el puesto de trabajo de Gobernante/Técnico de integración social, no está en posesión de la titulación profesional de técnico de integración social, auxiliar de servicios sociales o similar, exigida para desempeñar esas funciones. En tal circunstancia, la empresa entrante formula una consulta al Ayuntamiento de Madrid sobre la posibilidad de mantener al trabajador en el desempeño de las tareas, teniendo en cuenta que éste acredita una experiencia de

cinco años y pese a que no dispone de la titulación necesaria. El Ayuntamiento rechaza esa posibilidad, remitiéndose a las condiciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas y técnicas de la contrata, en el que se exige que el trabajador haya de ostentar aquella titulación profesional.

El Alto Tribunal concluye que no aparece fraude y que se ha cumplido lo previsto en el art. 13º del convenio colectivo aplicable, que obliga a la subrogación de los trabajadores, aunque tras la subrogación -operada válidamente por la empresa entrante- se haya despedido "por ineptitud sobrevenida" al recurrente. El trabajador no tiene la titulación requerida, y de ello se da cuenta la empresa entrante después, por lo tanto, sí sería aplicable el art. 52.a) ET, lo que implica que el despido debe ser declarado procedente.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 306/2023, de 25 de abril.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ núm. 1931/2022.

ECLI: ES:TS:2023:1827

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

José Manuel es trabajador indefinido en GRUPO 5 ACCIÓN Y GESTIÓN SOCIAL, empresa dedicada a la actividad económica de prestación de todo tipo de servicios sociales, educativos, sociosanitarios, socioeducativos y/o psicosociales desde el 1 de enero de 2021, con antigüedad reconocida por subrogación desde el 3 de diciembre de 2015, ocupando el puesto de Gobernante/Técnico de Integración social. José Manuel había prestado servicios previamente en el albergue municipal "Mejía Lequerica", para la Comisión Española de Ayuda al Refugiado.

De acuerdo con el pliego de condiciones suscrito entre GRUPO 5 ACCIÓN Y GESTIÓN SOCIAL y el Ayuntamiento de Madrid, el servicio objeto de la contratación requiere una plantilla de 24 trabajadores y la plantilla subrogada consta de 20 trabajadores, de los cuales dos se niegan a ser subrogados y, de dichos puestos, siete son de técnicos de integración social. Según el pliego de prescripciones técnicas de la contrata, el puesto de técnico de integración social/auxiliar de servicios sociales exige titulación de técnicos de integración social, auxiliar de servicios sociales o similar, con experiencia en el desarrollo de funciones similares. No obstante, al tiempo de producirse la subrogación de trabajadores no se facilita a GRUPO 5 ACCIÓN Y GESTIÓN SOCIAL la titulación de los trabajadores subrogados sino, únicamente, la lista de trabajadores y una nómina.

GRUPO 5 ACCIÓN Y GESTIÓN SOCIAL asume la plantilla por subrogación y posteriormente se percata de que José Manuel y otro trabajador no están en posesión de la titulación requerida para desempeñar el puesto de técnico de integración social, aunque sí acreditan ambos una experiencia de cinco años; la empresa consulta entonces al Ayuntamiento de Madrid sobre la posibilidad de mantener a José Manuel en el desempeño de tales funciones, pero el Ayuntamiento de Madrid lo rechaza al ser dicha titulación una exigencia contenida en el pliego de cláusulas administrativas y técnicas de la contratación.

Es entonces cuando la empresa GRUPO 5 ACCIÓN Y GESTIÓN SOCIAL comunica a José Manuel la extinción de su contrato, un despido objetivo basado en la

ineptitud sobrevenida que afecta a su capacitación profesional para desarrollar tal puesto de trabajo, debido a la falta de titulación para su desempeño, ex. art. 52.a) ET. José Manuel percibe mediante transferencia la liquidación que incluye el preaviso y la indemnización, calculada en la suma de 4.871,51 euros. Junto a José Manuel la empresa despide a otros nueve trabajadores mediante despidos objetivos por ineptitud sobrevenida y/o por causas organizativas y, tras interponerse las correspondientes demandas, algunos de estos despidos se declaran improcedentes y otros procedentes^[1].

José Manuel demanda a GRUPO 5 ACCIÓN Y GESTIÓN SOCIAL por despido y la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid, de 21 de junio de 2021, desestima la demanda y declara la procedencia del despido, con absolución de le empresa demandada. Dicha Sentencia es posteriormente recurrida ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y la Sentencia nº 883/2021, de 21 de diciembre^[2], estima el recurso de suplicación, revoca la Sentencia recurrida y declara la improcedencia del despido.

Entiende el Tribunal que no existe ineptitud sobrevenida alguna porque el trabajador no ha perdido la capacidad necesaria para el desempeño de su puesto de trabajo dado que dicho puesto se ha detentado, desde hace cinco años, en las mismas circunstancias ahora exigidas y porque no puede afectar a la relación laboral las condiciones establecidas en los pliegos administrativos que no están contempladas en el convenio colectivo de aplicación que regula la sucesión empresarial.

IV. Posición de las partes

La empresa denuncia la infracción del art. 52. Letra a) ET, para sostener que sí concurren los presupuestos legales que habilitan para la extinción de la relación laboral por ineptitud sobrevenida, tras operar una subrogación de personal en el marco de una contrata con la Administración pública en la que el pliego de prescripciones técnicas exige una determinada titulación profesional a los trabajadores que anteriormente no requería.

El trabajador demandante, por su parte, alega en el escrito de impugnación que el convenio colectivo impone la obligación de subrogarse en la relación laboral en las mismas condiciones existentes con la anterior concesionaria del servicio, y ello no puede quedar alterado por lo que disponga el pliego de condiciones de la contrata.

El Ministerio Fiscal informa a favor de la estimación del recurso ya que sostiene que el pliego de prescripciones técnicas de la concesión administrativa exige que el trabajador disponga del título de técnico de integración social del que el demandante carece.

V. Normativa aplicable al caso

- Artículo 52º del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.

Extinción del contrato por causas objetivas. El contrato podrá extinguirse:

- *Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un periodo de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento.*
- Artículo 13º del Convenio colectivo estatal de acción e intervención social

SUBROGACIÓN .1. Principio general. Las partes firmantes del presente Convenio con el fin de dar cumplimiento a los principios de estabilidad y calidad del empleo de los trabajadores y trabajadoras del sector, acuerdan establecer un mecanismo de subrogación empresarial, por o para quien suceda y/o capte parte de la actividad de otra organización, en los supuestos y condiciones que se detallan a continuación...El cambio de titularidad en el contrato de prestación de servicios o fórmula jurídica

equivalente, suscrito entre las entidades y/o empresas afectadas por el presente Convenio y los destinatarios de dicho servicio o clientes comporta que la nueva entidad y/o empresa adjudicataria del servicio o continuadora de la actividad, se subrogue en los derechos y obligaciones que el anterior tenía con respecto a sus trabajadores y trabajadoras, y socios y socias trabajadores y trabajadoras cooperativistas.

VI. Doctrina básica

La empresa formaliza, entonces, el presente recurso de casación para unificación de doctrina, aportando como Sentencia contradictoria la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 29 de noviembre de 2021^[3]. El presente recurso se dirige a resolver si la nueva empresa adjudicataria de un servicio público puede extinguir la relación laboral por ineptitud sobrevenida al amparo del art. 52.a) ET, una vez que se ha subrogado en los trabajadores de la anterior concesionaria y constata que dichos trabajadores no disponen de la titulación requerida para el desempeño del puesto de trabajo, para lo que se indaga si esta situación se encuadraría dentro del concepto de la ineptitud sobrevenida que se contempla en el art. 52.a) ET. No obstante, antes de adentrarse en ello, se resuelve que sí aparece la contradicción entre la Sentencia recurrida y la presentada como contraste.

1. La existencia de contradicción entre los pronunciamientos

La Sala da una respuesta positiva a la existencia de contradicción dado que la Sentencia referencial trata de otra trabajadora de la misma empresa y del mismo centro de trabajo sobre la que opera idéntica subrogación empresarial tras la adjudicación a la recurrente de la concesión administrativa para la gestión del servicio, una trabajadora que, igualmente, carece también de la titulación expresada en el pliego de prescripciones técnicas. Ocurre asimismo que la empresa extingue el contrato de esta otra trabajadora por ineptitud sobrevenida; no obstante, a diferencia de la Sentencia recurrida, la Sentencia de contraste desestima la demanda por despido y declara el cese ajustado a derecho, al entender que concurren los presupuestos y condiciones jurídicas que permiten esa modalidad de extinción contractual. Se trata, por tanto, de situaciones fácticas absolutamente coincidentes, situaciones a las que se aplican doctrinas contradictorias que deben ser unificadas.

2. La noción de ineptitud sobrevenida incluye los supuestos de imposibilidad legal de desarrollo de un trabajo

El punto de partida, sostiene el Alto Tribunal, no puede ser otro que lo dispuesto en el art. 52.a) ET, precepto de donde debe destacarse un elemento de singular importancia que no es otro que el que se exija que la ineptitud haya de ser desconocida por la empresa en el momento de inicio de la relación laboral, o que ésta aparezca de forma sobrevenida con posterioridad al comienzo de la misma y a la finalización, en su caso, del período de prueba.

Seguidamente se alude a la doctrina judicial que ha venido interpretando a qué hace referencia la ineptitud sobrevenida que recoge el mentado precepto y se aboga claramente por una interpretación amplia.

Para ello, se trae a colación algunos pronunciamientos del Alto Tribunal, partiendo de la doctrina sentada en la STS 177/2022, de 23 de febrero^[4], Sentencia en la que se destaca que, dentro del concepto de ineptitud, cabe también la ausencia o la falta de una condición legal o requisito específico, como puede ser la pérdida de una autorización o de un título habilitante para el ejercicio de la actividad, como la privación del permiso de conducir cuando éste sea exigible conducir para el ejercicio del puesto de trabajo.

Y se recuerda, a continuación que, por lo que se refiere a la ineptitud sobrevenida derivada de la falta de una condición legal, requisito específico, autorización o título habilitante para el ejercicio de determinada actividad, son bastantes las Sentencias de la Sala IV que han tratado esta materia, admitiendo que la empresa sí puede acogerse

a esta modalidad de extinción de la relación laboral si el trabajador pierde o carece de las titulaciones o autorizaciones administrativas necesarias para el desempeño de la actividad. Esto es lo que se concluye, así, en la STS 642/2021, de 23 de junio^[5], en la que se sostiene que ésta es la causa de extinción del contrato de trabajo que debe arbitrarse en los casos del trabajador extranjero que pierde la autorización administrativa para trabajar y residir en España, en la medida en que esa circunstancia imposibilita la continuación del contrato de trabajo, sin que a la vez pueda negarse que se trata de un supuesto en el que la causa de la resolución es ajena a la empresa^[6].

A renglón seguido, se añade a lo anterior que dicha consolidada doctrina jurisprudencial en la materia es la que debe prevalecer frente al puntual y restrictivo criterio que, aisladamente, se expresa en la STS de 2 de mayo de 1990, pronunciamiento en el que se define la ineptitud sobrevenida como una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo, rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc., y en el que se concluye que no se incluyen dentro del concepto de ineptitud los supuestos de imposibilidad legal de desarrollo de un trabajo.

VII. Pasajes decisivos

A juicio de la Sala la empresa sí ha cumplido fielmente con la obligación de subrogación que le impone el Convenio Colectivo, integrando en su plantilla a los trabajadores destinados en el centro de trabajo a los que afecta el cambio de concesionario, asumiendo la relación laboral de todos ellos y consumando, de esta forma, la subrogación del convenio colectivo a la que se remite el pliego de condiciones administrativo.

El trabajador pretende que se declare la improcedencia del despido al entender que la empresa habría contravenido lo dispuesto en el convenio colectivo y habría obrado en fraude de ley por admitir formalmente la subrogación para despedir, posteriormente, al trabajador y vaciar, así, de contenido esa obligación. No obstante, sostiene el Alto Tribunal que no hay el menor indicio de ello porque la empresa sí intenta conseguir del Ayuntamiento la autorización para mantener al trabajador en su puesto de trabajo pese a no disponer de la titulación exigida para su desempeño, invocando para ello la constatada experiencia profesional adquirida en los cinco años de ejercicio de esa actividad, lo que le es expresamente denegado por la Administración al no admitir que esa trayectoria profesional pudiese suplir la carencia del título. Por tanto, la subrogación convencional opera, con todas sus consecuencias jurídicas, sin que la empresa ponga el menor reparo en la asunción de esa obligación.

Tampoco aparece un conflicto entre la obligación de subrogación del convenio colectivo y la ausencia de titulación profesional el trabajador.

La doctrina del Alto Tribunal acerca de la subrogación convencional^[7] exige a la empresa entrante de esa obligación cuando el trabajador carece de la autorización administrativa necesaria para el desempeño del puesto de trabajo, por tratarse de un requisito esencial que "afecta a la recta configuración de la relación jurídica contractual entre trabajador y empresario, por lo que a la adjudicataria entrante respecta, que no puede verse compelida a efectuar el servicio con trabajadores carentes de los requisitos legalmente exigidos para el desarrollo de la específica actividad, con independencia de que conste que ya posee en su plantilla personal afectado por la misma irregularidad, circunstancia que no puede servir para imponerle la perseverancia en un *modus operandi* carente de acomodo legal".

Pero en este caso la empresa sí ha subrogado pacíficamente en el trabajador que carece de la habilitación profesional necesaria, por lo que no cabe oponer tacha de legalidad alguna a su actuación, puesto que, efectivamente, sí incorpora a su plantilla a los trabajadores de la anterior concesionaria desde el momento mismo en el que se hace cargo de la concesión administrativa. Y es, una vez operada la sucesión, cuando el trabajador ya forma parte de la plantilla de la empresa, y cuando se conoce que éste

no dispone de la titulación profesional necesaria para el ejercicio de esa actividad, es cuando la empresa activa el despido por causas objetiva tras haber intentado infructuosamente conseguir la autorización del Ayuntamiento para mantener al trabajador en su puesto.

Dicho proceder evidencia la inexistencia de cualquier atisbo de fraude de ley y acredita que la empresa ignora la falta de titulación en el momento de la subrogación, porque el art. 13.1 del Convenio Colectivo, al enumerar el listado de documentación que la concesionaria saliente ha de facilitar a la entrante, no le impone la obligación de entregar la relativa a la titulación profesional de cada uno de los trabajadores.

La ineptitud no es, por lo tanto, conocida en el momento de iniciarse la relación laboral entre las partes. Además de que, como puede desprenderse del contenido de la sentencia recurrida y de la referencial, se trata de una circunstancia sobrevenida, porque esa titulación profesional no era anteriormente exigida cuando la empresa saliente ostentaba la concesión del servicio. Se cumplen, por tanto, los requisitos del art. 52 letra a) ET para activar esa clase de extinción de la relación laboral.

Finalmente, acerca de si concurre la causa de ineptitud derivada de la falta de la titulación profesional exigida para el desempeño de las funciones correspondientes al puesto de trabajo, el trabajador alega que no concurre la ineptitud porque lleva cinco años realizando esas funciones con total normalidad sin que se haya producido merma alguna de sus habilidades para el adecuado desarrollo de la actividad, acogiéndose al concepto restrictivo de ineptitud que expresa la STS de 2 de mayo de 1990.

Es decir, no discute el demandante la validez y eficacia de esa exigencia legal de titulación, sino que pretende que prevalezca su acreditada experiencia de cinco años en el desarrollo del trabajo como prueba de que reúne las capacidades y conocimientos profesionales necesarios para el desempeño del puesto de trabajo.

Superada esa concepción en los términos expuestos, no se trata de que el trabajador haya sufrido una disminución de su capacidad laboral que le haga perder la aptitud para el desempeño del puesto de trabajo, sino de que ahora rige la exigencia de una titulación profesional de la que carece, desconocida por la empresa y que anteriormente era inexistente.

VIII. Parte dispositiva

Conforme a lo razonado y de acuerdo con el Ministerio Fiscal, debemos estimar el recurso, casar y anular la sentencia recurrida, y resolver el debate de suplicación en el sentido de desestimar el recurso de igual clase formulado por el demandante, para confirmar en sus términos la sentencia de instancia y declarar su firmeza.

IX. Comentario

José Manuel ha prestado servicios en el albergue municipal “Mejía Lejerica” para la Comisión Española de Ayuda al Refugiado durante cinco años; después de ello, cuando el Ayuntamiento de Madrid otorga la concesión de la prestación de este servicio a otra empresa -GRUPO 5 ACCIÓN Y GESTIÓN SOCIAL- ésta queda obligada a subrogar al personal que estaba prestando servicios en dicho albergue municipal, en cumplimiento de lo previsto en el art. 13º del Convenio colectivo estatal de acción e intervención social, una subrogación que, efectivamente, se lleva a cabo en los términos establecidos en dicho precepto convencional. La demanda del trabajador se presenta al entender que la empresa, al despedirle tras la subrogación, habría dejado sin efectos ésta, lo que supondría un fraude de ley pues al obedecer al pliego de condiciones de la contrata se estaría actuando en contra de lo previsto en el convenio colectivo; no obstante, el Alto Tribunal resuelve que la actuación de la empresa relacionada con dicha subrogación es correcta. Y realmente la subrogación - que viene directamente exigida por el art. 13º del CC estatal de acción e intervención social- ha operado, en esta ocasión, con todas sus consecuencias jurídicas, por lo que, a ese respecto, ningún reparo podría hacerse a la actuación de la mercantil.

Es, no obstante, después, cuando sí podría haberse puesto reparos a la actuación de la empresa porque, dado que el concepto de ineptitud sobrevenida -y no conocida previamente a la contratación- va más allá de la pérdida de las capacidades personales -físicas o psíquicas- del trabajador y alcanzaría hasta los supuestos de imposibilidad legal de desarrollo de un trabajo, podría no quedar suficientemente claro si, en este peculiar supuesto, el puesto de trabajo que está siendo ocupado por el trabajador debiera, o no, exigir la titulación a la, según la empresa, se refiere el pliego de condiciones.

El Alto Tribunal parece referirse a ello cuando señala que:

“(…) no discute el demandante la validez y eficacia de esa exigencia legal de titulación, sino que pretende que prevalezca su acreditada experiencia de cinco años en el desarrollo del trabajo como prueba de que reúne las capacidades y conocimientos profesionales necesarios para el desempeño del puesto de trabajo.

Superada esa concepción en los términos que ya hemos expuesto, no se trata de que el trabajador haya sufrido una disminución de su capacidad laboral que le haga perder la aptitud para el desempeño del puesto de trabajo, sino de que ahora rige la exigencia de una titulación profesional de la que carece, desconocida por la empresa y que anteriormente era inexistente. “

Así, un tema que no se ha abordado sería, en este caso, si esa exigencia de titulación del pliego de condiciones de la contrata haría aparecer, o no, la “noción de ineptitud” a la que alude el art. 52.a) ET en el concreto puesto de trabajo que tiene el trabajador, algo que no parece quedar suficientemente claro, pero que, al no discutirse por el demandante, no es objeto de tratamiento tampoco por el Alto Tribunal.

A este respecto, la “imposibilidad legal” de prestar servicios por el trabajador y el poder acudir al art. 52.a) ET es bien clara cuando finaliza el permiso de trabajo de un trabajador extranjero^[8], o cuando se pierde un título habilitante o una autorización para el ejercicio de una actividad, como la privación del permiso de conducir, cuando sea exigible conducir para el desempeño del puesto de trabajo^[9], pues sin permiso de trabajo y permiso de conducir no se puede trabajar: en estos casos el trabajador no puede seguir trabajando por imposibilidad legal y la mercantil recurre al art. 52.a) ET^[10].

La empresa alega que la exigencia de la titulación es nueva, ahora, en el pliego de condiciones de la contrata, y, efectivamente, el pliego de condiciones de la contrata podría -para mejorar la prestación del servicio- introducir condiciones nuevas. Pero eso no significaría, aquí, siempre, que ese trabajador ya no pudiera seguir ocupando su mismo puesto de trabajo, por imposibilidad legal y/o convencional. Me explico.

Según los Hechos probados el trabajador ocupa el puesto de trabajo de gobernante-técnico de integración social y según el pliego de prescripciones técnicas de la contrata, el puesto de técnico de integración social/auxiliar de servicios sociales exige titulación de técnicos de integración social, auxiliar de servicios sociales o similar, con experiencia en el desarrollo de funciones similares. Pero, si acudimos a la clasificación profesional que aparece en el convenio colectivo estatal de acción e intervención social el puesto de trabajo que ocupa el actor (gobernante-técnico de integración social) no figura; tal convenio establece una clasificación profesional atendiendo a grupos profesionales, sin que conste cuál es el puesto que, de acuerdo con tal clasificación profesional, el trabajador tenía asignado; además, la categoría de gobernante-técnico de integración social no se corresponde tampoco con el puesto de técnico de integración social-auxiliar de servicios sociales, que es el puesto que, según el pliego administrativo, sí requiere la titulación de técnico de integración social; ello significaría que el puesto de gobernante, que es el que figura en el primer caso en el puesto del trabajador recurrente, no exigiría titulación alguna.

Y éste es, precisamente, el motivo por el cual la Sentencia del TSJ de Madrid aquí recurrida, la Sentencia nº 883/2021, de 21 de diciembre^[11] declara la improcedencia

del despido, no tanto porque el trabajador perdiera la capacidad ni la titulación o la habilitación necesaria que hubiera estado precisando -y, de hecho, este puesto lo había ocupado cinco años antes- sino porque la categoría o el puesto de trabajo ocupado por el trabajador no se correspondería con el puesto de técnico de integración social-auxiliar de servicios sociales, de acuerdo con la definición-descripción de los puestos de trabajo que se efectúa en el sistema de clasificación aplicable en el convenio colectivo de aplicación.

Sentado lo anterior, es muy diferente la naturaleza jurídica del pliego de condiciones de una contrata y del convenio colectivo, y el pliego de condiciones de una contrata no puede establecer, por sí mismo, la subrogación de trabajadores, pero sí puede remitirse -como ocurre en este caso- a la obligación de subrogación contenida en el art. 13º del convenio colectivo aplicable. La falta de información en el momento de la subrogación acerca de la titulación exigible -si hubiera sido un elemento nuevo, completamente determinante- hubiera podido eximir a la empresa entrante de la subrogación de los trabajadores de la plantilla; aunque, en este caso, hay que tener en cuenta que podría no existir una falta de titulación “incapacitante” que no se hubiera detectado previamente y que impediría al trabajador seguir en su puesto; si previamente el trabajador ya estaba en ese puesto y ello parecía estar acorde a lo dispuesto en el convenio colectivo y tampoco el puesto de trabajo coincide con el que teóricamente precisaría esa titulación, la cosa cambiaría.

Sentado lo anterior, lo cierto es que el pliego de condiciones de la contrata es un documento contractual que vincula a las partes y el Ayuntamiento podría establecer condiciones diferenciadas de la prestación de servicios y cambiar el objeto de la concesión y estas “nuevas” condiciones podrían influir en la propia subrogación del personal, por ejemplo, podría reducirse la contrata, y tener que prescindirse de personal que previamente sí estuviera contratado por cambiar las condiciones de prestación de la actividad.

En este conflicto la empresa alega -si se me permite, inocentemente- que desconocía la falta de titulación del trabajador que había subrogado en el momento de la contratación y que lo conoce posteriormente -y este desconocimiento aparece también tras la contratación de otros tantos trabajadores que igualmente se subrogan junto al trabajador demandante , y que después son despedidos también por ineptitud sobrevenida-, pero lo esencial viene a ser, aquí, si el pliego de condiciones de la contrata permitiría acudir a la existencia de ineptitud cuando no habría quedado delimitada ésta sobre el puesto de trabajo que el trabajador había estado ocupando.

Así las cosas, para la delimitación del concepto de “ineptitud sobrevenida” referida al un peculiar puesto de trabajo habríamos de tener en cuenta si ésta efectivamente se produce sobre el concreto puesto del trabajador, y hemos de tener en cuenta que la empresa en ocasiones podría estar facultada a cambiar de puesto de trabajo a ese trabajador, de forma que, así, podría seguir en la empresa tras ser subrogado; es decir, antes de aplicar la “ineptitud sobrevenida” por falta de titulación debieran explorarse las posibilidades de cambio de puesto de trabajo -incluso dentro del mismo grupo profesional- puesto que, de existir éstas, debiera descartarse la aplicación a estos casos de la “ineptitud sobrevenida”.

X. Apunte final

El trabajador podría haber denunciado a la empresa, no por concurrir un fraude de ley al haber sido subrogado y despedido, poco después, incumpliendo la empresa la obligación convencional a la que se remite el propio pliego de condiciones alude, sino por entender que su concreto puesto de trabajo o su actividad podría no requerir ese título habilitante al que alude el pliego porque podría no existir correspondencia entre el puesto de trabajo del actor con la definición de los grupos profesionales del convenio colectivo. Por tanto, no podemos perder de vista para la resolución de este tipo de conflictos que la “ineptitud” si tiene que ver con el desempeño de un determinado puesto podría no asimilarse a la ineptitud “legal” para el desempeño de una determinada actividad, vedada por el tenor de la propia ley.

Lo anterior no obliga, tampoco, a negar que el pliego de condiciones de una contrata pueda establecer cambios de calado en la prestación de un servicio interfiriendo en la subrogación de los trabajadores en la empresa entrante, por ejemplo, si la actividad que se presta cambia y ahora se dirige a otro tipo de colectivo y/o se requiere otro personal, de forma que ello exige una reducción de la contrata impuesta por el pliego^[12], dado que este contrato vincularía sólo a la Administración y al adjudicatario, pues el pliego tiene naturaleza contractual; en cualquier caso, ello tendría que dirimirse antes de la subrogación, eximiendo a la concesionaria entrante de la contratación de los trabajadores que no se precisaran o que no tuvieran las titulaciones requeridas. Por lo demás, la doctrina ya comienza a dudar de la necesidad de que sigan apareciendo estas cláusulas de subrogación obligatoria, vía convencional, cuando el instrumento de contratación de las empresas contratistas ha dejado de ser el contrato para obra o servicio determinado^[13].

Referencias:

1. ^ Señala textualmente el Hecho probado 7º que: (...) Además del actor, han sido despedidos por la empresa los siguientes trabajadores adscritos al servicio en el albergue municipal "Mejía Lequerica": 1.- D. Juan Alberto, con categoría de limpiador-conserje-ordenanza, despido objetivo por ineptitud sobrevenida (falta de titulación de vigilante de seguridad). 2.- D. Pedro Antonio, con categoría de limpiador-conserje-ordenanza, despido objetivo por ineptitud sobrevenida (falta de titulación de vigilante de seguridad). 3.- D. Pablo Jesús, con categoría de limpiador-conserje-ordenanza, despido objetivo por ineptitud sobrevenida (falta de titulación de vigilante de seguridad). Por sentencia del Juzgado de lo Social nº 41 de los de Madrid, autos 197/21, de fecha 17 de mayo de 2021, se estima la demanda con declaración de la improcedencia de los despidos de estos tres trabajadores. 4.- D. Alejandro, con categoría de limpiador, despido objetivo por razones organizativas debido al sobredimensionamiento de la plantilla al exigir el pliego de condiciones técnicas la contratación del servicio de limpieza y desinfección a una empresa de inserción. 5.- Dña. Valentina, con categoría de limpiadora, despido objetivo por razones organizativas debido al sobredimensionamiento de la plantilla al exigir el pliego de condiciones técnicas la contratación del servicio de limpieza y desinfección a una empresa de inserción. 6.- Dña. Zulima, con categoría de limpiadora, despido objetivo por razones organizativas debido al sobredimensionamiento de la plantilla al exigir el pliego de condiciones técnicas la contratación del servicio de limpieza y desinfección a una empresa de inserción. Por sentencia del Juzgado de lo Social nº 40 de Refuerzo de Madrid, autos 180/21, de fecha 27 de mayo de 2021, se estima la demanda, con declaración de la improcedencia de los despidos de estos tres trabajadores. 7.- Dña. María Milagros, con funciones de Gobernanta/Técnico de Integración Social, despido objetivo por ineptitud sobrevenida (falta de titulación de técnico de integración social). Por sentencia del Juzgado de lo Social nº 14 de los de Madrid, de fecha 9 de junio de 2021, autos 363/21, se desestima la demanda con declaración de la procedencia del despido. 8.- Dña. María Purificación, con funciones de Gobernanta/Técnico de Integración Social, despido objetivo por causas organizativas. 9.- Dña. Agueda ., con funciones de Gobernanta/Técnico de Integración Social, despido objetivo por causas organizativas. Estas dos

últimas trabajadoras interpusieron demanda de despido que fue turnada al Juzgado de lo Social nº 22, de los de Madrid, autos 192/21, sin que conste recaída sentencia en el momento actual.

2. ^ Nº rec. 756/2021, ECLI:ES:TSJM:2021:15394.
3. ^ Nº de res. 770/2021, nº rec. 548/2021, ECLI:ES:TSJM:2021:13825.
4. ^ Nº rec. 3259/2020.
5. ^ Nº rec. 3444/2018.
6. ^ El propio Tribunal alude, igualmente, a las Sentencias a las que se acudía para apoyar esa conclusión, señalándose que: (...) En ella recordamos que "esta es la solución que la Sala ha dado a supuestos similares, así, entre otras: la falta de la correspondiente autorización administrativa para ser Oficial de la Marina Mercante (STS de 29 de diciembre de 1988); la falta de titulación necesaria para seguir dando clases que constituían el objeto de su contrato (STS de 29 de marzo de 1984), la pérdida del permiso de conducir cuando éste era inherente al objeto del contrato de trabajo (STS de 27 de octubre de 1983) y ello porque la ineptitud se reconduce a una genérica falta de aptitud o de conocimientos para el trabajo pactado, incluida la carencia de titulación o autorización exigida para la realización del trabajo (...).
7. ^ Expresada, entre otras, en las SSTs de 28 de septiembre de 2011, nº rec. 4376/2010; de 2 de julio de 2012, nº rec. 2626/2011; y de 25 de febrero de 2014, nº rec. 4374/2011.
8. ^ STS (Sala de lo Social) de 23 de junio de 2021, Sentencia nº 642/2021, ECLI:ES:TS:2021:2457.
9. ^ STS (Social) nº 177/2022, de 23 de febrero, ECLI:ES:TS:2022:1015.
10. ^ No debe la empresa entrante subrogar en la relación laboral a los trabajadores que no poseen la titulación habilitante de vigilante de seguridad, puesto que esta habilitación administrativa se exige para prestar la actividad. STS (Social) de 28 de septiembre de 2011, ECLI:ES:TS:2011:6370.
11. ^ Nº rec. 756/2021, ECLI:ES:TSJM:2021:15394.
12. ^ Vid. BELTRÁN DE HEREDIA, I., Descentralización productiva y negociación colectiva devaluadora de condiciones de trabajo: crítica al nuevo art. 42.6º ET como medida correctora, Revista internacional y comparada de Relaciones laborales y derecho del empleo, volumen 11, número 1, enero-marzo 2023, p. 533.
13. ^ CASTRO ARGUELLES. M.A., Subcontratación laboral: nuevas reglas y cabos sueltos en el Real Decreto Ley 32/2021, Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum, nº 4, 2022.

§ 50 Efecto del desistimiento de solicitud de pensión de jubilación tras ser notificado reconocimiento del INSS.

Óscar López Bermejo

Magistrado de la jurisdicción social (TSJ de Andalucía).

Resumen: *Trabajador solicita pensión de jubilación ante la entidad gestora, que dicta resolución reconociendo esta prestación con los términos correspondientes a las cotizaciones y base reguladora del interesado. Inmediatamente después de su notificación, el beneficiario solicita se deje sin efecto la prestación de jubilación reconocida para poder instarla más adelante, en un momento que le pueda resultar más favorable al aumentar su período de cotización, lo que no es admitido por el INSS al entender que se trata de un derecho reconocido e irrenunciable en aplicación del art. 3 LGSS. La sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Alicante estima la demanda del actor, posteriormente revocada en suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia -en adelante TSJV- al entender que la pensión ya estaba reconocida y no cabe su renuncia. La sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo -en adelante TS-, tras razonar que no se está ante una renuncia de derecho sino ante un desistimiento de la solicitud de pensión de jubilación, estima el recurso de casación para unificación de doctrina, dejando sin efecto la resolución del INSS que reconoció al demandante la pensión de jubilación, debiendo éste devolver todo lo percibido por dicho concepto.*

Palabras clave: *Pensión de jubilación. Desistimiento de la solicitud tras notificación reconociendo derecho. No entra en juego irrenunciabilidad.*

Abstract: *Worker applies for a retirement pension before the managing body, which issues a resolution recognizing this benefit with the terms corresponding to contributions and regulatory base of the interested party. Immediately after notification, the beneficiary requests the waiver of the recognised retirement benefit in order to be able to apply for it at a time which may be more favourable to him by increasing his contribution period, what is not admitted by the INSS in understanding that it is a recognized and inalienable right in application of art. 3 LGSS. The judgment of the Labour Court No 6 of Alicante upheld the plaintiff's application, which was subsequently annulled at the request of the Labour Chamber of the Superior Court of Justice of Valencia, TSJV, on the understanding that the pension was already recognised and that he could not resign. The judgment of Chamber IV of the Supreme Court, hereinafter TS, after reasoning that it is not a waiver of the right but a withdrawal of the application for a retirement pension, upholds the appeal for unification of doctrine, annulling the decision of the INSS granting the claimant a retirement pension and the claimant must repay all the pension received.*

Keywords: Retirement pension. Waiver of the application after notification recognising the right. Does not come into play the unrenounceability.

I. Introducción

La sentencia nº 320/2023 de la Sala IV del TS (Rec. 2860/2020), de fecha 26 de abril de 2023^[1], objeto de comentario, solventa qué tratamiento o calificación se puede otorgar a la manifestación de voluntad de una persona que inmediatamente después de ser notificado su reconocimiento solicita se deje sin efecto la prestación de jubilación con el fin de instalar en un futuro, cuando le pueda resultar más favorable al aumentar su período de cotización. Y ante esta cuestión se le plantea un cisma; por un lado, si estamos ante un derecho ya constituido, de manera que la declaración de voluntad del demandante no surte efecto pues no cabe renunciar a su derecho a la prestación por aplicación del art. 3 LGSS o, por otro lado, si estamos en una pantalla anterior y el actor sólo desiste de su solicitud, no entrando en juego la irrenunciabilidad de derecho y siendo, por tanto, reversible la situación. Nuestro alto Tribunal opta por la segunda opción.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Supremo

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 320/2023, de 26 de abril.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ núm. 2860/2020.

ECLI:ES:TS:2023:1800

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Antonio Blasco Pellicer.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Los hechos del caso litigioso

La parte demandante solicita en fecha 30.05.2018 pensión de jubilación, reconocida por el INSS mediante resolución de fecha 13.06.2018, con una base reguladora de 764,48 euros, porcentaje del 85.49% y efectos del 24.01.2018.

Contra la anterior resolución formula reclamación previa renunciando a la pensión de jubilación e interesando se deje sin efecto dicha solicitud, siendo denegada mediante resolución de fecha 09.08.2018.

2. El juicio en instancia

El beneficiario de la pensión interpone demanda para que se dejen sin efecto las resoluciones del INSS, devolviendo las cantidades por prestación de jubilación percibidas, y se le permita solicitar la pensión en un momento posterior que le sea más favorable.

La Sentencia del Juzgado de lo Social 6 de Alicante estimó la demanda formulada en los términos peticionados por el demandante. Tal sentencia fue recurrida en suplicación por el INSS.

3. Sentencia de suplicación

La sentencia de 7 de julio de 2020, (Rec. Suplicación 1464/2019)^[2], del Tribunal Superior de Justicia de Valencia estima el recurso de Suplicación interpuesto en

nombre del Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 6 de los de Alicante y, en consecuencia, revoca dicha sentencia y, desestimando la demanda, absuelve a la demandada de los pedimentos deducidos en su contra. Razona este TSJ que no es posible la renuncia a una pensión de jubilación una vez que ésta ha sido reconocida, ya que la única causa de extinción de la pensión de jubilación establecida en nuestro ordenamiento jurídico (además de la sanción de pérdida por causa de incompatibilidad), es, en consonancia con su carácter vitalicio, el fallecimiento del pensionista, sin que esté prevista legal o reglamentariamente la posibilidad de renuncia a la pensión de jubilación, que contravendría el principio de irrenunciabilidad de derechos del art. 3 LGSS.

IV. Posición de las partes

Aunque ya resulte evidente a estas alturas vislumbrar las posturas de los litigantes, de modo sintético, la parte actora basa su recurso de casación para la unificación de doctrina alegando que procede renunciar a la solicitud de la pensión de jubilación, puesto que no contradice art. 3 LGSS. El INSS se adhiere a la fundamentación del TSJ de Valencia.

En consecuencia, partiendo de lo anterior, el objeto de debate se centra en determinar si es posible dejar sin efecto, por voluntad del beneficiario una prestación de jubilación reconocida, inmediatamente después de su notificación, para poder solicitarla más adelante, en un momento posterior que le pueda resultar más favorable al aumentar su periodo de cotización.

V. Normativa aplicable al caso

Art. 3 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social -en adelante LGSS-: "Será nulo todo pacto, individual o colectivo, por el cual el trabajador renuncie a los derechos que le confiere la presente ley"^[3].

VI. Doctrina básica

La sentencia de la Sala de lo Social del TS reflexiona que no estamos ante una renuncia al derecho a la prestación de jubilación, lo que además se regula como prohibido por nuestro ordenamiento jurídico. Y, en cambio, su línea discursiva conduce a considerar que en casos como el del recurso se trata de una decisión unilateral del trabajador calificable de desistimiento de la solicitud de la jubilación, tras recibir la notificación de resolución por el INSS, no queriendo hacer efectivo el nacimiento de esta pensión y esperar a que mejore sus condiciones -carencia y cotización- para repetir su solicitud en el futuro.

VII. Parte dispositiva

La Sala Social del TS acuerda:

- 1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto el actor.
- 2.- Casar y revocar la sentencia dictada el 7 de julio de 2020 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de suplicación núm. 1464/2019 .
- 3.- Resolver el debate en suplicación desestimando el de tal clase y confirmar y declarar la firmeza de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Alicante, de fecha 22 de marzo de 2019, autos núm. 593/2018, que resolvió la demanda sobre jubilación interpuesta por la parte actora frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social.

VIII. Pasajes decisivos

1º La STS comienza analizando a qué tipo de pactos se refiere el art. 3 LGSS, si incluye a todos los negocios jurídicos -individuales o colectivos-, o quedaría excluida la renuncia abdicativa unilateral. Después continúa razonando que la renuncia es un negocio jurídico unilateral, y que el citado precepto regulador de la irrenunciabilidad previsto en la LGSS tiene como finalidad evitar que el beneficiario renuncie a los derechos que el propio sistema de Seguridad Social le confiere, y dentro de estos se debe incluir tal decisión incluso de origen unilateral.

2º Sentado lo anterior, la Sala IV no califica la petición de renuncia -según el término usado por el actor en su recurso- del trabajador como acto que permita despertar la eficacia del art. 3 LGSS, sino que con los datos fácticos puestos en liza emite como razonamiento cardinal el siguiente: "...no existe una declaración de voluntad en virtud de la cual el beneficiario de una prestación de jubilación presente o futura expulse de su patrimonio jurídico el derecho a percibir la prestación de jubilación a la que pudiera tener derecho. Lo que hay en los casos examinados es una decisión unilateral del trabajador por la que, vista la resolución de la entidad gestora, decide no hacer uso de la misma, en la medida en que desiste de la solicitud, pidiendo que se deje sin efecto y no disfrutar de las consecuencias de dicha decisión, para mantenerse en activo y volver a solicitar de nuevo, cuando lo estime más conveniente para sus intereses, la misma prestación de jubilación en otras circunstancias (de carencia y cotización) que puedan suponerle una prestación mayor".

En refuerzo de esta decisión, la Sala IV esgrime varias razones: que tal posibilidad ni tiene apoyo legal pero tampoco está prohibido; que no se trata de un acto ilegal; que no se puede entender como una renuncia a tal derecho, pues no cabe por ley; y tener en cuenta que la solicitud de jubilación no resulta obligatoria para quienes cumplan la edad ordinaria de jubilación.

IX. Comentario

- Siguiendo los dos puntos en que estructuramos el apartado anterior, destinado a "Pasajes decisivos", emitimos las siguientes anotaciones:

1º La Sala IV del TS analiza en un tono civilista dos posiciones doctrinales sobre el art. 3 de la LGSS, para terminar concretando que la expresión pactos individuales y colectivos, incluye la renuncia definible como aquel negocio jurídico individual por el que un sujeto manifiesta su intención de expulsar de su patrimonio un derecho del que ya goza o pudiera gozar en el futuro.

2º Y después de la anterior disertación, nuestro alto Tribunal no considera que en el caso tratado por el recurso se esté en esos términos de renuncia, sino ante un acto de disposición del interesado sobre la solicitud de prestación de jubilación que él mismo activo, instancia de la que desiste con el objetivo de esperar a que mejoren los factores con que se construyen tal pensión y así sea más beneficiosa.

- Argumentos que permiten defender la posición contraria:

Por lo tanto, la cuestión nuclear se asienta en la disyuntiva sobre en qué dimensión nos debemos colocar, si ante una renuncia de la pensión del art. 3 LGSS -con el efecto de irrenunciable en este caso-, o ante una situación de desistimiento de una solicitud de pensión de jubilación -criterio del Supremo-, escenario este último sin soporte normativo como destaca la propia Sala del TS.

Pues bien, hasta este momento hemos explicado las razones de la decisión de la Sala IV, por lo que ahora consideramos útil arrojar motivos favorables a la posición contraria, para lo que nos sostenemos en los siguientes elementos -uno fáctico, dos jurídicos y uno doctrinal-; así:

A) En los propios hechos probados -1º y 2º- de la sentencia de instancia, que se mantienen invariados, de los que concluimos como el actor solicitó pensión de

jubilación que le fue reconocida por el INSS mediante resolución de fecha 13.06.2018, con una base reguladora de 764,48 euros, porcentaje del 85.49% y efectos del 24.01.2018 y, finalmente que el solicitante formuló reclamación previa renunciando a la pensión de jubilación e interesando se deje sin efecto dicha solicitud, siendo denegada por la entidad gestora mediante resolución.

B) De los datos que la propia LGSS nos señala sobre la dinámica de la prestación, esto es, sobre nacimiento, duración y suspensión de la pensión de jubilación^[4]. Así, es notorio que nace a petición del interesado cuando reúne los requisitos legales y lo puede instar con tres meses de anticipación a la fecha del hecho causante, para que surtan efectos al momento del cese de trabajo -arts. 204 y 209 LGSS-. Una vez reconocida, se trata de una prestación vitalicia y su disfrute se verá afectado por las situaciones de suspensión o extinción previstas por ley. Causa de extinción natural será la muerte del beneficiario, como causas de suspensión pueden ser por concurrir incompatibilidades del art. 213 LGSS -mantener trabajo por cuenta ajena o propia- o por causa de sanción aplicando el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social -arts. 24 a 26 LISOS-^[5].

C) Art. 53.1 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que en su letra f) dispone como derechos del interesado en el procedimiento administrativo: "A obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar"^[6].

D) No podemos olvidar los importantes estudios doctrinales realizados sobre la teoría general del negocio jurídico, desarrollados por importantes autores derivados de la abstracción de preceptos particulares de nuestro Código Civil (en materia testamento, matrimonio, etc...), y que desembocaron en diferentes definiciones de esta institución. Así, Castán define al negocio jurídico como "el acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada, dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico y a las que el derecho objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento establece". Por su parte, Díez Picazo lo define como: "un acto de autonomía privada que reglamenta una determinada relación o una determinada situación jurídica. El efecto inmediato de todo negocio jurídico consiste en constituir, modificar o extinguir entre las partes una relación o una situación jurídica y establecer la regla de conducta o el precepto por el cual deben regirse los recíprocos derechos y obligaciones que en virtud de esta relación recaen sobre las partes."

Los anteriores cuatro elementos, una vez conjuntados, permiten la aparición de interrogantes que nos planteamos en los propios términos de derecho civil manejados por la Sala IV del TS. Esta incertidumbre se centra en si no estaba ya constituido el negocio jurídico bilateral -declaración de voluntad de petición del interesado y resolución de reconocimiento del derecho por el INSS- de reconocimiento de la prestación de jubilación y, por lo tanto, el posterior acto del interesado no dejaba de ser un negocio jurídico unilateral de disposición sobre un derecho patrimonial que en verdad sólo pende de su efectivo disfrute, esto es, si no se trata de un caso de irrenunciabilidad subsumible en el art. 3 LGSS. Así, a favor de esta conclusión tenemos: 1º Consta la petición de la prestación por el interesado y su reconocimiento por el INSS; 2º Consta la manifestación de renuncia del peticionario, que si bien no es determinante de la calificación jurídica, no obstante es un dato a tener en cuenta; 3º No estamos ante una mera consulta previa que al amparo del art. 53.1 Ley 39/2015 un presunto beneficiario puede hacer a la Seguridad Social sobre el derecho a obtener información y orientación acerca de los términos de la pensión, opción que el demandante tenía a su alcance y desechó.

Con estos datos, y a pesar de compartir el razonamiento contenido en la sentencia del TS, en este comentario hemos optado también por profundizar en el elemento en

§ 51 **Derecho a la tutela judicial efectiva por excesiva dilación en la fecha de fijación del juicio: los vaivenes del TC.**

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona

Resumen: *El artículo analiza una reciente sentencia del TC que considera vulnerado el derecho constitucional a la tutela judicial por parte de un Juzgado que fijó la fecha de celebración del acto de juicio dos años después de la presentación de la demanda. No obstante, no establece una medida concreta para la reparación del perjuicio causado, dejando al juzgador de instancia que decida como procede la aplicación del fallo.*

Palabras clave: *Tutela judicial. Juicio. Juzgado. Tribunal Constitucional. Recurso de amparo.*

Abstract: *The article analyses a recent ruling of the TC which considers the constitutional right to judicial protection to have been violated by a Social Court which fixed the date of the trial two years after the filing of the lawsuit. However, it does not establish a specific measure for the reparation of the damage caused, leaving it to the court of instance to decide how to apply the ruling.*

Keywords: *Judicial protection. Trial. Court. Constitutional Court. Amparo appeal.*

I. Introducción

El interés de la resolución judicial radica en las últimas líneas del fundamento de derecho tercero, en las que el TC manifiesta su diferencia con el fallo de la sentencia cuya argumentación jurídica ha seguido fielmente hasta entonces, la núm. 125/2022 de 10 de octubre, y a diferencia de aquella, concluye que, efectivamente se ha vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE)..., y nada más, mientras que en la sentencia anterior además de la declaración de la vulneración de tal derecho se declaró la nulidad del decreto en el que se fijaba la fecha de fijación del juicio y de las dos resoluciones que desestimaron los recursos de reposición y revisión formulados contra el mismo, así como también que por el JS que conoció del caso se procediera a “efectuar un nuevo señalamiento que resulte respetuoso con el derecho fundamental lesionado”.

Es decir, en solo tres líneas la Sala se aparta de la jurisprudencia sentada en la sentencia anterior y declara que “se considera que el otorgamiento del amparo no debe incluir la nulidad de las resoluciones impugnadas **ni medida alguna relacionada con la anticipación del señalamiento para la vista porque, dado el carácter estructural de los referidos retrasos, ello podría agravar la posición de terceros recurrentes** (la negrita es mía).

No es a mi parecer un salto en el vacío jurídico, ya que el TC recupera la línea jurisprudencial sentada en las sentencias núms. 54/2014 de 9 de abril, y 89/2014 de 9 de junio. En la primera, el TC concluía que “... el otorgamiento del amparo debe limitarse a la declaración de la violación del derecho fundamental, no solo porque cualquier medida relacionada con la anticipación del señalamiento para la vista pudo haber agravado la posición de terceros recurrentes, dado el carácter estructural de los referidos retrasos, sino fundamentalmente porque, como se deduce de las actuaciones recibidas en este Tribunal, el procedimiento en cuestión ya ha concluido, habiéndose celebrado la vista acordada por el Juzgado e incluso dictado sentencia sobre el fondo”; en la segunda, se concluía en idénticos términos.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Constitucional.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 31/2023, de 17 de abril.

ECLI:ES:TC:2023:31

Fuente: BOE

Ponente: Excm. Sra. Dña. María Luisa Segoviano Astaburuaga.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El litigio encuentra su origen en sede judicial con la presentación de demanda, el 25 de octubre de 2021, por parte de una trabajadora de la Comunidad de Madrid en procedimiento ordinario de reconocimiento de derecho, siendo la pretensión que se reconociera que la relación laboral existente era “de carácter fijo”. Con posterioridad, y antes de haber sido admitido a trámite aquella, la parte trabajadora solicitó medidas cautelares, o más exactamente que su empleadora “excluyera de la convocatoria de pruebas selectivas del proceso extraordinario de estabilización de empleo temporal del personal laboral la plaza ocupada por la demandante”.

Recordemos que la normativa aplicable a los procesos de estabilización era el RDL 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, que tras su posterior tramitación como proyecto de ley se convirtió en la Ley 20/2021 de 28 de diciembre

El letrado de la Administración de Justicia admitió a trámite la demanda por decreto de 3 de diciembre de 2021, fijando la fecha de celebración del acto de conciliación y en su caso juicio el 22 de noviembre de 2023, o lo que es lo mismo, prácticamente dos años de la presentación de aquella. Consta que la parte demandante no presentó recurso de reposición contra dicho decreto.

Se dio trámite de audiencia a las partes para que alegaran lo que estimaran pertinente sobre la adopción de la medida cautelar propuesta, y finalmente se denegó la petición por auto de 21 de diciembre de 2021. Se indicaba que contra ese auto no cabía recurso.

IV. Tramitación del litigio en sede judicial

La parte demandante abrió un nuevo frente jurídico con la petición de adelantamiento de la fecha de celebración del acto de conciliación y, en su caso, juicio, por entender que la fecha prevista, casi dos años después de la presentación de la demanda, implicaba la vulneración de su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, que la desestimación de las medidas cautelares había significado que se produjera un perjuicio a la demandante, y que ese plazo de dilación entre demanda y acto de conciliación y juicio era contrario a la jurisprudencia del propio TC y del TEDH, ya que “se encontraba notablemente por encima de las dilaciones medias de

referencia tomando en consideración la estadística judicial elaborada por el Consejo General del Poder Judicial en relación con los juzgados de lo social”.

¿Respuesta del Juzgado? Denegación de la petición por providencia de 20 de enero de 2022. ¿Argumentación”? La imposibilidad de adelantar la fecha por el volumen de asuntos pendientes para conocimiento y que “iban en aumento” desde hacía tres años.

Seguimos con la estrategia procesal de la parte demandante, muy probablemente cargando las baterías jurídicas para poder presentar, si no prosperara su pretensión de adelantamiento en sede judicial laboral, recurso de amparo ante el TC por vulneración del art. 24.2. Recurso de reposición insistiendo en la vulneración de tal derecho y que, ya lo había apuntado el TC en sus sentencias de 2014 citadas con anterioridad, “el exceso de trabajo de los juzgados no justifica que se vulneren los derechos de la demandante”.

Era de esperar la respuesta, desestimatoria, que llegó mediante auto de 7 de febrero de 2022. Bien pertrechado de argumentos, el auto pone de manifiesto en primer lugar que se ha seguido escrupulosamente el art. 182.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en concreto su apartado 1^o[1].

En segundo término, la grave alteración de la vida judicial provocada por la Covid-19, con suspensión de vistas durante varios meses y también dando prioridad a los procesos de tramitación preferente.

En tercer lugar, se insiste en el considerable volumen de trabajo del Juzgado, consecuencia del incremento de demandas, “lo que hace imposible cumplir plazos razonables de respuesta judicial”, subrayando que los datos sobre registro de entradas en los Juzgados de Madrid, y más en concreto en este Juzgado, era bastante superior al módulo fijado por acuerdo entre el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia, por ejemplo 1335 asuntos en 2020, un 116,87 % sobre la media fijada de 800.

Igualmente, y para concluir se insiste en la preferencia de los asuntos a los que la normativa procesal laboral otorga trato prioritario para su tramitación, y se formula una manifestación que es a la vez, a mi parecer, un deseo de querer cumplir con la debida diligencia el conocimiento y resolución de todos los conflictos, y una manifestación de imposibilidad de hacerlo tanto por la carga de trabajo porque, en caso de avanzarse la fecha y otorgarle prioridad sobre otros asuntos no preferente, “se incurriría en vulneración del principio de igualdad ante la Ley, ya que habría que dejar sin efecto algún señalamiento para juicio de una demanda presentada antes que la que nos ocupa, sin que se aprecie una especial y cualificada urgencia que aconseje el adelantamiento de la vista”.

V. Recurso de amparo

1. Pretensiones de la parte recurrente

El recurso de amparo se presenta contra el decreto de 3 de diciembre de 2021 y contra la providencia y auto posterior que lo confirmaron. La tesis de la parte recurrente era que con aquella decisión se había vulnerado tanto el derecho a la tutela judicial efectiva como el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24, 1 y 2 CE).

La pretensión de la parte recurrente, que como ya conocemos solo será estimada parcialmente, era que se declarara la nulidad de las actuaciones judiciales referenciadas, y que se procediera “de forma inmediata a un nuevo y próximo señalamiento que resulte respetuoso con los derechos fundamentales lesionados y con la urgencia en la resolución del asunto con relación a la demandante”.

¿En qué se basaba aquella? En primer lugar, que los retrasos estructurales, no solo consecuencia de la crisis sanitaria, en el señalamiento de juicios no eran óbice

para entender vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas cuando el plazo entre presentación de la demanda y la celebración del juicio era excesivo, aun cuando de tales retrasos no fuera responsable el órgano judicial, acudiendo en sustento de su tesis a la sentencia núm. 63/2016 de 11 de abril, si bien, siendo cierto que el TC otorga el amparo, lo hace en los mismos términos que las sentencias de 2014 a las que seguirá la que es ahora objeto de comentario:

“... cabe concluir que se ha vulnerado en este caso el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del recurrente (art. 24.2 CE), como consecuencia de la fecha fijada por el órgano judicial para la celebración de la vista de su recurso contencioso-administrativo. Al igual que en otros casos resueltos por este Tribunal (por todas, STC 89/2014, de 9 de junio, FJ 7), el otorgamiento del amparo debe limitarse a la declaración de la violación del derecho fundamental, dado que, celebrada efectivamente la vista en la dilatada fecha señalada en su día para el 22 de abril de 2014, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 27 de Madrid dictó, pocos días después, Sentencia estimatoria del recurso contra la resolución de expulsión”.

En segundo término, se resaltaba la importancia de los intereses en juego, y desde luego no le faltaba en absoluto razón a mi parecer, ya que estaba en disputa si la Administración demandada podía o no sacar a concurso la plaza de la demandante.

Por último, exponía algo que a mi entender no casaba muy bien con el contenido del auto que he explicado con anterioridad, cual era que las decisiones judiciales impugnadas no contenían “motivación alguna que justificara el señalamiento a más de dos años vista”, sin que constara “fundamentación alguna sobre los criterios e instrucciones que deben aplicarse para el señalamiento de la vista por dicho juzgado”.

El TC admitió a trámite el recurso por apreciar especial relevancia constitucional, como consecuencia de que su doctrina sobre el derecho fundamental alegado “podría estar siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria o pudieran existir resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental”.

2. Informe del Ministerio Fiscal

En trámite de alegaciones intervino el Ministerio Fiscal (repárese en la fecha, 14 de noviembre de 2022), que alegó en primer término que debía inadmitirse “por falta de cumplimiento del requisito establecido en el art. 44.1 a) LOTC, en relación con la falta de motivación del auto de fecha 7 de febrero de 2022, y por la falta de cumplimiento del requisito establecido en el art. 44.1 c) LOTC, respecto de los restantes motivos del recurso”.

Con carácter subsidiario, si se admitía a trámite el recurso, postuló su estimación parcial, con declaración de la vulneración del art. 24.2 CE por las resoluciones impugnadas y debiendo el órgano judicial “proceder a efectuar un nuevo señalamiento respetuoso con el derecho vulnerado”. Sobre esta manifestación subsidiaria, la Fiscalía subrayó que el asunto era esencialmente coincidente con el de la sentencia 125/2022, reiterando los argumentos expuestos en el escrito entonces presentado, por lo que recupero ahora unos fragmentos de mi comentario a esta sentencia^[2]:

“... En trámite de alegaciones, el Ministerio Fiscal, con apoyo en la jurisprudencia del tribunal, solicitó la estimación del recurso de amparo por vulneración del derecho constitucional fundamental reconocido en el art. 24.2 a un proceso sin dilaciones indebidas. Un argumento de interés, que también responde a criterios anteriores del TC y que se encuentra recogido en otras sentencias como por ejemplo la ya citada de 2010, es que el cambio, o más exactamente adelanto, de la fecha de celebración del acto de juicio, no implica la perdida sobrevenida del objeto del recurso, ya que “... el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se vería en buena medida desprovisto del contenido que le es propio, y no sería fácilmente reconocible al quedar la existencia misma de la dilación indebida al albur de la actitud del órgano jurisdiccional ante el hecho exclusivo de la interposición del recurso de amparo que, por su parte, podría correr el peligro de desnaturalizarse si se utilizara más como medio

conminatorio sobre el órgano judicial que como medio reparador de las lesiones que padezcan los derechos fundamentales que la Constitución reconoce y garantiza”.

Para el Ministerio Fiscal, con cuidada argumentación y muy semejante a la de la sentencia, hay vulneración del art. 24.2 en base a estos argumentos que ahora sintetizo (remito para atenta lectura al apartado 10 de los antecedentes de hecho): el asunto litigioso no planteaba una especial complejidad; el plazo inicial, y también el posterior, entraría dentro de aquello que el TC ha calificado de “dilaciones indebidas”; que se trate de una reclamación económica, aunque sea poco relevante, no excluye que pueda vulnerarse su derecho; el recurrente agotó todas las vías procesales laborales antes de llegar al TC; la dilación si es injustificada vulnera el derecho de la parte recurrente, aun cuando la demora se deba a “razones estructurales”. No hay vulneración del art. 24.1 ya que las resoluciones impugnadas, a partir de la primera, estuvieron debidamente fundamentadas, con independencia o no de que se estuviera de acuerdo en tal justificación.

La petición del Ministerio Fiscal será parcialmente aceptada por el TC; y digo parcialmente ya que, si bien se declarará la nulidad del Decreto de 13 de julio de 2021 y de las dos resoluciones posteriores, no se acoge la petición de que el amparo se limitara a la declaración del derecho fundamental “porque cualquier medida relacionada con la anticipación del señalamiento del acto de juicio puede agravar la situación de terceros recurrentes”, ya que el TC falla que por el JS núm. 11 de Sevilla se proceda a “efectuar un nuevo señalamiento que resulte respetuoso con el derecho fundamental lesionado”, por lo que está por ver qué afectación, si finalmente llega a celebrarse el juicio, pueda tener sobre otros litigios. Tampoco se recoge la petición de que se diera traslado de la sentencia al CGPJ y al Ministerio de Justicia “a los efectos que procedan”, que no serían otros evidentemente que la dotación de plazas y de creación de nuevos juzgados”.

3. Alegaciones de la parte recurrida

Por la parte demandada en sede judicial y ahora recurrida, la Comunidad de Madrid, se presentó escrito el 14 de noviembre con petición de desestimación del recurso de amparo, apoyándose tanto en la corrección de la decisión judicial con respecto a la aplicación del art. 182.4 LEC, y la necesidad de corregir las deficiencias estructurales mediante medidas adecuadas a escala global, como en la sentencia núm. 94/2008 de 21 de julio, que desestimó un recurso de amparo con esta justificación por parte del TC:

“... A la vista de lo expuesto, resulta claro que la invocación constitucional de la dilación no puede utilizarse para argumentar, sin esfuerzo comparativo alguno con casos análogos, que el propio asunto tarda en exceso ni para intentar, por lo mismo, que la jurisdicción constitucional imponga un mejor o más ágil trato *ratione temporis*, por referencia a los de su misma antigüedad y entidad, a quien formule así su queja. El derecho a un proceso sin “dilaciones indebidas” no lo es para obtener mejoras singulares en la atención temporal del propio caso por la jurisdicción, sino para asegurar que dicha atención se preste en los términos usuales o normales, visto el tipo de asunto y demás circunstancias, términos que podrán o no coincidir con las expectativas que se puedan abrigar. Así las cosas, si sólo es dilación, en el sentido constitucional del término, aquella duración o espera que exorbita la previsible para casos análogos, parece también evidente que sólo podrá argüirse que tal lesión se sufre ante una citación judicial para la vista, acto, típico donde los haya, que ha de venir ordenado por la propia sucesión temporal de conclusión de los asuntos, si en el caso se acredita una posposición injustificada a asuntos análogos concluidos con posterioridad”.

VI. Fundamentación jurídica

Expuesto el supuesto fáctico, el contenido del recurso, las alegaciones del Ministerio Fiscal y del sujeto empleador, la Sala entra en la fundamentación jurídica del caso, delimitando con precisión primeramente cuál es el objeto del recurso, ya dejando

de lado algunas tesis sobre defectos formales del Ministerio Fiscal y subrayando que, con independencia de la cita del apartado 1 del art. 24 CE, al igual que ocurrió en la sentencia 125/2022, “toda la argumentación de la demandante de amparo está orientada a poner de manifiesto la vulneración del último de los derechos, que se constituye en el núcleo de su queja y necesario parámetro de control de constitucionalidad, careciendo de autonomía la invocación del art. 24.1 CE”.

Procede a continuación la Sala al examen de las causas de inadmisión alegadas por el Ministerio Fiscal, rechazándose estas. Dado que no es el objeto de mi explicación este punto, remito a las personas interesadas a la lectura atenta del fundamento de derecho segundo, del que extraigo un párrafo de indudable interés:

“En la medida en que, como ha reiterado la jurisprudencia constitucional, no toda infracción de los plazos procesales o toda excesiva duración temporal de las actuaciones judiciales supone una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías ni puede identificarse con un derecho al riguroso cumplimiento de los plazos procesales (así, por ejemplo, SSTC 153/2005, de 6 de junio, FJ 2; 142/2010, de 21 de diciembre, FJ 3, o 125/2022, de 10 de octubre, FJ 3), que es lo que podría haberse considerado en aquel momento el señalamiento realizado por el decreto del letrado de la administración de justicia, el Tribunal considera que en las circunstancias del caso y desde la perspectiva del derecho fundamental alegado resulta en exceso rigorista exigir recurrir el decreto de señalamiento como elemento esencial del cumplimiento del requisito de la invocación tempestiva en la vía judicial previa”.

Es, como ya he apuntado con anterioridad, en el fundamento de derecho tercero cuando la Sala aplica la jurisprudencia sentada en la sentencia 125/2022, al ser ambos litigios coincidentes en el “problema constitucional” planteado. Recordemos cual era dicha doctrina, con recuperación de algunos fragmentos de mi comentario.

“Tras repasar cuál es el objeto del recurso y las posiciones de las partes, y reconducir el conflicto jurídico, como ya he indicado, a la posible vulneración del art. 24.2 CE (derecho a un proceso sin dilaciones indebidas), y manifestar, en los mismos términos que lo hiciera el Ministerio Fiscal, que el adelanto de la fecha del juicio no implicaba en modo alguno la pérdida sobrevenida del objeto del recurso, el TC procede inmediatamente a continuación a un amplio recordatorio de su jurisprudencia sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, con mención, y amplias referencias, de las sentencias núms. 54/2014 de 10 de abril y 129/2016 de 18 de julio, de la que fue ponente el magistrado Francisco Pérez de los Cobos, así como también de la sentencia del TEDH de 20 de diciembre de 2016, asunto RuizVillar c. España

En esta última sentencia, el TEDH manifestó que “reitera que la razonabilidad en la duración del procedimiento debe evaluarse a la vista de las circunstancias del caso y en referencia a los siguientes criterios: complejidad del caso, comportamiento del demandante y autoridades, y aquello que el demandante arriesga en el litigio”.

En las reseñadas del TC, y cito por la primera, se sienta esta doctrina:

“Para determinar si nos encontramos o no ante una vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), hemos de acudir a las pautas que nos ofrece nuestra doctrina, conforme a la cual este derecho está configurado como un concepto jurídico indeterminado que, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto a la luz de aquellos criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si ésta puede considerarse justificada, por cuanto “no toda infracción de los plazos procesales o toda excesiva duración temporal de las actuaciones judiciales supone una vulneración del derecho fundamental que estamos comentando” (STC 153/2005, de 6 de junio, FJ 2). En la STC 178/2007, de 23 de julio, FJ 2, recogiendo jurisprudencia anterior, subrayábamos que la prohibición de retrasos injustificados en la marcha de los procesos judiciales impone a Jueces y Tribunales el deber de obrar con la celeridad que les permita la duración normal o acostumbrada de litigios de la misma naturaleza y con la diligencia debida en el impulso de las distintas fases por las que atraviesa el proceso. Asimismo, en coincidencia con la jurisprudencia

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 6.1 del Convenio de Roma (derecho a que la causa sea oída en “un tiempo razonable”), que ha sido tomada como el estándar mínimo garantizado en el art. 24.2 CE, afirmábamos que el juicio sobre el contenido concreto de las dilaciones, y sobre si son o no indebidas, debe ser el resultado de la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los criterios objetivos que a lo largo de nuestra jurisprudencia se han ido precisando, y que son la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades (En los mismos términos, las SSTC 38/2008, de 25 de febrero, FJ 2; 93/2008, FJ 2; 94/2008, FJ 2, y 142/2010, FJ 3, entre otras”).

VII. Doctrina básica

Sigo con el comentario de la STC 125/2022 por ser idéntica la fundamentación en la sentencia ahora examinada

“Al aplicar la jurisprudencia del TEDH y la suya propia al caso ahora enjuiciado, el TC estimará el recurso, por haberse producido una “dilación indebida proscrita por el art. 24.2”.

No se trataba de un asunto de especial complejidad para su resolución; la distancia entre la presentación de la demanda y la fecha de señalación del acto de juicio, tanto de la primera como de la segunda, entre dentro de los rangos temporales que el TC ha calificado en anteriores sentencias de dilatación indebida.

No era de menor importancia, en el momento de presentación de la demanda, el interés del demandante de obtener una reparación económica por el incumplimiento de su empleadora, la Universidad de Sevilla, de formalizarle un contrato postdoctoral, ya que, afirma el TC, el recurrente se quedaba en situación de desempleo y sin su fuente de ingresos. Por la información facilitada por el propio recurrente en las redes sociales, parece que rápidamente obtuvo un nuevo empleo con el que disponer de adecuados recursos económicos, algo que en modo alguno obsta a que la manifestación del TC sea correcta en relación con la situación acaecida en febrero de 2021.

En fin, el recurrente cumplió escrupulosamente con toda la tramitación procesal laboral requerida para defender su derecho en este orden jurisdiccional, y solo cuando se agotó fue cuando acudió al TC”.

Por último, y reiterando jurisprudencia anterior tanto del TEDH como la suya propia, el TC rechaza el argumento de la sobrecarga de trabajo permanente o estructural a la que ha de hacer frente el JS y la carencia de los medios personales y materiales necesarios para sacarla adelante en unos plazos razonables, ya que “no cabe aceptar esta razón como causa suficiente para neutralizar la lesión al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; pues esta situación no altera su naturaleza injustificada, según reiterada jurisprudencia de este tribunal y del TEDH, en tanto que el ciudadano es ajeno a esas circunstancias”.

La aplicación de la jurisprudencia citada al caso ahora enjuiciado llevará a la estimación parcial del recurso. En primer lugar, y teniendo en consideración los datos estadísticos sobre la media de resolución de asuntos (14 meses en los JS de toda España) se considera que el plazo marcado de dos años es “en exceso dilatado en el tiempo”, y ello incluso contando con los problemas derivados de la suspensión de juicios por la crisis sanitaria.

En segundo término, se subraya la importancia del interés en juego, la declaración del carácter fijo de la relación laboral para que no saliera a concurso la plaza ocupada por la recurrente, y más cuando se habían denegado las medidas cautelares solicitadas a tal efecto.

En tercer lugar, y habiéndose rechazado las causas de inadmisión alegadas por el Ministerio Fiscal, la Sala concluye que la parte demandante actuó con la debida diligencia para que pudiera resolverse el conflicto.

Por último, y al igual que ya ha expuesto en ocasiones anteriores, el TC subraya que “Los motivos estructurales aducidos por el órgano judicial para justificar esa dilación consistente en la sobrecarga de trabajo permanente y la carencia de los medios personales y materiales necesarios para sacarla adelante en unos plazos razonables no pueden ser aceptados por este tribunal, desde la perspectiva del derecho fundamental invocado, como causa suficiente para neutralizar la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, ya que dicha situación no altera su naturaleza injustificada, según reiterada jurisprudencia constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en tanto que el ciudadano es ajeno a esas circunstancias”.

VIII. Fallo

Por todo lo anteriormente expuesto, el TC estima el recurso de amparo por haber sido vulnerado el derecho de la parte recurrente a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE).

IX. Anotación final

Concluyo: reconocimiento, sí, de la vulneración de un derecho fundamental. ¿Aplicación del reconocimiento al supuesto práctico? No se recoge. ¿Cuál será la decisión que adopte el Juzgado?

Y, por otra parte, ¿puede estar cambiando el criterio del TC, de tal manera que ya no considere que un recurso de amparo, presentado por darse una dilación de más de dos años en la celebración del juicio desde la presentación de la demanda, deba ser admitido a trámite “dada la manifiesta inexistencia de violación de un derecho fundamental tutelable en amparo”. Tal es la tesis plasmada en una providencia de 27 de junio, de cuyo texto se han hecho eco inmediatamente los diarios jurídicos electrónicos^[3] y que ha levantado numerosas quejas entre la abogacía, por lo que habrá que seguir expectantes a este más que posible nuevo vaivén de TC, posiblemente muy condicionado por la importante dilación de muchos juicios en sede judicial laboral y la presentación de numerosos recursos de amparo.

Referencias:

1. [^] *Dispone dicho precepto que “Los Letrados de la Administración de Justicia establecerán la fecha y hora de las vistas o trámites equivalentes sujetándose a los criterios e instrucciones anteriores y gestionando una agenda programada de señalamientos y teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: 1.º El orden en que los procedimientos lleguen a estado en que deba celebrarse vista o juicio, salvo las excepciones legalmente establecidas o los casos en que el órgano jurisdiccional excepcionalmente establezca que deben tener preferencia. En tales casos serán antepuestos a los demás cuyo señalamiento no se haya hecho”.*
2. [^] *De la presentación de la demanda a la fecha de los actos de conciliación y juicio. Tres años y cinco meses. ¿Es un período excesivo? Vulneración del art. 24.2 CE. Notas a la sentencia del TC 125/2022 de 10 de octubre (y un apunte del auto 125/2022 de 29 de septiembre, de denegación de los sindicatos en el recurso contra la reforma laboral) <http://>*

www.eduardorojotorrecilla.es/2022/11/de-la-presentacion-de-la-demanda-la.html (consulta: 7 de julio)

3. ^ El letrado que lleva el caso, Daniel Sánchez Bernal, ha manifestado que “es decepcionante que el Tc haya cambiado de criterio ante los señalamientos tardíos y ahora no ampare” <https://confilegal.com/20230630-daniel-sanchez-bernal-es-decepcionante-que-el-tc-haya-cambiado-de-criterio-ante-los-senalamientos-tardios-y-ahora-no-ampare/> (consulta: 6 de julio). La queja del letrado ha recibido el apoyo de los decanos de la abogacía de Madrid y Sevilla, que estudiarán la iniciativa propuesta por aquel de la LOTC “para que se puedan recurrir las inadmisiones y el órgano de garantía motive las resoluciones en las que se niega el amparo”. <https://confilegal.com/20230704-los-decanos-de-la-abogacia-de-madrid-y-sevilla-amparan-a-sanchez-bernal-ante-la-inadmission-del-tc-de-su-demanda-contra-los-juicios-tardios/> (consulta: 9 de julio).

§ 52 **Prioridad temporal en la presentación de candidaturas ante el Servicio Público de Empleo como criterio de desempate entre los aspirantes más meritorios a plazas de personal laboral a término en el sector público.**

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León.

Resumen: *Pese a la admisión de la colaboración de la iniciativa privada en la prestación del servicio público de colocación, es necesario que las Administraciones se dirijan a las oficinas públicas de empleo para la selección de personal con carácter temporal. Dichas oficinas deben respetar los principios igualdad, mérito y capacidad a la hora de valorar los expedientes de los interesados, considerándose adecuado el establecimiento a posteriori de un criterio de desempate entre los candidatos más meritorios consistente en la prioridad temporal en la presentación de las instancias.*

Palabras clave: *Colocación. Empleo público temporal. Intermediación. Selección. Servicio autonómico de empleo.*

Abstract: *Although the private sector is allowed to collaborate in the provision of the public employment service, it is necessary for the administrations to use the public employment offices for the selection of personnel on a temporary recruitment. These offices must observe the principles of equality, merit and ability when considering the dossiers of interested persons, and it is considered appropriate to establish a tie-breaking criteria between the most highly meritorious candidates, based on priority in terms of time in the submission of applications.*

Keywords: *Placement. Temporary public employment. Intermediation. Selection. Regional employment service.*

I. Introducción

La intermediación en la colocación, concebida como el cúmulo de acciones que tienen por objeto poner en contacto las propuestas de trabajo con las solicitudes de empleo, proporcionando a las personas trabajadoras una tarea adecuada a sus características y facilitando a los empleadores los efectivos más apropiados a sus requerimientos, adquiere la condición de servicio de interés general de necesario ofrecimiento al conjunto de la población. De conformidad con lo previsto en el art. 40 CE, que emplaza a los poderes públicos a realizar una política orientada al pleno empleo, la LE diseña un soporte público básico: el Sistema Nacional de Empleo, integrado por el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), y también, en virtud de la descentralización territorial llevada a efecto desde hace décadas, por los Servicios de Empleo Autonómicos.

Precisamente son estos últimos los receptores de las competencias traspasadas en materia de intermediación entre ofertas y demandas de ocupación. Es más, la

asunción estatutaria de las prerrogativas relativas a la ejecución de la legislación laboral del Estado comprende la propia autonómica sobre la regulación del servicio público de empleo en su extensión geográfica y, de su mano, la dirección y organización, en este ámbito territorial, de las funciones en materia de colocación (prospección y captación de ofertas de trabajo puesta en contacto y colocación, recolocación, selección y formación).

Ahora bien, la escasa tasa de éxito en la colocación laboral gestionada por los servicios públicos autonómicos ha sido el principal escollo de la política de intermediación, razón por la cual, a través de sucesivas reformas, se ha apostado por la posible participación de otros agentes. La complejidad del mercado y sus debilidades han obligado a superar la visión eminentemente pública tradicional para la gestión del servicio de colocación, permitiendo la intervención de la iniciativa particular. Así, junto al parámetro “descentralización” territorial anteriormente mencionada, impera también el de “privatización”, de manera que el ajuste entre oferta y demanda se concreta mediante una multiplicidad de sujetos intervinientes, públicos y también privados, que colaboran con los servicios públicos de empleo, tales como “entidades locales, interlocutores sociales, organizaciones sin ánimo de lucro, agencias de colocación, centros y entidades de formación y demás organizaciones que asuman este papel” [art. 3 i) Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo (LE)]. Muy significativo es, a la postre, que el art. 26 LE señale que “todas las entidades privadas que intervengan en el campo de las políticas activas de empleo” deberán colaborar y coordinarse con los organismos públicos en los niveles territoriales y competenciales que sean pertinentes”.

Ahora bien, en la actualidad, como excepción, solo cabe mencionar dos supuestos en los que es obligatorio recurrir a las oficinas públicas: de un lado, la contratación de personas con discapacidad por los centros especiales de empleo debe reconducirse a través de las oficinas de empleo, siendo estas últimas quienes seleccionan a los trabajadores a contratar conforme al previo perfil profesional indicado por la empresa; de otro —y por lo que aquí interesa— las Administraciones Públicas, si acuden a los servicios de intermediación, lo deben hacer necesariamente dirigiéndose a los servicios públicos de empleo y, por tanto, no pueden acudir a las agencias privadas de colocación o a otro tipo de entidades intermediadoras.

Así lo prevé de forma expresa la Disposición Adicional 2ª del Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, en virtud del cual *“en los supuestos en los que las normas que regulen los procedimientos para la selección de personal de carácter temporal al servicio de las administraciones públicas permitan acudir a los servicios públicos de empleo, éstas utilizarán exclusivamente los servicios de los servicios públicos de empleo de las comunidades autónomas o, en su caso, del Servicio Público de Empleo Estatal”*.

Al tiempo, una de las preocupaciones constitucionales en materia de empleo público viene referida a la objetividad en el ingreso. En este sentido, con base en el art. 14 CE, rige en nuestro país el “principio de igualdad en el acceso al empleo público” y más específicamente en los arts. 23.2 (“Asimismo (los ciudadanos) tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”) y 103.3 de la CE (“La ley regulará ... el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad”). Estos parámetros han sido desarrollados en los arts. 55 y siguientes del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), tratándose de normas de derecho público aplicables tanto a los funcionarios como al personal laboral, sea indefinido, sea temporal. Por tanto, las Administraciones Públicas seleccionarán a sus trabajadores por cuenta ajena, mediante procedimientos en los que se garanticen los principios de igualdad, capacidad y mérito, solicitando los posibles candidatos a las oficinas públicas autonómicas, que también deben respetar esos parámetros.

Desde tales perspectivas, en el supuesto enjuiciado en la Sentencia objeto de comentario se dilucida la posible conculcación de los principios de igualdad, mérito y

capacidad en el acceso al empleo público por parte de una Instrucción del Servicio Público de Empleo de la Junta de Andalucía que establece, como criterio de desempate entre los posibles interesados previamente considerados como más meritorios, el relativo a la prioridad de la inscripción en la oferta de empleo público.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 661/2023, de 23 de mayo.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación núm. 2996/2022.

ECLI:ES:TS:2023:2176

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Se trata de un recurso de casación planteado por la Junta de Andalucía contra la Sentencia de 16 de noviembre de 2021 dictada por la Sala de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que desestima el recurso de apelación nº 1041/2021, interpuesto por la Junta de Andalucía, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 1 de Sevilla de 1 de septiembre de 2021 (recurso nº 201/21), seguido por el trámite del procedimiento especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, que, a su vez, estimaba el recurso contencioso-administrativo formulado por la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF) frente a la Instrucción 1/2021 de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo por la que se establecen los criterios de ordenación general para la gestión de candidaturas en ofertas registradas en el sistema de intermediación laboral del Servicio Andaluz de empleo. Esta Instrucción 1/2021, que modifica una anterior, fue declarada nula en Sentencias precedentes.

El Tribunal Supremo entiende que el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, radica en determinar si, en la selección de los empleados públicos temporales tramitadas a través de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos, basta con el cumplimiento de los requisitos fijados por el órgano convocante de la oferta o se deben cumplir algunos requisitos adicionales. En concreto, se trata de valorar si resulta compatible con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, establecer, como criterio de desempate entre los posibles candidatos más meritorios, el relativo a la prioridad de la inscripción en la oferta de empleo público.

IV. Posición de las partes

Por un lado, la Junta de Andalucía considera que el criterio de desempate establecido en la Instrucción 1/2021 de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, relativo a la prioridad de la inscripción de los candidatos en la oferta de empleo público, respeta los principios de mérito y capacidad. Entiende que la Instrucción 1/2021 es una resolución dictada en el ámbito de la organización administrativa que no trasciende a los ciudadanos pues se aplica únicamente en el seno del Servicio Andaluz de Empleo. Argumenta además la falta de legitimación de CSIF habida cuenta que sus estatutos contemplan entre sus fines el de defender y fomentar los intereses profesionales de los funcionarios y los supuestos de intermediación de que trata la Instrucción 1/2021 no afectan a funcionarios sino a personal laboral.

Recuerda, además, que, conforme al artículo 28.3 del Decreto 2/2002, de 9 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso, promoción interna, provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios de la Administración General de la Junta de Andalucía, "con carácter subsidiario, si no existieran aspirantes que reúnan las condiciones a que se refiere el apartado 2 de este artículo, se procederá a remitir oferta genérica al Servicio Andaluz de Empleo, en solicitud de demandantes de empleo que reúnan las mencionadas condiciones. Los candidatos serán seleccionados de acuerdo con los criterios objetivos negociados en la mesa sectorial de negociación correspondiente. En dichos criterios habrá de tenerse en cuenta el principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres".

Aclara también que el Servicio Andaluz de Empleo forma parte del Sistema Nacional de Empleo. Entre sus funciones está prestar el servicio de colocación y de asesoramiento a empresas, que comprende gestionar las ofertas de empleo vinculándolas a los usuarios que mejor se ajusten a ellas en función de su perfil y competencias. La oferta no es un acto suyo sino del órgano convocante del puesto --la Administración autonómica, una distinta, o entidades privadas--, de manera que el Servicio Andaluz de Empleo se limita a difundir las vacantes y a recibir candidaturas, pero nunca culmina el proceso selectivo. En concreto, en el desarrollo de su labor de intermediación, este organismo realiza las siguientes actividades: (i) difunde, previamente a su publicación la autorización de las ofertas de empleo públicas; (ii) difunde la oferta por internet; (iii) recibe la inscripción de los interesados en el puesto que cumplan los requisitos en el plazo de cinco días siempre que estén inscritos en los servicios públicos de empleo con demanda en alta o suspensión con intermediación o de dos días; (iv) finalizado el plazo de difusión y solicitud, comprueba si cada solicitud se ajusta a los requisitos exigidos y ordena las candidaturas automáticamente conforme a los criterios generales y con comprobación de la idoneidad y disponibilidad del solicitante; (v) efectuada la ordenación, envía cartas de presentación a los candidatos y, simultáneamente, remite a la entidad oferente el documento de solicitud de resultados con una relación de todas las candidaturas a fin de que lo devuelva con el resultado del proceso de selección; (vi) la entidad oferente convoca a los candidatos y, con intervención sindical, realiza las pruebas pertinentes para seleccionar a la persona a contratar. En este marco, el criterio de desempate se aplica para remitir a la entidad oferente, no miles de candidaturas, sino el número de ellas que hubiere solicitado.

Considera, asimismo, que los principios declarados de mérito y capacidad recogidos en el texto constitucional no prohíben la utilización del dato de la fecha de solicitud por el Servicio Andaluz de Empleo para el desempate en la priorización de las miles de solicitudes recibidas para las concretas ofertas de empleo, pues no se trata de un procedimiento de selección de personal funcionario ni interino sino "un mero procedimiento residual de selección por el Servicio de Intermediación de Empleo en la Comunidad Autónoma de Andalucía". La compatibilidad con los principios aludidos puede comprobarse fácilmente a la luz de los siguientes extremos: (i) el desempate previsto responde al principio de proactividad en la búsqueda de empleo; (ii) todos los aspirantes conocen o pueden conocer el anuncio de la inminente publicación de ofertas de empleo público; (iii) el criterio de desempate solamente juega una vez aplicados los otros dos: el de titulación, formación y experiencia y el de la disponibilidad; (iv) la anterior Instrucción 3/2020 ya preveía la misma solución para el desempate y la vigente hoy, la 2/2021, que sustituyó a la recurrida para ofrecer mayor seguridad jurídica en la función intermediadora, prevé que se haga mediante dos valores aleatorios generados de forma automática para cada oferta, dados a conocer con su publicación. Así, a igualdad de requisitos, criterios valorables y disponibilidad, antes se elegían las candidaturas de quienes más tiempo llevaban solicitando empleo, mientras con la Instrucción 1/2021 aquí controvertida prevalecen las candidaturas de quienes se hayan mostrado más proactivos respecto de la oferta concreta. El desempate por antigüedad penalizaba a quienes hubieran estado ocupados por breves períodos de tiempo frente a quienes no hubieran tenido ocupación y desincentivaba la aceptación de ofertas de empleo. En cambio la proactividad por la que se opta en la Instrucción 1/2021 valora a quien busca activamente empleo y

demuestra interés en el servicio público. Los criterios de desempate aplicados -- antigüedad en el desempleo (antes) y proactividad o aplicación de factores aleatorios (ahora)-- no presentan diferencias objetivas desde el punto de vista del mérito y la capacidad sino que responden a distintos criterios de política social en los programas de inserción.

Por otro lado, la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF), argumenta que dicho criterio de desempate basado en la prontitud de las solicitudes vulnera los principios de mérito y capacidad pidiendo a la Sala que "se dicte sentencia en la que declarando no haber lugar al recurso de casación confirme la sentencia impugnada en todos sus términos, con expresa condena en costas a la apelante". Señala que el Servicio Andaluz de Empleo lleva a cabo un verdadero proceso selectivo, pues es el que publica la oferta de empleo y selecciona a los precandidatos que posteriormente envía a la Consejería o Delegación Territorial para la selección definitiva. De ahí que no se pueda decir, como hace el escrito de interposición, que el Servicio Andaluz de empleo no efectúa ninguna selección. Ilustra su argumentación con un ejemplo clarificador: para cubrir un puesto se presentan cinco mil solicitudes y, tras la preselección, se remiten al órgano oferente solamente cinco o seis.

En fin, el Fiscal, evacuando el traslado conferido por diligencia de ordenación de 17 de enero de 2023, manifestó, igualmente, que el aludido criterio de desempate no respeta los principios de mérito y capacidad. Entiende que el Servicio Andaluz de Empleo no remite al oferente todas las solicitudes recibidas sino el número de las pedidas por dicho oferente de puestos de trabajo, bien inicialmente, bien a resultas de una nueva petición de éste. Añade que la Administración no puede hacer público un plazo para el desarrollo de una actividad por parte del administrado y luego aparejar consecuencias tan radicales y decisivas como las presentes según que la actuación del administrado se desarrolle en un lapso u otro de tiempo. Concluye que la cláusula de desempate supone una diferencia de trato entre quienes cumplieron con el plazo de presentación de solicitudes que no está relacionada ni con el mérito ni con la capacidad. La alegada proactividad es una justificación sin contenido pues solamente consiste en "azucar a los ciudadanos sin ton ni son".

V. Normativa aplicable al caso

La normativa aplicable al caso deriva de los siguientes preceptos:

--El art. 14 CE, en virtud del cual "los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

--El art. 23 CE, conforme al cual "...(los ciudadanos) tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes".

--El art. 55 EBEP, que establece: "1. Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico. 2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación: a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases. b) Transparencia. c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección. d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección. e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar. f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección".

VI. Doctrina básica

La cuestión litigiosa se circunscribe a si el criterio de desempate previsto en la Instrucción 1/2021 entraña o no la vulneración de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, que han de observarse en el acceso al empleo público.

Teniendo en cuenta las competencias del Servicio Andaluz de Empleo consistentes en la puesta en contacto de ofertas y demandas de ocupación, lo cierto es que a este organismo no le corresponde seleccionar a quienes deban acceder al empleo público, razón por la cual, en principio, no está sujeto a los principios constitucionales y legales que han de presidir la selección de los empleados públicos. Ahora bien, esto no significa, sin embargo, que en su tarea de intermediación pueda actuar de forma que condicione o impida el juego de dichos principios.

Entiende el Tribunal Supremo que esta última variable no concurre, pues, según la Instrucción 1/2021, antes de acudir al polémico desempate, las solicitudes de empleo se ordenan por los criterios registrados como valorables (titulación, formación y experiencia) y por la evaluación de disponibilidad. Unos y otra son coherentes con los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En consecuencia, se estima el recurso de la Junta de Andalucía, entendiendo legítimo el criterio de desempate y quedando anulada la sentencia dictada en apelación y la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

VII. Parte dispositiva

El servicio público de empleo en su labor de intermediación puede servirse como criterio de desempate de la prioridad en la presentación de solicitudes para una determinada oferta procedente de las Administraciones Públicas siempre que a la igualdad que lo hace necesario se haya llegado mediante la aplicación de criterios coherentes con los principios de igualdad, mérito y capacidad, tal y como acaece en este caso donde la valoración de las solicitudes atiende a la titulación, formación, experiencia y disponibilidad.

Bajo tal argumentación, la Sentencia objeto de comentario ha resuelto: 1.º.- Dar lugar al recurso de casación n.º 2996/2022 interpuesto por la Junta de Andalucía contra la sentencia dictada el 16 de noviembre de 2021 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Sevilla y anularla. 2.º.- Estimar el recurso de apelación n.º 1041/2021 interpuesto por la Junta de Andalucía contra la sentencia de 1 de septiembre de 2021 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 1 de los de Sevilla y anularla. 3.º.- Desestimar el recurso n.º 201/2021 interpuesto por la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF) contra la Instrucción 1/2021 de la Dirección General del Servicio Andaluz de Empleo por la que se establecen los criterios de ordenación general para la gestión de candidaturas en ofertas registradas en el sistema de intermediación laboral del Servicio Andaluz de Empleo. 4.º.- Estar respecto de las costas a los términos de que cada parte correrá con las causadas a su instancia y con las comunes por mitad en el recurso de casación, sin hacer imposición de las de la apelación y la instancia por las dudas suscitadas por la cuestión controvertida.

VIII. Pasajes decisivos

La Sentencia comentada comparte la argumentación del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que rechaza que la Instrucción 1/2021 sea "una mera directiva interna sin transcendencia para los interesados". Antes al contrario, considera que afecta "a todos aquellos ciudadanos que desearan presentar candidaturas en las ofertas gestionadas por el Servicio Andaluz de Empleo".

Además, ratifica, al igual que entendió el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, la legitimación de CSIF a la vista de que esta organización sindical admite como afiliados a los empleados públicos (funcionarios y laborales), a los

trabajadores en activo de los diferentes sectores económicos, a los trabajadores autónomos que no tengan a otros a su servicio, a los trabajadores en régimen de cooperativa o autogestión y a los trabajadores en paro, entre otros. Sus afiliados, por tanto, no tienen por qué ser funcionarios.

Considera además que el criterio de desempate recogido en la Instrucción 1/2021-- la prioridad en la solicitud del empleo ofertado—no es contrario a los principios de mérito y capacidad, pues consiste en ordenar las solicitudes desde la más antigua a la más reciente en razón de la fecha de inscripción de la persona candidata una vez valorados sus méritos conforme a los criterios objetivos de titulación, formación, experiencia y disponibilidad. El desempate, por tanto, solamente juega en supuestos en que la aplicación de los anteriores factores objetivos arroja el mismo resultado para una pluralidad de solicitantes de empleo. Esto es, el desempate ha de hacerse entre quienes por titulación, formación, experiencia y disponibilidad alcanzan una misma valoración y nada impide que tal coincidencia se produzca entre solicitudes presentadas en distintos momentos dentro del plazo establecido ni que sean las últimas las que la reflejen en lugar de las primeras.

En otras palabras, considera el Tribunal Supremo que la aplicación de los criterios objetivos de la Instrucción coherentes con los principios constitucionales de constante cita, conduce a que determinadas solicitudes, con independencia de cuándo se presentaran dentro del plazo previsto para ello, reciban una misma valoración. No concurre, pues, la desigualdad a la que se refiere el Ministerio Fiscal pues no se prevé la exclusión de ninguna solicitud por presentarse después que otras. Si todas las solicitudes de empleo recibidas en plazo son sometidas a los criterios valorables (titulación, formación y experiencia) y a la evaluación de disponibilidad, y como consecuencia de unos y otra, un determinado número de ellos obtiene la misma evaluación, no parece que acudir al momento de su presentación para escoger las que sumen el número total de las solicitadas por la oferente, bien inicialmente, bien en un momento posterior, merezca el reproche de ser contrario a los principios constitucionales.

Y no lo merece, a juicio del Tribunal Supremo, porque, precisamente, la igualdad que requiere el desempate se ha establecido mediante factores que no se discuten desde la perspectiva de la igualdad, el mérito y la capacidad. O sea, el desempate en virtud de la prioridad en la presentación de la solicitud no se traduce en preferencia para quien no deba tenerla, sino que opera entre solicitudes que, desde esos parámetros sustantivos, han recibido una misma valoración. Otra cosa sería que los factores que llevan al empate no respondieran a los principios constitucionales, pero no es esto lo que sucede en el supuesto aquí enjuiciado.

IX. Comentario

La gestión que realiza el Servicio Andaluz de Empleo, según explica la Instrucción 1/2021, consiste en intermediar entre las entidades públicas y privadas que formulan ofertas de empleo y las personas que presentan su candidatura a esas vacantes. En el desarrollo de esta actividad, no se puede olvidar que el número de quienes demandan empleo es, "por lo general, superior al número de candidaturas que las entidades solicitan". Por eso, "se hace necesario disponer de un sistema que ordene de forma automática las candidaturas para preseleccionar las que serán enviadas a la entidad ofertante".

La Instrucción controvertida introduce unos nuevos criterios de ordenación, incorporando una serie de extremos "que contribuyan a seleccionar las candidaturas más idóneas para el puesto ofertado y que valoren la proactividad de las personas demandantes de empleo". En concreto, establece dos sistemas principales para la gestión de las ofertas:

Por un lado, cuando se procede a la difusión de dichas ofertas, en cuyo caso se actúa en los tres niveles siguientes: "1º. Evaluación de criterios registrados como valorables. Si la oferta difundida tiene registrados requisitos valorables, se aplicará

como primer criterio de ordenación la puntuación adjudicada automáticamente a la candidatura, tras comparar la información registrada en su demanda en el momento de la inscripción en la oferta, con los requisitos registrados como valorables en la misma. 2º. Evaluación de disponibilidad. Las candidaturas se ordenarán atendido al mayor porcentaje de disponibilidad, en relación con la ausencia de rechazos a ofertas de empleo. 3º. Como criterio de desempate, una vez aplicados los dos anteriores, se utilizará la fecha de inscripción de la persona candidata en la oferta en difusión, ordenadas de la más antigua a la más reciente".

Por otro, cuando se adoptan mecanismos de búsqueda en la base de datos Hermes sin difusión, los criterios de ordenación automática que se aplican para la preselección de las candidaturas que cumplan los requisitos imprescindibles de la oferta son: "1. La evaluación de disponibilidad: las candidaturas se ordenarán atendiendo al mayor porcentaje de disponibilidad, en relación con la ausencia de rechazos a ofertas de empleo. 2. El criterio de desempate entre candidaturas que cumplan los requisitos imprescindibles de la oferta y tengan el mismo porcentaje de disponibilidad, será la fecha de solicitud de la ocupación requerida en la oferta; y si la oferta se gestiona sin ocupación, se atenderá a la fecha de inscripción de la demanda, anteponiéndose las fechas anteriores a las más recientes".

Por lo que afecta a la primera modalidad, la incorporación del referido criterio de desempate plantea dudas sobre su compatibilidad con los principios constitucionales de mérito y capacidad. Conviene recordar a este respecto que cuando una Administración requiera incorporar efectivos, los principios de mérito y capacidad se convierten en parámetros objetivos ineludibles (dado lo categórico de la formulación constitucional) para realizar el reclutamiento, previo diseño de unas reglas abstractas de procedimiento, carentes de referencias individuales y concretas. En la medida en que todos los ciudadanos son iguales ante la ley y en su aplicación, los poderes públicos no pueden expresar preferencias discriminatorias o fundadas en razones meramente subjetivas de unos sobre otros. La igualdad referida en el art. 23.2 CE otorga el derecho a participar, concediendo un derecho subjetivo de carácter fundamental y contenido específico, que debe ser traducido en la exigencia de unas condiciones objetivas iguales para que todos los ciudadanos puedan acceder a la condición de empleado público (funcionario o laboral), llevando a excluir o admitir determinadas exigencias a acreditar por los candidatos en virtud de su conexión con las tareas a realizar y remitiendo a la Ley su concreción que no puede amparar condicionantes subjetivos o desproporcionados con el fin último de garantizar que los elegidos sean los candidatos más capacitados y meritorios.

Estos principios se desarrollan en el art. 55.2 EBEP, en virtud del cual el reclutamiento de recursos humanos ha de realizarse con el debido respeto de los principios de mérito y capacidad, concretados en los de publicidad de las convocatorias y de sus bases; transparencia; imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección; independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de estos órganos; adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar; y agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

Ciertamente, como señala el Tribunal Supremo, la aplicación de los criterios de valoración de las solicitudes aquí aplicados (titulación, formación, experiencia y disponibilidad) son criterios objetivos respetuosos con tales parámetros. Tampoco plantea problema alguno que dentro de su función de intermediación, el Servicio Público de Empleo de Andalucía se ocupe de buscar los perfiles que cumplan tales exigencias. Ahora bien, la duda surge respecto de si es posible añadir, en un momento ulterior, un criterio de desempate entre las distintas candidaturas seleccionadas, en virtud del cual a igualdad de méritos se otorgue preferencia a quien presentó primero la solicitud.

A este respecto, cabe señalar que la actuación llevada a cabo por el Servicio Público de Empleo de la Junta de Andalucía no se limita a una mera intermediación (puesta en contacto de ofertas de ocupación y demandantes que cumplan los

requisitos exigidos) sino que implica también una labor de selección, esto es, una proposición de un reducido número entre los más meritorios. Esta posibilidad es perfectamente admisible a la luz de la nueva LE, pues la selección se incluye dentro de los sucesivos ítems que integran la política de colocación a desarrollar por los servicios públicos de empleo. Otra cosa es que a la hora de realizar esta labor de selección, al tratarse de plazas ofertadas por una Administración Pública, el Servicio Autónomo de Empleo deba de observar los principios de mérito y capacidad que pautan todo tipo de reclutamiento, bien indefinido, bien temporal, en el sector público.

El Tribunal Supremo entiende que tales principios se observan a la hora de valorar las distintas candidaturas, de manera que la aplicación posterior, una vez seleccionados los candidatos idóneos, del criterio de desempate fundado en la prioridad temporal en la presentación de las candidaturas no cambia la conclusión anterior. Ahora bien, en la práctica, este último criterio puede perjudicar a determinados ciudadanos, pues no todos cuentan con los mismos recursos o posibilidad de acceso a las vías previstas para la presentación de las solicitudes, bien por la dificultad o imposibilidad de utilizar medios electrónicos o de desplazarse a los lugares en los que pudiera presentarse la solicitud de modo presencial. La forma en la que está redactada la Instrucción obliga a los posibles interesados a intentar, de forma desesperada, que su solicitud esté registrada lo antes posible, y por el medio que llegue lo antes posible al registro del Servicio Público de Empleo para su tramitación, para lo cual unos estarán en mejores condiciones en cuanto a recursos y tiempo para hacerlo que otros.

X. Apunte final

La selección de los empleados públicos ha de hacerse en virtud de criterios objetivos, pues todos los ciudadanos son iguales ante la ley y su aplicación, de manera que la Administración no puede expresar preferencias discriminatorias o fundadas en razones subjetivas de unos sobre otros. Dichos criterios objetivos deben basarse en el mérito y la capacidad, puesto que la Administración está obligada a gestionar los intereses públicos con eficacia. El fundamento constitucional de tales presupuestos, desarrollados en el art. 55.2 EBEP para funcionarios y laborales, se encuentra en dos preceptos clave: por una parte, el art. 23.2, que reconoce el derecho de los ciudadanos a “acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes” y, por otra, el art. 103.3, que se refiere a los criterios de mérito y capacidad para el acceso a la función pública.

Aunque debe tratarse por razones obvias de *procedimientos especialmente ágiles*, la selección de personal laboral temporal deberá respetar también los “*principios rectores*” del art. 55 del EBEP, de manera que su reclutamiento sin procedimiento previo de selección, publicitado y transparente, y sin un órgano de selección adecuado, imparcial y profesional no será conforme a derecho.

Bajo tales certeras premisas, nada impide que el Servicio Autónomo de Empleo, dentro de sus competencias de colocación, pueda llevar a cabo no sólo tareas de intermediación (puesta en contacto de ofertas y demandas de ocupación), sino también de selección de posibles candidatos, debiendo permitir el cumplimiento de los principios de mérito y capacidad cuando se trate de cubrir vacantes en el sector público. En este marco, se ha admitido por el Tribunal Supremo la legitimidad de un criterio de desempate entre los candidatos más meritorios que atienda a la prioridad temporal en la presentación de las candidaturas en el Servicio Público de Empleo, dado que la valoración primigenia de las solicitudes se ha realizado conforme a criterios objetivos. Otra cosa es que en la práctica el aludido criterio de desempate pueda perjudicar a determinados ciudadanos que carezcan de medios, de recursos o sencillamente de tiempo para actuar con celeridad dentro de un plazo amplio de solicitud.

§ 53 Sobre la pérdida de la habilitación para tareas de Seguridad Privada.

Antonio V. Sempere Navarro

Director de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Universidad (s.e.)

Resumen: El personal de Seguridad Privada posee cada vez más relevancia en nuestras sociedades y la propia índole de sus tareas explica que el Estado desee controlarlas. Una de estas manifestaciones viene dada por la necesidad de contar con una habilitación gubernativa para poder desempeñarse como Vigilante de Seguridad Privada. Otra consecuencia viene dada por la incompatibilidad entre ese cometido y la comisión de conductas delictivas. Se discute ahora sobre el modo en que la existencia de una condena penal incide en la privación de esas habilitaciones. La sentencia recurrida sienta tres grandes conclusiones: 1ª) La Administración viene obligada a retirar el permiso cuando existe la condena penal. 2ª) La eventual cancelación de los antecedentes penales no impide que se pierda la habilitación, incluso si sobreviene antes de finalizar el expediente administrativo. 3ª) Tras cancelarse los antecedentes penales es posible solicitar una nueva habilitación, pero no queda automáticamente rehabilitada la primigenia. Con ese trasfondo el comentario recuerda las consecuencias que posee la pérdida de la habilitación desde la perspectiva de la relación laboral.

Palabras clave: Seguridad privada. Vigilantes de Seguridad. Habilitaciones gubernativas. Ineptitud sobrevenida. Despido disciplinario.

Abstract: Private Security personnel are becoming increasingly important in our societies and the very nature of their tasks explains why the State wishes to control them. One of these manifestations is given by the need to have a government authorization to be able to work as a Private Security Guard. Another consequence is given by the incompatibility between that task and the commission of criminal conduct. The way in which the existence of a criminal conviction affects the deprivation of these authorizations is now being discussed. The sentence under appeal establishes three main conclusions: 1) The Administration is obliged to withdraw the permit when there is a criminal conviction. 2) The eventual cancellation of the criminal record does not prevent the authorization from being lost, even if it occurs before the end of the administrative file. 3) After canceling the criminal record, it is possible to request a new authorization, but the original one is not automatically rehabilitated. With this background, the comment recalls the consequences of the loss of authorization from the perspective of the employment relationship.

Keywords: Private security. Security guards. Government authorizations. Supervening ineptitude. Disciplinary dismissal.

I. Introducción

El común denominador de los comentarios que quien esto firma viene dando a conocer a través de esta publicación es claro: por lo general, es decir, en la mayoría de supuestos litigiosos, la unidad del ordenamiento aconseja tomar en cuenta prescripciones y conceptos no solo de varias normas sino también de varias ramas (penal, civil, administrativo, constitucional) y poderes normativos (estatal, extraestatal) o naturaleza (procesal, sustantiva).

Desde tal premisa resulta muy familiar la cuestión ahora afrontada, Un vigilante de seguridad comete determinado delito (pro completo ajeno a su actividad laboral); la autoridad gubernativa le retira la habilitación para desarrollar esa actividad; cuando ya están cancelados los antecedentes penales su duda si es posible mantener la retirada del permiso administrativo habida cuenta de que la resolución inicial todavía no había ganado firmeza. Adicionalmente, hay que interrogarse sobre el reflejo laboral que esa retirada de habilitación comporte (suspensión, cambio de destino, extinción objetiva, despido disciplinario, condición resolutoria).

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sección Quinta de la Sala Tercera (De lo Contencioso-Administrativo) del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia núm. 728/2023, de 1 junio.

Tipo y número de recurso: Recurso de casación núm. 5315/2021.

ECLI:ES:TS:2023:2471

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. Ángeles Huet de Sande.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión suscitada es puramente jurídica, de modo que apenas es necesario atender a las concretas circunstancias fácticas del caso. Se trata de ver en qué medida unos antecedentes penales (por delito de pequeña entidad) persisten en el tiempo a la hora de desarrollar la actividad de vigilancia privada.

1. Sentencia del Juzgado Penal

Mediante su sentencia, firme, de 22 de junio de 2018 el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Leganés (Madrid), condena al Vigilante como autor de un delito de leve de lesiones.

Fue condenado a la pena de un mes de multa (cuota diaria de 5 euros) así como al abono al perjudicado de una indemnización (350 €) como responsabilidad civil.

Tanto la pena como la responsabilidad civil se declararon extinguidas por cumplimiento con fecha 1 de octubre de 2018.

2. Procedimiento gubernativo

Mediante Resolución de 1 de marzo de 2019 el Director General de la Policía (por delegación del Ministro del Interior) acuerda extinguir la habilitación como vigilante de seguridad del accionante.

El interesado solicitó la cancelación de sus antecedentes penales con fecha 2 de abril de 2019^[1], cancelación que se acuerda por resolución de 4 de abril de 2019

En su recurso de reposición el Vigilante alega esa cancelación, pero la Resolución de 27 de mayo de 2019 desestima el alegato porque la cancelación era posterior a la resolución recurrida.

3. Sentencia recurrida

Mediante su sentencia de 7 de abril de 2021, la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional desestima el recurso del Vigilante.

Recuerda el tenor de la norma que exige ausencia de antecedentes penales tanto para obtener cuanto para mantener la habilitación gubernativa necesaria y su justificación en la necesidad de que le Estado controle una función (ejercicio de la fuerza) que monopoliza. Sus puntos cruciales se resumen así:

- La pérdida de los requisitos exigidos comporta, necesitar, que se cancele la habilitación.
- La Administración viene obligada a acordarlo tan pronto como conozca la existencia de antecedentes penales.
- La condena por delito de lesiones, no guarda relación alguna con la actividad profesional, pero supone la existencia de antecedentes penales.
- Que se hayan cancelado carece de consecuencias pues los antecedentes siguen existiendo^[2].

4. Auto de la Sala de Admisiones

Disconforme con esa solución, el Vigilante interpone el recurso de casación ahora resuelto. Sostiene que no procede la pérdida de habilitación cuando los antecedentes penales han sido cancelados antes de que se resuelva el recurso ordinario en vía administrativa sobre la resolución extintiva. Mediante su Auto de 2 de noviembre de 2022 la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo admite a trámite el recurso y precisa la cuestión a resolver:

Determinar si el mantenimiento de la habilitación para ejercer funciones de seguridad privada puede verse afectado por la existencia de antecedentes penales cuando estos hayan sido cancelados con anterioridad a que se resuelva el recurso ordinario en vía administrativa sobre la resolución que procedía a la extinción de la habilitación.

IV. Posición de las partes

1. El administrado

Sostiene el recurrente que la LSP y su Reglamento deben interpretarse conforme a los principios de irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables por lo que no pueden serle aplicados. Expone que cuando le notifican la pérdida de la habilitación (5 de marzo de 2019) ya carecía de antecedentes penales.

Considera que el principio de seguridad jurídica exige que en el momento en el que se aplique la norma «se examine si el sujeto no cumple los requisitos necesarios para ejercer como Vigilante de Seguridad, con independencia de si los ha dejado de cumplir en algún momento».

2. La Administración

El Abogado del Estado alega que la cancelación de los antecedentes penales no se había producido al tiempo de dictarse la resolución originaria. Además, la posterior cancelación resulta indiferente puesto que ello no comporta que el Vigilante carezca de antecedentes.

V. Normativa aplicable al caso

1. Ley de Seguridad Privada

La Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada (LSP) contiene diversas previsiones relevantes a nuestros efectos:

A) Art. 10.1: *Con carácter general y además de otras prohibiciones contenidas en esta ley, se establecen las siguientes:*

b) *El ejercicio de funciones de seguridad privada por parte de personas físicas carentes de la correspondiente habilitación o acreditación profesional.*

B) Art. 28.1: *Para la obtención de las habilitaciones profesionales indicadas en el artículo anterior, los aspirantes habrán de reunir, los siguientes requisitos generales:*

e) *Carecer de antecedentes penales por delitos dolosos.*

C) Art. 28.3: *La pérdida de alguno de los requisitos establecidos en este artículo producirá la extinción de la habilitación y la cancelación de oficio de la inscripción en el Registro Nacional.*

2. Reglamento de Seguridad Privada

Los arts. 52.3, 53.d) y 64.1.b) del Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada, estatuyen lo siguiente:

- Art. 52.3. Para el desarrollo de sus respectivas funciones, el personal de seguridad privada habrá de obtener previamente la correspondiente habilitación o reconocimiento del Ministerio del Interior, con el carácter de autorización administrativa, en expediente que se instruirá a instancia de los propios interesados.»
- Art. 53. Para la habilitación del personal y en todo momento para la prestación de servicios de seguridad privada, el personal habrá de reunir los siguientes requisitos generales:

d) *Carecer de antecedentes penales.»*

- Art. 64.1. El personal de seguridad privada perderá tal condición por alguna de las siguientes causas:

b) *Por pérdida de alguno de los requisitos generales o específicos exigidos en este reglamento para el otorgamiento de la habilitación o reconocimiento.»*

3. Convenio Colectivo estatal

A) El art. 64 del Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad para los años 2017 a 2020, regula las situaciones especiales. En sus apartados 3 y 4 acuerda:

3. *En el caso de retirada de licencia o habilitación producida durante el servicio, no pudiéndose imputar al trabajador cualquier tipo de dolo, imprudencia o negligencia, la empresa reubicará al trabajador en un nivel adecuado a su formación y su nueva situación hasta la recuperación de la licencia o habilitación, percibiendo la retribución de su nivel funcional, incluido el complemento de antigüedad.*

4. *En el supuesto de la retirada de la licencia o habilitación en cualquier otra circunstancia, y de ser imposible su reubicación, se procederá a la suspensión del contrato de trabajo hasta su recuperación o posible reubicación.»*

B) El art. 74 de la citada norma colectiva tipifica las faltas muy graves. Su apartado 11 tiene el contenido siguiente:

La participación directa o indirecta en la comisión de un delito calificado como tal en las leyes penales, que conlleve la retirada de la habilitación para los Vigilantes de Seguridad.

VI. Doctrina básica.

1. Exigibilidad originaria y mantenida del requisito en cuestión

El requisito de carecer de antecedentes penales no sólo ha de reunirse al tiempo de obtener la habilitación, sino que ha de mantenerse durante todo el tiempo en el que la habilitación se ostenta. Así se desprende, sin duda alguna, de los preceptos aplicables.

El control de su pervivencia es obligado en el ejercicio por el poder público de su función esencial de garantizar la seguridad de los ciudadanos, en definitiva, de garantizar la convivencia y proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades.

No es, pues, una exigencia caprichosa o meramente formal del legislador, sino que deriva de su sustancial conexión con las funciones mismas que el personal de seguridad privada está facultado a desempeñar (arts. 32 y ss. LSP), incluso portando armas (art. 40 LSP), en su actividad de colaboración o refuerzo de la función eminentemente pública de la seguridad, funciones a la que no se acomoda su ejercicio por quien tiene antecedentes penales por haber cometido un delito doloso.

2. Derivación sobre el acceso a datos personales

Lo anterior justifica el acceso directo de la Policía Nacional al Registro Central de Penados para comprobar este dato sin necesidad del consentimiento del interesado. Es necesario que la Administración controle el mantenimiento de este requisito durante toda la vigencia de la habilitación a la vista de la importancia del mismo en las funciones que desempeña el personal de seguridad privada^[3].

3. Exigencia legítima

La carencia de antecedentes penales es una exigencia constitucionalmente legítima en la medida en que es el Estado el que ostenta el monopolio de la seguridad pública (arts. 104 y 149.1.29ª CE), de forma que dar cabida en el ejercicio de esa función eminentemente pública a particulares impone un imprescindible control e intervención por parte de la Administración (de “intensa intervención” habla la Exposición de Motivos de la LSP) que son a los que responde la exigencia de habilitación para el ejercicio de la función de vigilante de seguridad (arts. 12.1.c/ y 27 LSP), el requisito para ello de carecer de antecedentes penales por delito doloso (art. 28.1.e/ LSP y art. 53.d/ RSP), y la necesidad del control de su mantenimiento a lo largo de su vigencia.

4. Pérdida necesaria de la habilitación

La extinción de la habilitación se produce, por tanto, por imposición de la ley, desde el momento mismo de la existencia del antecedente, esto es, de la pérdida del requisito habilitante, limitándose la Administración a declararlo así en la resolución que declara extinguida la habilitación por esta causa. Y ello, con independencia de que la cancelación de tales antecedentes, de conformidad con el art. 136 del Código Penal, pueda dar lugar a que se solicite una nueva habilitación que, lógicamente, ya no podrá tener en cuenta los antecedentes penales cancelados (art. 136.5 del Código Penal).

5. Cancelación de antecedentes

La cancelación y consiguiente olvido de los antecedentes penales, derecho que el Código Penal concede a todos los penados y que se encuentra íntimamente ligado con la orientación constitucional de nuestro sistema penológico hacia la reinserción social (art. 25.2 CE), permite, por tanto, que pueda solicitarse una nueva habilitación, pero no rehabilita la que se extinguió por imposición legal cuando el antecedente se produjo.

Por tanto, resulta irrelevante el matiz al que se alude en el auto de admisión relativo al momento en el que se haya producido la cancelación en el curso del

procedimiento seguido por la Administración para declarar la extinción de la habilitación.

VII. Parte dispositiva

Tras haber expuesto los argumentos indicados, la sentencia concluye con un triple pronunciamiento:

- Fijar un criterio interpretativo acorde con la tesis de la sentencia recurrida.
- Decide que no ha lugar al recurso de casación interpuesto.
- En cuanto a las costas procesales no se hace imposición, habida cuenta de las dudas de Derecho existentes, y a la vista de los artículos 93 y 139 LJCA.

VIII. Pasajes decisivos

El Fundamento de Derecho Séptimo contiene la respuesta a las cuestiones de interés casacional, que formula del siguiente modo:

La obligación de mantener el requisito de carecer de antecedentes penales por delito doloso durante toda la vigencia de la habilitación y la imposición legal de su extinción por su pérdida, determina que la extinción se produzca por imperativo legal desde el momento mismo en el que tales antecedentes se producen, de forma que la Administración se limita a declararlo así en la resolución que extingue la habilitación por esta causa, con independencia de que la cancelación de tales antecedentes, de conformidad con el art. 136 del Código Penal, pueda dar lugar a que se solicite una nueva habilitación que, lógicamente, ya no podrá tener en cuenta los antecedentes penales cancelados (art. 136.5 del Código Penal).

IX. Comentario

Desde la perspectiva que ahora interesa, el examen de esta resolución judicial sirve para traer a colación algunos criterios de la jurisprudencia laboral.

1. Las profesiones de seguridad privada

La Ley de Seguridad Privada es, en principio, una norma extralaboral^[4]; sin embargo, como sucede muchas veces, de su contenido se extraen ciertas pautas que pueden afectar a las relaciones laborales. Regula la actividad de las empresas de seguridad privada y de los despachos de detectives, así como la actuación del personal de ambos, estableciendo límites y requisitos. Cuando una empresa (o una Administración pública) contrate sus servicios, bien para desarrollar funciones de vigilancia en sus instalaciones, bien para investigar eventuales infracciones cometidas por sus empleados, deberá tener en cuenta las disposiciones de esta Ley, para evitar responsabilidades y verificar la efectividad de los servicios contratados.

Muy ilustrativa parece la explicitación de los fines que a la seguridad privada le asigna la Ley en supuestos como el del empleador que requiere tal tipo de servicio. Se trata de “la forma en la que los agentes privados contribuyen a la minoración de posibles riesgos asociados a su actividad industrial o mercantil, obtienen seguridad adicional más allá de la que provee la seguridad pública o satisfacen sus necesidades de información profesional con la investigación de asuntos de su legítimo interés”. Toda una manifestación sobre las bases a partir de las cuales pueden resolverse las dudas interpretativas que surjan o integrarse eventuales lagunas.

El recurso a servicios de seguridad privada, en sus diversas modalidades, debe articularlo la empresa respetando unos principios y mandatos, parte de los cuales ahora interesa recordar, sin perjuicio de su ulterior explicación.

- *Autoprotección.*- El empresario puede realizar funciones de vigilancia o investigar a su personal, bien por sí mismo (persona física, órganos gestores) o bien contratando a empresas de seguridad o detectives

(debidamente habilitados), pero tiene prohibido encomendar estas funciones a sus propios empleados.

- **Contratación previa.**- La prestación del servicio por empresas de seguridad o detectives exige la previa suscripción de un contrato escrito y su comunicación al Ministerio del Interior u órgano autonómico competente^[5].
- **Confidencialidad.**- Las empresas de seguridad y los despachos de detectives tienen deber de reserva respecto de la información a la que accedan en el desarrollo de sus funciones, salvo si son requeridos por autoridades judiciales o policiales. En todo caso, han de informar a estas últimas si tienen conocimiento de hechos delictivos.
- **Colaboración.**- Los prestadores de servicios de seguridad privada deberán comunicar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes, tan pronto como sea posible, cualesquiera circunstancias o informaciones relevantes para la prevención, el mantenimiento o restablecimiento de la seguridad ciudadana, así como todo hecho delictivo del que tuviesen conocimiento en el ejercicio de su actividad o funciones^[6].
- **Respeto a derechos fundamentales.**- Ni los vigilantes ni los detectives pueden emplear medidas o medios personales, materiales o técnicos de forma tal que atenten contra el derecho al honor, la intimidad, la propia imagen, el secreto de las comunicaciones o la protección de datos. Sus actuaciones han de ser razonables, necesarias, idóneas y proporcionales^[7].
- **No intervención en huelgas y otros conflictos.**- Ni vigilantes ni detectives pueden “intervenir ni interferir”, mientras estén ejerciendo los servicios y funciones que les son propios, en la celebración de reuniones y manifestaciones, ni en el desarrollo de conflictos políticos o laborales^[8].
- **Derechos y datos sensibles.**- Vigilantes y detectives tienen prohibido ejercer cualquier clase de control sobre opiniones políticas, sindicales o religiosas, o sobre la expresión de tales opiniones, y tampoco pueden proceder al tratamiento de datos relacionados con la ideología, afiliación sindical, religión o creencias.

2. La pérdida de la habilitación y el contrato de trabajo

La cuestión examinada posee una clara deriva laboral: precisar si la pérdida de la habilitación como personal de seguridad privada porque un vigilante de seguridad ha cometido un delito doloso cuando no estaba desempeñando sus funciones, constituye una causa de despido disciplinario o bien de despido objetivo por ineptitud sobrevinida.

Una norma legal impide que un condenado por un delito doloso pueda prestar servicios como vigilante de seguridad, en atención a las especiales funciones atribuidas a dichos trabajadores, que exigen una confianza en el vigilante incompatible con dichos antecedentes penales; y una norma colectiva prevé expresamente que dicha conducta delictiva constituye una infracción muy grave que justifica el despido disciplinario.

3. Despido disciplinario por conducta aparentemente extralaboral

Como regla general el poder de dirección del empleador se centra en la conducta del trabajador en el lugar y tiempo de trabajo: en principio, lo que hace el empleado fuera del trabajo no constituye materia disciplinaria. Pese a ello, sin ánimo exhaustivo, son varios los supuestos recientes en que la jurisprudencia ha admitido la procedencia de un despido basado en conductas desarrolladas fuera del ámbito laboral:

- Por apropiación de productos en otro supermercado de la misma empresa en que prestaba servicios la trabajadora^[9].

- Ofensas verbales y físicas a otros trabajadores en la comida de Navidad de la empresa^[10].
- Utilización del vehículo de la empresa fuera de la jornada laboral, desobedeciendo instrucciones expresas^[11]
- Competencia desleal, al presentar una oferta competitiva con la de la propia empresa^[12].
- Condena penal que comporta ingreso en prisión^[13].

Por tanto, se exceptúan de la expuesta regla general las obligaciones contractuales que despliegan efectos cuando el trabajador no está a disposición del empresario: deber de no concurrencia desleal, deber de no revelar secretos empresariales, deber de no ofender al empleador o a otros trabajadores.

4. Laboralización de la conducta privada del Vigilante de Seguridad

El Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad considera falta muy grave la comisión de un delito que conlleve la retirada de la habilitación para los vigilantes de seguridad porque sin ella no pueden ejercitar su profesión.

La STS 887/2022 de 2 noviembre ha entendido procedente el despido disciplinario del Vigilante que había sido privado de su habilitación como consecuencia de que, en su vida privada, fue sorprendido mientras conducía su coche pese a carecer de puntos.

X. Apunte final

No es necesario comentario especial alguno para evidenciar el importante papel que el convenio colectivo ha desempeñado a la hora de reconducir la pérdida de la habilitación hacia el despido disciplinario. En caso contrario, bien podría pensarse que la extinción por ineptitud sería el cauce más adecuado para finalizar el contrato laboral. Pero también podría suceder que el convenio recondujera el supuesto hacia una recolocación (con o sin límite temporal), o incluso hacia una suspensión. Desde luego, la empresa no está obligada a despedir disciplinariamente, sino que ello es una facultad.

Resulta muy interesante el apunte de la STS-CONT comentada: la cancelación de los antecedentes no evita que se prive de la licencia al Vigilante. Pero una vez que ello ha sucedido ya no cabe impedirle la obtención de una nueva con invocación de esos antecedentes, que ya han operado y que han sido cancelados. Es una variante de lo que viene considerándose “derecho al olvido”.

Referencias:

1. [^] *A los seis meses de la extinción de la pena, al amparo del art. 136 en relación con el art. 33.4.g del Código Penal.*
2. [^] *No entra la sentencia recurrida a discernir sobre el momento en el que tal cancelación se haya producido, si antes de la resolución originaria o después de ésta y antes de la resolución de la reposición, ya que, en el razonamiento que guía su decisión, esta irrelevancia de la cancelación de los antecedentes penales lo hace innecesario.*
3. [^] *Por eso STS-CONT 1364/2021 de 23 noviembre considera que el acceso al Registro Central de Penados y Rebeldes por parte de un funcionario de la Policía Nacional en el ejercicio de sus funciones, sin consentimiento del interesado, limitado a la comprobación del mantenimiento de un requisito*

necesario para la pervivencia de la habilitación para prestar servicios como vigilante de seguridad, carecer de antecedentes penales por delito doloso, está amparado por el art. 11.2.c) LOPD 1999, en cuanto responde a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implica necesariamente la conexión con aquel fichero de terceros, el Registro Central de Penados y Rebeldes, siendo, por tanto, una cesión legítima de datos personales que se encuentra legalmente prevista, responde a una finalidad constitucionalmente legítima y es proporcionada a la salvaguarda de la misma

4. ^ Desde la perspectiva del reparto constitucional de competencias, la Disposición Final Primera advierte que se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.29.^a de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de seguridad pública.
5. ^ Cuando quien contrata es una Administración Pública, puede establecer condiciones especiales relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones laborales por parte del contratista, penalizándolo por su incumplimiento o confiriéndoles el carácter de condición resolutoria del contrato.
6. ^ Véase el art. 14.2 de la Ley.
7. ^ La Exposición de Motivos lo expresa claramente: "la defensa de la seguridad y el legítimo derecho a usarla no pueden ser ocasión de agresión o desconocimiento de derechos o invasión de las esferas jurídicas y patrimoniales de otras personas".
8. ^ No cabe interpretar que la prohibición impida ejercer su derecho de huelga al personal de seguridad, pues semejante límite excede con mucho de lo que podría ordenar esta Ley ordinaria. En cambio, sí parece razonable la advertencia del legislador según la cual, cuando el personal de seguridad privada lleve a cabo funciones en una entidad en la que se presten servicios que resulten o se declaren esenciales o en la que el servicio de seguridad se haya impuesto obligatoriamente (por ejemplo, en bancos, cajas de ahorro y demás entidades de crédito), su ejercicio del derecho de huelga se deberá atener "a lo que respecto de dichas entidades disponga la legislación vigente". Es decir que habrá que estar a la fijación de servicios mínimos, que son los límites admisibles. Es claro que la norma desea que no interfieran en la participación de terceros en la huelga, aunque sean sujetos de su investigación o se encuentren en el ámbito de su vigilancia. Cuando un vigilante de seguridad observa que se está destruyendo patrimonio de la empresa durante el transcurso de la huelga hay que examinar las circunstancias del caso para ver si su actuación incide en el conflicto laboral. En principio, el detective que venía investigando a un trabajador cuando este decide participar en una huelga, no tendría por qué interrumpir la vigilancia, pues con ello no estaría interfiriendo en el desarrollo del conflicto. Ahora bien, cuestión distinta es que el empresario contrate sus servicios para investigar el comportamiento del trabajador durante la huelga, en cuyo caso sí que habría una mayor injerencia en el ejercicio del derecho fundamental que podría entenderse como interferencia.
9. ^ STS-SOC 21 septiembre 2017 (rcud. 2397/2015).
10. ^ STS-SOC 31 mayo 2022 (rcud. 1819/2020).
11. ^ STS 15 septiembre 2020 (rcud. 528/2018).
12. ^ STS 21 diciembre 2021 (rcud. 1090/2019).
13. ^ STS 24 abril 2018 (rcud. 1351/2016).

§ 54 Legitimación negocial de secciones sindicales con implantación.

Francisco A. Vila Tierno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga.

Resumen: *Legitimación de secciones sindicales para negociar convenios colectivos de empresa. Se vulnera la libertad sindical de la sección sindical del sindicato USO al impedir su presencia en la comisión negociadora, pese a disponer de implantación en los órganos de representación. Sentencia estimatoria.*

Palabras clave: *Negociación colectiva. Legitimación negocial. Libertad Sindical.*

Abstract: *Legittimazione delle sezioni sindacali a negoziare contratti collettivi aziendali. Violazione della libertà di associazione della sezione sindacale del sindacato USO per aver impedito la sua presenza nel comitato di negoziazione, nonostante la sua presenza negli organi di rappresentanza. Sentenza confermata.*

Keywords: *Contrattazione collettiva. Legittimazione negoziale. Libertà sindacale.*

I. Introducción

Las reglas de legitimación negocial vienen predeterminadas por el legislador, estableciendo, a estos efectos, quienes son los sujetos que pueden participar en la conformación de una norma jurídica como el convenio colectivo. Sobre este particular es preciso destacar como el art. 7 CE destaca el papel de los agentes sociales para la defensa y representación de los intereses que les son propios y que se canalizan, en parte, por el derecho de autonomía normativa que les asiste. La propia Constitución, del mismo modo, reconoce, para la acción de las organizaciones sindicales, el derecho fundamental de Libertad Sindical (art. 28), cuyo contenido se concreta y desarrolla (art. 53) a través de una Ley Orgánica: la LOLS. Precisamente, en dicha norma, se reconoce la facultad negocial a determinadas organizaciones sindicales basándose en el dato de la representatividad y de acuerdo a la normativa que disciplina el procedimiento de negociación, que no es otro que el Título III del Estatuto de los Trabajadores (ET).

La aplicación conjunta de ambas normas, esto es, de la legislación ordinaria (ET) y de la de contenido constitucional (LOLS), nos sitúan ante un marco de garantías en orden a asegurar el derecho a negociar de las organizaciones legitimadas para ello. Y caso de no cumplirse con tal marco regulador, podríamos observar no solo un incumplimiento de las reglas procedimentales en tal negociación, sino afectar al propio Derecho Fundamental antes señalado.

No existe justificación, en este sentido, que permita alcanzar acuerdos, por mucho que representen los intereses de la mayoría, que supongan una reducción de las posibilidades de negociación de cualquier organización sindical legitimada mediante la minoración del número de los miembros de la comisión negociadora. Dicha reducción,

aunque a priori no se considere arbitraria o discriminatoria, puede entenderse que sí lo es en tanto que vulnera el Derecho Fundamental de la organización sindical afectada.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 267/2023, de 12 de abril.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación núm. 4/2021.

ECLI:ES:TS:2023:1631.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Como es común en las sentencias en las que actúa como Ponente el Magistrado Sempere Navarro, se encuentra una redacción ordenada, sistemática y didáctica que resulta ilustrativa desde el planteamiento fáctico hasta sus conclusiones finales. En este sentido, el Fundamento Jurídico Primero viene a definir, en su apartado primero, los hechos más relevantes que se suscitan como objeto del debate.

Y así, se nos señala lo siguiente:

- “Se queja el sindicato USO de que, durante el año 2020, en la constitución de la Comisión Negociadora para el XV Convenio Colectivo de Repsol Química S.A se ha vulnerado su libertad sindical. La sentencia recurrida resalta los siguientes datos:
- Años atrás, al negociarse el VI Convenio los sujetos intervinientes pactaron que en lo sucesivo la representación negociadora se integraría por un máximo de diez personas en cada "banco" (social y patronal). Así sucedió en el año 2001 para la negociación de los VII y VIII convenios colectivos de empresa; y en 2005 para el IX.
- USO mostró su disconformidad con esa composición respecto del VII Convenio Colectivo, pues al quedar fijado el banco social en 9 integrantes, y dada su implantación, quedó fuera del mismo. Tanto la Audiencia Nacional (23 septiembre 1999) cuanto esta Sala Cuarta (STS 5 diciembre 2000, rec. 4374/1999) consideraron legal esa composición.
- Para la negociación del XV Convenio, por acuerdo mayoritario de las secciones sindicales con legitimación negociadora se decidió que serían diez personas las que accederían a la comisión negociadora.
- La audiencia electoral en el momento de constituirse la Comisión Negociadora arroja el siguiente resultado: Comisiones Obreras (CCOO): 14 representantes; Unión General de Trabajadores (UGT): 13; Sindicato de Trabajadores (STR): 10; Unión Sindical Obrera (USO): 2”.
- A partir de estos datos, lo que se razona, en esta Sentencia, es si una sección sindical con presencia en los órganos de representación unitaria - por pequeña que sea- puede quedar fuera de la negociación por un acuerdo adoptado -con los matices que se planteen- por las mayorías que plantee una reducción de los miembros de la comisión negociadora.

IV. Posición de las partes

En el Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia se resume la posición de la parte actora que consiste en la reclamación del sindicato USO de “no haber sido incluido en la mesa de negociación del XV Convenio Colectivo de la compañía demandada, al haberse fijado en diez los integrantes por cada parte, lesiona su libertad sindical en la vertiente de negociación colectiva. Argumenta que si se optara por cualquier otra configuración (de 9, 10 o 13 integrantes) tendría cabida sin causar perjuicio alguno al resto de sindicatos, y sin que se modificasen las necesarias mayorías para la adopción de acuerdos en su seno.

Su demanda, presentada con fecha 20 de febrero de 2020, expone la legislación y jurisprudencia que considera adecuadas para pedir la declaración de lo siguiente:

1.- Que la conducta de la empresa REPSOL QUIMICA, S.A. y de las Centrales Sindicales COMISIONES OBRERAS DE INDUSTRIA (CCOO-INDUSTRIA), FEDERACION DE INDUSTRIA, CONSTRUCCION Y AGRO DE LA UNION GENERAL DE TRABAJADORES (UGTFICA) y SINDICATO DE TRABAJADORES (STR), excluyendo a la UNION SINDICAL OBRERA (USO) de la COMISION NEGOCIADORA DEL XV CONVENIO COLECTIVO DE REPSOL QUIMICA, S.A., supone una lesión a la Libertad Sindical de USO y, en consecuencia, se declare la nulidad de la citada conducta discriminatoria y contraria a la Libertad Sindical.

2.- Se ordene el cese inmediato del comportamiento antisindical y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, reconociéndose el derecho de la UNION SINDICAL OBRERA (USO) a tener un representante en la COMISION NEGOCIADORA DEL XV CONVENIO COLECTIVO DE REPSOL QUIMICA, S.A.

3.- Se reparen las consecuencias de dicha conducta contraria a la libertad sindical y se proceda a indemnizar USO, por los daños y perjuicios causados, con la cantidad de OCHO MIL EUROS (8.000 €) por la empresa y los sindicatos demandados”.

La sentencia que obtuvo fue desestimatoria por varios argumentos (5) que siguen sin ser compartidos por la recurrente que sigue manteniendo la vulneración de “diversos preceptos de la Constitución (arts. 7, 28.1, 37.1 CE); de la Ley Orgánica de libertad Sindical (arts. 2.1.a y b; 2.2.d LOLS); de los Convenios 151 y 154 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); todo ello en relación con los preceptos del Estatuto de los Trabajadores sobre legitimación para negociar convenios colectivos de empresa (arts. 87.1 y 88 ET)”, así como determinada jurisprudencia constitucional.

Frente a tal posicionamiento, se oponen las partes demandadas con base a los siguientes razonamientos:

-UGT y CCOO (este último por adhesión a la impugnación del Recurso por el primero). Manifiesta que el derecho a negociar no implica una presencia definitiva en la comisión negociadora, sino que ello dependerá de la aplicación de la regla de proporcionalidad según su representatividad, elemento que quebraría si a USO se le atribuyera un miembro de aquella comisión contando con solo dos representantes sobre 39. Insiste en entender que conforme a la doctrina de la STC 137/1991 no hay discriminación o vulneración de la libertad sindical.

-Empresa. Señala que el derecho a negociar o legitimación inicial se le respeta a USO al admitirse su participación en la reunión inicial, en la que se vota y, por mayoría, prospera una propuesta distinta a la suya consistente en incrementar el número de miembros de la comisión respecto a procesos negociales anteriores. De igual modo, invoca “la doctrina de SSTS 15 febrero 1993 y 13 noviembre 1997, así como de la STC 137/1991 sobre autonomía de las partes para acordar la composición numérica de la Comisión Negociadora. Además, la STS 5 noviembre 1998 avala la composición ajustada al número tradicional aunque ello suponga que un sindicato, por razones de proporcionalidad, quede fuera de la misma. Por otro lado, la escasa representatividad de USO resta trascendencia a su hipotética incorporación a ese órgano”.

C) STR. Entiende que no se ha actuado de manera distinta a los procesos anteriores en la misma empresa,

D) Fiscalía. La Fiscalía de la Audiencia Nacional entiende que el recurso debe ser estimado porque USO tiene legitimación para negociar y ello no se cumple, por lo que hay vulneración del Derecho Fundamental. La Fiscalía de la Sala Cuarta, sin embargo, descarta la estimación porque entiende que tal cuestión ya fue resuelta por la STS 5 diciembre 2010 (rec. 4374/1999), además que que no se aportan indicios discriminatorios concurre, mientras que queda acreditado que el número de integrantes de la Comisión Negociadora es el tradicional.

V. Normativa aplicable al caso

El Estatuto de los Trabajadores (ET), fija, en sus arts. 87 a 89, tres niveles de legitimación negocial: inicial (87), plena (88) y decisoria (89). Distinción que, en cualquier caso, no resulta perfectamente diferenciada ni es identificable, de un modo preciso y absoluto, con cada uno de aquellos preceptos, pero que, puede identificarse, de algún modo, con las diferentes opciones que se dan a cada uno de tales niveles:

- La legitimación inicial, se identifica con un derecho en abstracto a negociar. Ello supone reconocer a los sujetos que podrían negociar sin que ello suponga un derecho concreto a negociar con posterioridad. O, dicho de otro modo, se reconoce el derecho, pero ello no garantiza el ejercicio. Para este reconocimiento se exige un mínimo de representatividad en la unidad negociadora.
- La legitimación plena, se corresponde con una mayoría suficiente que garantiza la posibilidad de conformar válidamente la comisión negociadora. Este nivel lo que implica es que no pueden poner válidamente en marcha la negociación aquellas representaciones que no sumen la mayoría en su contexto. Determinada esa mayoría, tienen que tener cabida en el proceso negocial aquellas representaciones que acreditan tener una legitimación inicial.
- La legitimación decisoria se corresponde con la obtención del voto mayoritario de cada uno de los bancos negociadores.

Al amparo de este triple nivel de legitimación negocial deben determinarse los sujetos llamados a negociar en el ámbito de empresa, como el que se cuestiona en la resolución judicial objeto de análisis.

Si nos atenemos al nivel de legitimación mínimo que determina los sujetos con derecho a negociar —e insistimos que no se tienen porqué corresponder con los que necesariamente negocien—, el art. 87.1 ET dispone que:

“En representación de los trabajadores estarán legitimados para negociar en los convenios de empresa y de ámbito inferior, el comité de empresa, los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité.

La intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal”.

Es decir, que puede negociar, de manera indistinta, la representación unitaria o la sindical y, en este caso, las secciones sindicales que reúnan los requisitos legalmente exigidos en materia de legitimación negocial.

A este respecto, conviene aludir a los arts. 2 y 8 LOLS, de los que se derivan las atribuciones de las secciones sindicales según su representatividad. En este sentido, deben distinguirse entre secciones sindicales sin implantación, de sindicatos más representativos y con implantación para fijar las funciones, derechos o actuaciones que puede desempeñar a partir de los resultados obtenidos en las elecciones a los

órganos de representación unitaria o su pertenencia a una organización sindical más representativa. Y aquí, expresamente, el art. 8 LOLS reconoce a las secciones sindicales de sindicatos más representativos y las que cuenten con implantación el derecho a "la negociación colectiva, en los términos establecidos en su legislación específica". Legislación específica que se corresponde con los citados arts. 87 a 89 ET y que, de partida, excluye a las secciones sindicales sin implantación, pero, en ningún modo, aquellas que sí la tienen.

De manera adicional, el art. 88.1 del ET dispone que "El reparto de miembros con voz y voto en el seno de la comisión negociadora se efectuará con respeto al derecho de todos los legitimados según el artículo anterior y en proporción a su representatividad."

De este modo, de acuerdo a los resultados electorales preexistentes en el momento de inicio de la negociación del convenio colectivo, debe procederse al reparto de puestos en la comisión negociadora -como consecuencia de la necesidad de conformar un banco social con un máximo de 13 miembros-. Y, a estos efectos, se debe guardar la proporcionalidad en cuanto a la representatividad en los órganos de representación unitaria -que puede ser de un número mayor o menor de miembros-.

Este es el planteamiento legal que sirve de base para que la sentencia objeto de análisis valore si se ha producido un reparto proporcional de puestos en la comisión negociadora o si, por el contrario, la minoración de representantes por banco ha supuesto un desconocimiento de la normativa y del contenido del Derecho de Libertad Sindical en su vertiente de negociación colectiva.

VI. Doctrina básica

La doctrina básica que se sienta en esta STS-SOC núm. 267/2023, de 12 de abril, que es reiteración de resoluciones precedentes que se citan en la misma sentencia y que vienen a reconocer que una exclusión de la comisión negociadora de un sujeto con legitimación supone una infracción del derecho que le avala (STS 27 octubre 2014, rec. 267/2013 y STS 742/2017 de 28 septiembre, rec. 172/2016).

En este sentido, ni la conducta anterior en la misma línea, ni el alcanzar un acuerdo por la representación mayoritaria pueden vaciar de contenido lo previsto en preceptos legales de orden público como los que disciplinan la legitimación negocial. El derecho a la autonomía colectiva permite alcanzar acuerdos entre las organizaciones sindicales para fijar el número de representantes en la comisión, pero ello no puede significar que estén exentos de limitaciones.

Sería irrelevante, a estos efectos, las operaciones matemáticas que pretendan defender el mantenimiento del criterio de proporcionalidad, ya que este principio, aplicado de un modo estricto, no debe suponer, por sí mismo, la exclusión de sindicatos con derecho a negociar, salvo por razones objetivas como el de un número excesivo de organizaciones con legitimación.

La afección que se produce al Derecho de Libertad Sindical, además, excluye una valoración en términos cuantitativos, esto es, sobre la posible incidencia de la presencia del sindicato excluido en el devenir de la negociación o su peso frente a otros sindicatos mayoritarios, puesto que lo relevante es la entidad del Derecho vulnerado.

VII. Parte dispositiva

Concretamente el Fundamento Jurídico Séptimo, en su apartado tercero, se desgana con detalle la argumentación que sirve para sentar la doctrina más relevante en esta materia y que se resume del siguiente modo:

1.- Los sindicatos con implantación en los órganos de representación unitaria tienen derecho a negociar convenios colectivos en el marco del reconocimiento constitucional (arts. 28 y 37 CE) y legal (art. 87 ET).

2.- Que tal derecho se hará de manera proporcional a su representatividad real (art. 88.1 ET), de manera que su desconocimiento puede suponer una vulneración del derecho de Libertad Sindical salvo justificación objetiva (arts. 2.2 LOLS y 28 CE).

3.- El equilibrio entre la posibilidad de fijar el número de miembros de la Comisión Negociadora y el reparto proporcional de los puestos, “hay que combinar esas dos premisas de modo que se posibilite el ejercicio del derecho a negociar a todo sujeto colectivo a quien se lo haya reconocido el legislador”.

4.- La Sala no debe entrar en la realización de operaciones matemáticas que calculen si la reducción de miembros puede no respetar o sí esa proporcionalidad, sino comprobar si ha podido producir una infracción mediante la exclusión de un sujeto con legitimación negocial. Sin que ello suponga eludir la posibilidad (reconocida en la jurisprudencia constitucional: STC 137/1991) de que aquel sujeto con legitimación inicial quede fuera del proceso, pero tampoco que las organizaciones sindicales mayoritarias puedan excluir a las minoritarias, lo que acontece en un acuerdo entre aquellas para minorar el número de miembros de la comisión imposibilitando la negociación de una de las últimas.

5.- La consecuencia de todo lo anterior se señala expresamente en el art. 15 LOLS consistente en el cese de la conducta y la reparación del daño.

VIII. Pasajes decisivos

De manera sucesiva, en el Fundamento Jurídico séptimo se van sucediendo referencias que resultan absolutamente determinantes en la conformación de la doctrina antes señalada:

“Hay [...] múltiples criterios jurisprudenciales tanto ordinarios cuanto constitucionales. [...] resulta necesario realizar ahora la síntesis y armonización [...]

1º) Siempre que sea posible ha de respetarse el derecho a la negociación colectiva de todo sujeto al que las leyes se lo reconozcan.

2º) Los sujetos legitimados para negociar pueden acordar, dentro del tope legal, el número de representantes que consideren adecuado para negociar el convenio colectivo.

3º) La mera tradición no puede bastar para legitimar conductas lesivas del derecho a la negociación colectiva.

4º) La audiencia electoral ha de tomarse muy en cuenta a la hora de designar a quienes representan a la plantilla de la empresa.

5º) La representatividad de cada sección sindical no depende del número de personas afiliadas con que cuenten la Comisión Negociadora, sino de su audiencia electoral.

[...]

La sentencia recurrida, [...] han dado hasta cinco razones principales para descartar que exista vulneración de la libertad sindical [...]

A) Sobre la ausencia de indicio discriminatorio: el resultado cuestionado se justifica a la vista de la razón matemática (se aplica la proporcionalidad) y de los precedentes (los convenios de empresa anteriores).

Sin embargo, cuando se trata de la observancia de preceptos legales de orden público (como los que disciplinan la composición de una comisión negociadora de convenio colectivo), basta el resultado final para que pueda examinarse si existe la lesión de la libertad sindical invocada.

[...]

Lo cierto es que, con arreglo a la doctrina expuesta (apartado 2 del Fundamento Sexto), el modo en que hade medirse la representatividad de quienes negocian y la validez de sus acuerdos (atendiendo a la audiencia electoral) resta importancia tanto a la presencia de sindicatos minoritarios cuanto al número exacto de cada uno de ellos. Que sea deseable la máxima proporcionalidad interna no puede bastar para descartar la presenciad de quienes tienen derecho a ello, a menos que existan razones poderosas (por ejemplo, un número excesivo de sindicatos legitimados).

B) Sobre la autonomía colectiva [...] una cosa es que las partes con legitimación para negociar puedan acordar libremente el número de quienes van a hacerlo y otra que tal decisión carezca de límites. [...] Debe respetarse el derecho de las secciones legitimadas para negociar (art. 8.2.b LOLS), estando presentes en las deliberaciones y votaciones.

Una cosa es que las secciones sindicales con derecho a negociar convenios colectivos de empresa puedan, válidamente, fijar el número de personas que van a integrar el "banco social" y otra que a través de ese acuerdo eludan alguna de las exigencias expuestas.

C) Situación consolidada: la limitación numérica de negociadores (y su consecuencia) vendría avalada por los precedentes convenios.

Huelga advertir que la pacífica negociación de años precedentes no comporta que quienes la toleraron o, incluso, respaldaron, carezcan de la posibilidad de cuestionar la validez de sus presupuestos con posterioridad. Los derechos constitucionales no pueden quedar sin virtualidad por el hecho de que previamente se haya consentido su restricción.

Cosa distinta es que esos antecedentes puedan servir para minorar las consecuencias de una indemnización [...]

D) Escasa trascendencia: se descarta también la lesión de la libertad sindical porque lo acaecido carece de la relevancia suficiente. Es decir, aunque USO estuviera presente en la negociación, su escaso éxito electoral hace que apenas incida en el resultado de las deliberaciones y toma de acuerdos.

Hemos de salir al paso de esa pretendida irrelevancia de lo reclamado. La legitimación para negociar se mueve en varios planos (Fundamento Tercero.1.B) y cada uno de ellos posee funcionalidad diversa, pero todos están igualmente protegidos. Estando en juego la libertad sindical, dada la índole de los sujetos que aquí han negociado, esa tutela es máxima. No cabe, por tanto, una contemplación matemática o probabilística sobre la incidencia que tendría la efectiva participación del sindicato USO en esas negociaciones.

[...]

E) Defensa de los demás sindicatos: también se justifica la exclusión de USO porque su presencia minoraría la del resto de sindicatos con implantación.

Dicho queda que no consideramos que este argumento sea consistente. [...]

[...]

Consideramos que la demanda del sindicato recurrente debiera haberse estimado y que la SAN recurrida incurre en las infracciones sustantivas que el cuarto motivo casacional ha denunciado, [...] Las razones de ello [...] son resumibles del siguiente modo:

A) Concretando los términos en que nuestra Constitución reconoce el derecho a la libertad sindical (art. 28.1) y a la negociación colectiva (art. 37.1), la LOLS reconoce a las secciones sindicales de los sindicatos con presencia en los órganos de representación unitaria el derecho a negociar convenios colectivos (art. 8.2.b), en los términos previstos legalmente.

B) El Estatuto de los Trabajadores permite que negocien convenios de empresa (o ámbito inferior) "las secciones sindicales si las hubiere", condicionándolo a que "en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité" (art. 87.1.1 ET).

[...]

C) El legislador ha prescrito que "todo sindicato [...] que reúna el requisito de legitimación, tendrá derecho a formar parte de la comisión negociadora" (art. 87.5 ET) y que "el reparto de miembros con voz y voto en el seno de la comisión negociadora se efectuará con respeto al derecho de todos los legitimados según el artículo anterior y en proporción a su representatividad" (art. 88.1 ET).

Siendo la USO sindicato legitimado y estando en juego su derecho fundamental a la acción sindical (arts.28.2 CE y 2.2.d LOLS) la restricción que comporta el que no acceda a la comisión negociadora habría de estar especialmente justificada.

D) En función del debate suscitado ante esta Sala, en el pasado hemos legitimado alguna situación como la presente (STS 5 diciembre 2000; rec. 4374/1999). Así resultaba del juego combinado de dos líneas argumentales: libertad para fijar el número de integrantes de la Comisión y aplicación pura de la proporcionalidad.

Sin embargo, a la vista de los argumentos ahora desplegados y del enfoque asumido por el recurrente, entendemos que esa doctrina debe ceder ante la ya adelantada: no existiendo fuerte obstáculo para ello, hay que combinar esas dos premisas de modo que se posibilite el ejercicio del derecho a negociar a todo sujeto colectivo a quien se lo haya reconocido el legislador.

E) Tanto el recurso cuanto alguna de las impugnaciones se esfuerzan en realizar operaciones matemáticas para respaldar sus respectivas tesis. Incluso en alguna ocasión esta Sala ha convalidado sentencias que indicaban el número exacto de negociadores que correspondía a cada sindicato.

Consideramos que esa no es la mejor forma de resolver, en el ámbito judicial, una cuestión que el legislador ha remitido a la autonomía colectiva. Nuestro papel no es el de indicar cómo deben realizarse las operaciones de proporcionalidad (o no) o de establecer el número de personas que integran cada representación (que puede ser dispar). Hemos de limitarnos a comprobar si se ha incumplido alguna exigencia inderogable y a exigir que se restablezca, con la mínima intrusión posible pues ya hemos visto que cabe múltiples formulasen esta materia (incluso la atribución de puestos en número idéntico, dado que el voto de cada sección está ponderado).

F) La doctrina constitucional (STC 137/1991) admite que una sección legitimada para intervenir en la negociación quede sin representación cuando ello "pueda ser impracticable por las limitaciones numéricas". En nuestro caso, puesto que no existe un número de secciones sindicales legitimadas para negociar que convierten especialmente disfuncional la presencia de todas en la comisión negociadora y la USO es una de ellas, la estimación del recurso resulta obligada.

Esa misma jurisprudencia rechaza que la Sección o Secciones con mayoría de la representación unitaria puedan excluir válidamente a las restantes. Tal es, justamente, lo que aquí acaece.

G) El artículo 15 LOLS dispone que "si el órgano judicial entendiese probada la violación del derecho de libertad sindical decretará el cese inmediato del comportamiento antisindical, así como la reparación consiguiente de sus consecuencias ilícitas". [...].

IX. Comentario

La normativa española es muy explícita y cerrada cuando fija quienes son los sujetos negociadores de un convenio colectivo estatutario. Y ello no es fruto de una decisión arbitraria, sino el resultado o la necesidad de establecer las garantías necesarias para la configuración de una norma jurídica que se integra en nuestro

ordenamiento. Téngase en cuenta que en el proceso de creación de un convenio colectivo se está trasladando la función creadora, el reconocimiento como fuente material, a los sujetos que representan los intereses en juego. De este modo, adquiere una especial importancia asegurar el derecho a negociar de todos los sujetos con legitimación de acuerdo con la normativa de referencia, en tanto que ello lo que hace, en concreto, es traducir la finalidad del legislador de dar voz a todos los colectivos que pueden estar en el ámbito de aplicación de aquella norma a través de sus representantes.

La misma CE reconoce fuerza vinculante a la negociación colectiva (art. 37), limitándose, no obstante, por el legislador ordinario, la eficacia normativa y erga omnes a aquel convenio cuya tramitación se realiza de acuerdo con unas garantías expresamente delimitadas. Específicamente aquellas que se fijan en el Título III ET respecto al contenido, procedimiento o sus sujetos. Estos últimos según las reglas específicamente establecidas en los arts. 87 y 88 ET. De otro modo, no puede quedar acreditada la presencia en el proceso de todos los sujetos con representatividad suficiente (legitimación inicial).

Aquellos preceptos establecen, por tanto, como criterio para la determinación de las partes negociadoras, la representatividad de los sujetos, tal y como se ha adelantado. Esto es, únicamente se reconoce la capacidad para negociar a quienes representan a la mayoría de los afectados por la eventual unidad de negociación, pero sin que ello permita excluir a las organizaciones minoritarias, pues están también gozan del derecho a negociar que, en el caso de representaciones sindicales, se vincula al Derecho Fundamental de esta naturaleza. De esta forma, se garantiza que, de una parte, se representan los intereses de todos los que conforman el ámbito subjetivo del convenio y, de otra, que los participantes en el proceso negociacional aseguran las mayorías suficientes para la adopción de acuerdos válidos. Siendo así, el legislador, cuando se refiere a la parte social, de un modo coherente, traslada los mecanismos de representación de los trabajadores y sus fórmulas legal y constitucionalmente reconocidas, al marco de la negociación colectiva.

Esta ordenación, en cualquier caso, no está exenta de problemas de interpretación y ha producido a un debate judicial significativo, como el analizado en la resolución comentada. Sin embargo, ello no ha impedido la pervivencia de las reglas de legitimación, con apenas retoques puntuales desde la existencia del ET en su primera redacción.

Del mismo modo, al remitirse el legislador a las formas típicas de representación de los trabajadores, también deben remitirse a sus reglas específicas de conformación de la voluntad. Única y exclusivamente el cumplimiento de las normas respecto a los sujetos determinará el filtro de la legitimación necesaria para la aprobación de ese tipo de convenios. Siendo así, resulta esencial la fijación de los sujetos como punto de partida para la negociación colectiva. Y para ello, es importante recordar que solo las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y las que tengan implantación en los órganos unitarios, tienen reconocido el derecho a negociar.

Así, acreditada de manera suficientemente su representatividad para el ejercicio de su actividad negociacional, conforme a los plazos y los modos en los que se determinan los diferentes niveles de legitimación, no puede, ni podrá, excluirse un sindicato que cumpla tales requisitos al amparo de conductas anteriores similares o acuerdos entre sujetos mayoritarios para minorar el número de representantes en la Comisión Negociadora, en tanto que ello será una vulneración del derecho de Libertad Sindical. Podemos darle todas las vueltas que queramos, pero estaremos ante una conducta que discrimina a una organización sindical, por ser minoritaria, y le impide ejercer su derecho a negociar.

X. Apunte final

En resumen:

a) Hay unos sujetos que cuentan con una representatividad mínima exigida por ley: pueden negociar, pero no pueden poner en marcha la negociación si no suman la mayoría en la unidad negociadora. Estos sujetos con legitimación negociadora, no pueden ser excluidos de manera arbitraria;

b) Hay sujetos que cuentan con representatividad mayoritaria exigida por ley: pueden poner en marcha la negociación porque sus decisiones representan los intereses de la mayoría. Pero ello no les habilita para adoptar cualquier decisión. Deben sumarse a la negociación los que tienen representatividad mínima, pero según sea el cauce seguido, esto es, solo los representantes sindicales con legitimación;

Estos últimos, y solo estos últimos son los que pueden promover la conformación de la comisión negociadora y, por tanto, los únicos que pueden denunciar y promover la negociación del convenio – y una vez hecho y formada la comisión negociadora con 13 representantes, como máximo, de los trabajadores (o ponderando el voto), para aprobar el convenio, es necesario votar y sumar la mayoría de esos 13-. Cualquier alteración de ese número de representantes, que cabe en nuestro ordenamiento, sería válida si no afecta al derecho a negociar de cualquier sujeto legitimado.

Hemos reiterado y reiterado la idea central, pero parece preciso hacerlo por la conclusión final: todo el esfuerzo negociador se pone en peligro, careciendo de validez lo pactado cualquier pacto que pueda suponer una vulneración del derecho de Libertad Sindical y ello puede ser una minoración del número de miembros de la Comisión si alguien queda fuera de la misma.

Corolario o recomendación última: no pactar una minoración de los miembros de la comisión negociadora, aunque se presuma que se siga respetando el principio de proporcionalidad si de ello resulta afectada una organización sindical. Hoy puede ser por su exclusión, en otro momento puede resultar por una minoración de su peso real en el proceso o cualquier otra circunstancia que pueda considerarse una vulneración de su Derecho Fundamental.

§ 55 ¿Qué eficacia real tiene el accidente en misión como modalidad específica y ampliada de accidente de trabajo? Delimitación restrictiva atendiendo a los requisitos jurisprudenciales para calificar el accidente en misión.

José Luis Monereo Pérez

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

Resumen: *En el ámbito de un litigio sobre incapacidad temporal (IT) se discute sobre la calificación (profesional o común) que merece la lesión padecida por la persona trabajadora cuando estaba desplazada ("en misión"). Accidente de trabajo "en misión": no lo es la caída mientras la persona se toma una ducha en el hotel de alojamiento a que se acude con ocasión de un desplazamiento ("en misión") para asistir a un evento relacionado directamente con la actividad profesional: un seminario formativo. Para esa calificación se exige la concurrencia de datos o indicios adicionales de riesgo que muestren una conexión más estrecha entre el accidente y el trabajo.*

Palabras clave: *Incapacidad Temporal. Accidente de Trabajo. Accidente "en misión". Accidente "in itinere". Ocasionalidad relevante. Accidente común. "Sociedad del riesgo".*

Abstract: *In the context of a litigation on temporary disability (TI), the qualification (occupational or common) of the injury suffered by the worker while he/she was travelling ("on mission") is under discussion. Occupational accident "on mission": a fall while the person is taking a shower in the hotel where he/she is staying during a trip ("on mission") to attend an event directly related to the professional activity: a training seminar, is not an occupational accident. This qualification requires the concurrence of additional data or evidence of risk showing a closer connection between the accident and the work.*

Keywords: *Temporary disability; Occupational accident; Accident "on mission"; Accident "in itinere"; Relevant casualty; Common accident; "risk society".*

"La convicción jurídica que está en la base de la sentencia no está concebida en su generalidad, no viene a las mentes del juzgador tanto la convicción jurídica general y abstracta como la acomodación de ésta al caso que tiene en vista: se trata de una convicción y de un

pensamiento que ya van ordenados y enfilados hacia el caso singular que se trata de decidir, cuya interior substancia consiste precisamente en esto [...]

Felipe Clemente de Diego^[1]

I. Introducción

La categoría jurídica del accidente de trabajo “en misión” es fruto de la creación jurisprudencial, con apoyo en el artículo 156.1 LGSS. Su creación refleja una interpretación finalista del marco legal regulador del Accidente de Trabajo.

Es una modalidad específica de accidente de trabajo, que siempre ha sido objeto de controversia jurídica. Es controvertida porque tras largos años de su elaboración se produce un giro restrictivo en la interpretación jurisprudencial respecto de su alcance y apreciación. La STS-SOC 278/2023, de 18 de abril, mantiene la tesis restrictiva en lo fundamental.

Sin embargo, el propio Tribunal Supremo, deja claro en la STS-SOC 278/2023 –y lo hace con loable oportunidad y precisión– que la doctrina jurisprudencial más exigente en la observancia de los requisitos exigibles no puede ser generalizable a todos los supuestos, porque, como muestra la experiencia jurídica (también los precedentes jurisprudenciales) hay que *analizar y valorar las circunstancias fácticas del caso* para adoptar un criterio individualizador correcto que sea adecuado y coherente con los fines que están implicados en la determinación de las contingencias, utilizando para ello el juicio de razonabilidad que es inherente al proceso de decisión judicial sobre la controversia jurídica y teniendo en cuenta que se manejan conceptos jurídicos indeterminados como ocurre con el mismo concepto de “ocasionalidad” (“con ocasión”, son los términos expresados en el artículo 156.1 LGSS), que exigen una concreción/especificación hermenéutica más allá de cualquier ilusión del reclamo “silogístico” en la interpretación. La concreción/especificación constituye en sí misma una operación de construcción jurídica que realizan los órganos judiciales en el proceso de decisión judicial. En ello cuenta, ante todo, la realización del fin que ha perseguido el legislador, atendiendo evolutiva y dinámicamente al contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas (artículo 3 del Código Civil).

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 278/2023, de 18 de abril.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 3119/2020.

ECLI:ES:TS:2023:1650

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

“1º.- D^a Elisenda, presta servicios en PREMATECNICA SA a quien la demandante IBERMUTUA cubre los riesgos de accidentes profesionales y comunes.

2º.- El 7-6-2018 esta trabajadora había acudido, siguiendo instrucciones empresariales, a Tarragona para intervenir en un seminario formativo. Estando en el

hotel resbala y se cae en la ducha hacia las 7 de la mañana cuando se preparaba para asistir a dicho seminario.

3º.- La Sra. Elisenda fue dada de baja médica por accidente de trabajo situación de IT que se prolongó desde el 8 al 22-6-2018 y cuya atención sanitaria y costes de subsidio ha asumido la mutua demandante.

4º.- Ibermutua tramitó expediente de determinación de contingencia que culmina con resolución del INSS de 20-5-2019 que declara que la IT deriva de accidente de trabajo".

El problema suscitado estriba en determinar si en tal caso estamos ante un Accidente de Trabajo ("en misión") (contingencia profesional) o ante un Accidente de Trabajo común o extralaboral (contingencia común).

La trabajadora acudió, siguiendo instrucciones empresariales, a Tarragona para intervenir en un seminario formativo. Estando en el hotel resbala y se cae en la ducha (hacia las siete de la mañana), cuando se preparaba para asistir a dicho seminario. Fue dada de baja médica por accidente de trabajo, situación de IT que se prolongó desde el 8 al 22 de junio de 2018. Se realza que el accidente se produce en un contexto laboral en que la persona trabajadora iba a comenzar inmediatamente y que el motivo de que su caída en la ducha, más allá de ser un hecho fortuito, no era otro que su obligación laboral de acudir al seminario formativo.

Por Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) se declara que la IT deriva de *accidente de trabajo*.

El Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, entiende que existe Accidente de Trabajo "en misión". El mismo criterio doctrinal mantiene el Tribunal Superior de Justicia competente: Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia con fecha 20 de julio de 2020, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por IBERMUTUA (antes IBERMUTUAMUR), Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 274, contra la sentencia dictada el 02 de octubre de 2019 por el Juzgado de lo Social número 33 de Madrid, autos 755/2019, que se *confirma en su integridad*

Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado, en representación de Ibermutuamur, Mutua colaboradora con la Seguridad Social nº 274, mediante escrito de 23 de septiembre de 2020, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina.

Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo. Lo cual tuvo efecto.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Ibermutua, Mutua colaboradora con la Seguridad Social nº 274. Decide estimar la demanda de Ibermutua y declarar que la incapacidad temporal de la Sra. Elisenda *tiene origen en contingencia común*.

IV. Posición de las partes

- La mutua IBERMUTUAMUR discrepa de la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y recurre en casación para la unificación de doctrina, con apoyo en la sentencia de contradicción la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco de 24 de octubre de 2017, que declaró que la condición de accidente de trabajo al accidente que sufrió un médico en la ducha del Hotel donde se alojaba para asistir a un congreso en una ciudad a la se había desplazado. En esta sentencia se consideró que el accidente, que había acontecido por la noche, después de alojarse en el hotel, se produjo en el marco de una actividad privada y personal, aunque fuera era

evidente que la persona que trabaja se encontraba en Barcelona precisamente con motivo de un desplazamiento en razón de su trabajo.

-El Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, Prematécnica, S.A. y D^a Elisenda, trabajadora accidentada, que estuvo en situación de incapacidad temporal: Consideran que el Accidente que se había producido (caída en la ducha del hotel en tiempo de descanso) era constitutivo de una contingencia vinculada al trabajo y conexas dinámicamente con la actividad encomendada por el empleador. Para el INSS y la víctima es accidente laboral "en misión" el producido por una caída mientras se toma una ducha en el hotel de alojamiento a que se acude con ocasión de un desplazamiento ("en misión") para asistir de inmediato a un evento relacionado con la actividad profesional.

V. Normativa aplicable al caso

-Artículo 10.2 CE

-Artículo 41 CE.

-Artículos 93 a 96 CE.

- Artículo 156 de la Ley General de la Seguridad Social (anterior artículo 115 LGSS).

- Artículo 158.1 de la LGSS.

- Artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

- El Convenio OIT, sobre la seguridad social (norma mínima), núm. 102, 1952.

- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), artículo 34. 1 ("La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, *los accidentes laborales*, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales").

- Carta Social Europea Revisada de 1996 (Ratificada por España), artículo 12.

-Artículo 3 del Código Civil.

VI. Doctrina básica

1º. A) Las sentencias que han apreciado la laboralidad de la contingencia con fundamento en la "ocasionalidad relevante" parten de la concurrencia de circunstancias de hecho que comportan un especial riesgo, sin el cual no habría podido producirse el accidente. Al estar "en misión" el trabajador se halla inmerso en ese escenario o entorno que propicia su lesión. Es el caso del cocinero de buque que regresa al mismo (STS 24 febrero 2014, rcud. 145/2013).

B) Para que lo que normalmente no sería un accidente laboral se convierta en uno de tal índole es necesario que concorra un dato o indicio que permita entenderlo. La aportación de ese dato corresponde a quien sostiene su laboralidad, como hemos puesto de relieve en el caso del derrame cerebral durante un desplazamiento inusual (STS 16 septiembre 2013, rcud. 2965/2012).

C) Hace ya tiempo que quedó abandonada la tesis conforme a la cual todo el desarrollo de la misión está cubierto por la presunción de laboralidad (artículo 156.3 LGSS), como expone la STS (Pleno) de 6 marzo de 2007 (rcud.3415/2005; Ponente: Aurelio Desdentado Bonete), respecto de fallecimiento mientras se descansa en el hotel: el accidente sobrevenido en tiempo de descanso no es "per se", en principio, calificable de accidente de trabajo, aunque se encuentre lejos del domicilio habitual.

En supuesto similar al recién citado hemos puesto de relieve que aquí opera un juicio de probabilidad y, por tanto, la presunción del artículo 156.3 LGSS no es aplicable a sucesos que acaecen en el ámbito normalmente privado (STS 8 octubre 2009, rcud. 1871/2008).

D) Al no operar la presunción de laboralidad (artículo 156.3 LGSS), ni encontramos ante un accidente in itinere (artículo 156.2.a LGSS), la laboralidad requiere que conste una conexión entre trabajo realizado y dolencia, o que conste que éste tiene en aquél su origen (STS 104/2017 de 7 febrero, rcud. 536/2015).

2º. Estimación del recurso. La trabajadora se hallaba, enviada por su empresa, a una ciudad distinta de la que habitualmente constituye el lugar de prestación de servicios. La caída mientras toma una ducha en el hotel contratado por la empresa a efectos logísticos *podría considerarse acaecida con "ocasionalidad relevante" si hubiera mediado alguna circunstancia fáctica* que así lo indicara.

Lo cierto es que no se ha aportado al procedimiento dato alguno que pudiera desencadenar la aplicación de nuestra referida doctrina. No hay indicación alguna sobre anomalía en las instalaciones hoteleras (suelo deslizante, ausencia de iluminación adecuada, etc.). Tampoco aparecen datos fácticos relacionados con la misión de la trabajadora que pudieran indicar que estaba afectada por alguna circunstancia (cambio sobrevenido de horarios, escaso tiempo disponible para el descanso, etc.) que pudiera explicar su apresuramiento en las operaciones de aseo, o cualquier otro aspecto psicofísico (relacionado con la misión) que influyera en la caída.

Se destaca que no todo accidente que se produce durante el desarrollo de la misión es cubierto por la presunción de laboralidad ex artículo 156 LGSS, Es necesario que para puede calificarse de accidente de trabajo deben concurrir un conjunto de circunstancias fácticas relevantes que determinen la existencia de un especial riesgo, sin cuya presencia el accidente no habría ocurrido.

Para que lo que normalmente no sería un accidente laboral se convierta en uno de tal índole es necesario que concorra un dato o indicio que permita entenderlo. La aportación de ese dato corresponde a quien sostiene su laboralidad, sin que los hechos probados o el debate casacional hayan puesto de relieve circunstancia alguna en tal sentido.

Al no operar la presunción de laboralidad (artículo 156.3 LGSS), ni encontramos ante un accidente in itinere (artículo 156.2.a) LGSS) la laboralidad requiere que conste una conexión entre trabajo realizado y dolencia, o que conste que éste tiene en aquél su origen. La lesión sufrida durante un proceso de aseo personal e íntimo, fuera del tiempo de trabajo, sin mayores conexiones de laboralidad que las expuestas queda al margen de las contingencias que la LGSS identifica como "accidente de trabajo", sin perjuicio, claro está, de que opere la acción protectora del Sistema de Seguridad Social propia de las contingencias comunes (artículo 158 LGSS).

De acuerdo con lo expuesto, se concluye que no es accidente laboral el producido por caída mientras se toma una ducha en el hotel de alojamiento a que se acude con ocasión de un desplazamiento ("en misión") para asistir a un evento relacionado con la actividad profesional. Solo la concurrencia de datos o hechos adicionales de riesgo permitiría aplicar la doctrina sobre "ocasionalidad relevante". Se subraya en el caso de autos que no se acredita la concurrencia de anomalías en las instalaciones del hotel, ni en el desarrollo de la misión, lo cual hubiera podido generar –como condición de posibilidad- un especial riesgo. En el caso no existe ese elemento cualificado de riesgos, pues el accidente se produjo en una actividad de aseo personal e íntimo, fuera del tiempo de trabajo y descarta que exista conexión entre el accidente y la asistencia a la actividad formativa.

Dada la necesidad de atender a las múltiples circunstancias de cada caso conviene advertir que esta solución no puede considerarse generalizable a todos los casos similares, sino solo a aquellos en que concurren las mismas circunstancias que en el presente supuesto, en especial la ausencia de una conexión especial entre el

desplazamiento laboral y el accidente. Aquí el Alto Tribunal es consciente estamos ante un "derecho del caso" realmente existente, y que no se puede establecer una doctrina indiferenciada para casos similares pero no idénticos.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal Supremo, Sala cuarta, decide: Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina formalizado por la Mutua. Conforme al artículo 228.2 LRJS "si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada".

En este caso, la anulación de la sentencia ahora recurrida comporta que debamos estimar el recurso de suplicación interpuesto en su día por la entidad colaboradora de la Seguridad Social, pues concurren las infracciones denunciadas por su recurso. De este modo, quedará revocada la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social y estimada la demanda presentada contra la Resolución del INSS. El resultado final es la consideración como común del accidente padecido por la trabajadora desplazada "en misión". Por tanto, se falla en el sentido de:

1º) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Ibermutua, Mutua colaboradora con la Seguridad Social nº 274, representada y defendida por el Letrado Sr. García de la Puente.

2º) Casar y anular la sentencia nº 580/2020 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 20 de julio.

3º) Resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimar el recurso de tal índole (79/2020), interpuesto por Ibermutua.

4º) Revocar la sentencia nº 346/2019 de 2 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, en los autos nº 755/2019, seguidos a instancia de dicha recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, Prematécnica, S.A. y Dª Elisenda, sobre incapacidad temporal.

4º) Estimar la demanda de Ibermutua y declarar que la incapacidad temporal de la Sra. Elisenda tiene origen en contingencia común.

5º) Ordenar la devolución de los depósitos constituidos por Ibermutua para formalizar los recursos que ahora resolvemos.

6º) No adoptar decisión especial en materia de costas procesales, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia.

VIII. Pasajes decisivos

"La noción de accidente en misión ha sido aceptada por la doctrina de esta Sala como una modalidad específica de accidente de trabajo, en la que se produce un desplazamiento del trabajador para realizar una actividad encomendada por la empresa. Se trata de una creación jurisprudencial como una modalidad específica de accidente de trabajo, en la que partiéndose de que se producía un desplazamiento del trabajador para realizar una actividad encomendada por la empresa, a través de dicha figura se ampliaba la presunción de laboralidad a todo el tiempo en que el trabajador desplazado, en consideración a la prestación de sus servicios, aparecía sometido a las decisiones de la empresa (incluso sobre su alojamiento, medios de transporte, etc.), de tal modo que el deber de seguridad, que es una de las causas de la responsabilidad empresarial, abarcaba todo el desarrollo del desplazamiento y de la concreta prestación de los servicios, destacándose que el "lugar de trabajo" a estos efectos es todo "lugar en que se está por razón de la actividad encomendada, aunque no sea el lugar de trabajo habitual".

La STS 6 marzo 2007 (rcud. 3415/2005), con cita de diversos precedentes, hace el siguiente resumen de la doctrina jurisprudencial básica:

- La misión integra dos elementos conectados ambos con la prestación de servicios del trabajador: el desplazamiento para cumplir la misión y la realización del trabajo en que consiste la misión.

- La protección del desplazamiento presenta cierta similitud con la del accidente "in itinere", en la medida en que el desplazamiento se protege en cuanto que puede ser determinante de la lesión, como en el caso de la insuficiencia cardíaca por una crisis de asma durante un vuelo en avión que impidió que el trabajador fuese debidamente atendido, con lo que sin el desplazamiento el resultado lesivo no se hubiese producido.

- En cuanto al accidente que se produce en la realización del trabajo que constituye el objeto de la misión, su régimen es el normal del artículo 115.1 de la Ley General de la Seguridad Social (artículo 156 LGSS/2015). Pero no todo lo que sucede durante la misión tiene una conexión necesaria con el trabajo, cuando ni es propiamente desplazamiento, ni tampoco realización de la actividad laboral.

- Así se excluyó de la consideración de accidente de trabajo el fallecimiento de un trabajador en misión en Nigeria; fallecimiento que se produjo un domingo, día de descanso, por asfixia por inmersión, al bañarse en la playa de Badagry. Otras sentencias niegan también la consideración de accidente de trabajo el fallecimiento por infarto de miocardio de trabajadores en misión cuando los infartos se produjeron cuando descansaban en el hotel y sin que constase ninguna circunstancia que pudiese evidenciar una relación entre el trabajo realizado y la lesión cardíaca padecida.

- La solución es diferente en algunas sentencias en atención a las especiales circunstancias de los casos decididos: en una -también un infarto en el hotel padecido por un directivo que participa en una reunión profesional- porque el propio infarto se vincula no a la misión, sino una situación laboral de "gran stress", y en otra porque la lesión se produce en el propio vehículo que conducía el trabajador, aunque mientras descansaba, conduciendo otro compañero.

- De acuerdo con esta doctrina, no puede considerarse correcto el criterio que sostiene que durante todo el desarrollo de la misión el trabajador se encuentra en el tiempo y el lugar del trabajo, aunque se trate de periodos ajenos a la prestación de servicios, de descanso o de actividades de carácter personal o privado.

IX. Comentario

El punto de partida lógico jurídico debe ser la delimitación legal de Accidente de Trabajo, de cuya expansión da cuenta la doctrina jurisprudencial "creativa". Conforme al artículo 156 LGSS:

1. Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena.

2. Tendrán la consideración de accidentes de trabajo:

a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo.

e) Las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.

f) Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente.

3. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo.

Por otra parte, el artículo 158.1 LGSS prescribe que "se considerará accidente no laboral el que, conforme a lo establecido en el artículo 156, no tenga el carácter de

accidente de trabajo". Desde su construcción inicial y originaria por la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, se ha pasado de una concepción abierta a otra concepción más cerrada y restrictiva en cuanto a su apreciación.

La concepción de Accidente "en misión", es de elaboración jurisprudencial, basado, en lo principal, en el artículo 156.1 LGSS, conforme al cual "se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con *ocasión o por consecuencia* del trabajo que ejecute por cuenta ajena".

El Accidente de Trabajo "en misión" ha sido de creación jurisprudencial, como se acaba de indicar, pero no ha sido creado en el vacío ni carece de fundamentación en su origen (*al amparo de una interpretación finalista* del artículo 156.1 LGSS), pues responde a una exigencia de tutela de las personas que trabajan prestando servicios con desplazamientos que les sitúan obligatoriamente, por el ejercicio legítimo del poder de dirección de la empleador, para realizada una actividad asignada fuera de los centros de trabajo. Se creó como una modalidad específica de accidente de trabajo diferenciada –aunque conexo- del accidente "in itinere". Refleja una extensión de la protección garantista cuando las prestaciones de servicios y sus condiciones y circunstancias impiden al trabajador regresar, y excluyen la necesidad de reintegrarse al lugar de la reanudación de las tareas profesionales (STS de 24 de septiembre de 2001, rec. 3414/2000). El desplazamiento obedece a una decisión del empleador y se produce en un lugar diferente al desplazamiento itinerante normal. Por lo tanto, no estamos ante un accidente común u ordinario previsto tipológicamente en el artículo 156.1 LGSS (SSTS, Sala General, de 6 de marzo de 2007, rec. 3415/2005, 27 de julio de 2010, rec.4049/2009). Pero tampoco puede identificarse con el accidente "in itinere". La finalidad de esta doctrina jurisprudencial enlaza con la necesidad de proteger los accidentes que se producen en lugares en los que se encuentra la persona que trabaja motivada por causa de la actividad laboral encomendada por el empleador.

En cuanto a su configuración técnico-jurídica en la noción de accidente *en misión* se ha de producir un desplazamiento del trabajador con la finalidad de realizar una actividad encomendada por la empresa. En su configuración jurídica interna deben concurrir dos elementos -el desplazamiento, el trabajo en que consiste la misión y que constituye, pues, su objeto- y una lejana similitud (nunca identidad) con el accidente "in itinere", toda vez que el desplazamiento se protege en la medida en que puede ser factor determinante de la lesión o daño sufrido^[2]. El accidente "en misión" es el sufrido por la persona trabajadora con motivo del desplazamiento por razón de su actividad profesional en un lugar distinto al de su trabajo habitual, sea en el trayecto que tiene que recorrer o sea durante los tiempos de descanso si se acredita que existe una conexión directa entre la contingencia y el trabajo.

Resulta evidente que cuando el accidente se produce precisamente realizando la actividad objeto de la misión se calificación ha de ajustarse a la regla general de calificación como accidente típico de trabajo, es decir, será entonces un *accidente de trabajo sin adjetivos*^[3].

Su evolución histórico-jurídica permite apreciar dos etapas:

1ª. En la primera etapa originaria el Accidente "en misión" fue considerado una modalidad especial de accidente de trabajo, dada su singularidad, pero que se beneficiaba de la presunción de laboralidad (artículo 115. 4 LGSS; actual artículo 156.3 LGSS). Se trata, como se sabe, de una presunción iuris tantum, con la consiguiente inversión de la carga de la prueba en quien pretenda defender que no existe tal accidente calificable jurídicamente como de trabajo.

2ª. El gran giro hacia una interpretación más restrictiva se produce paulatinamente a partir de la relevante STS, Pleno, de 6 de marzo de 2007, rec. 3425/2006, exigiendo en supuestos de desplazamiento del trabajador una conexión directa con el trabajo cuando el accidente o enfermedad se produce en tiempo de descanso. A la cual siguen otras sentencias, como por ejemplo, la STS 11 de febrero de 2014, ,

rec.42/2013, y antes la STS de 8 de enero de 2009, rec. 1871/2018. Un paso más sobre lo ya andado fue la puesta en cuestión de la aplicación de la presunción de laboralidad del accidente en los trabajadores desplazados en misión. Ese cuestionamiento aparece visiblemente ya en la STS de 16 de septiembre de 2013, rec. 2965/2012, que viene a exigir elementos adicionales indiciarios para la calificación a la enfermedad súbita (o el Accidente sufrido) padecida por la persona desplazada temporalmente como accidente “en misión”, este tipo de desplazamiento en misión no gozan propiamente de la presunción legal de laboralidad ex artículo 115.3 LGSS (actual, artículo 156.3 LGSS).

De manera que el accidente “en misión” viene a ser privado de esta presunción legal *iuris tantum* de laboralidad (al igual que la diversa modalidad de accidente de trabajo “*in itinere*”^[4]). Ello supone un cambio harto significativo de la reiterada doctrina jurisprudencial establecida anteriormente por el Tribunal Supremo y ahora la orientación de una tutela más restrictiva que viene imperando desde entonces.

Ciertamente, la doctrina jurisprudencial –y no sólo la creativa como ésta- puede ser objeto de revisión según legítimas opciones interpretativas dentro del margen de discrecionalidad en que se mueve la tarea asumida constitucionalmente por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria. Pero también cabe decir que con esta evolución interpretativa los contornos específicos del accidente de trabajo “en misión” (como modalidad específica de accidente de trabajo) se hacen, por así decir, más “difusos”, más inciertos, o mejor más “líquidos” como diría Zygmunt Bauman en otro contexto discursivo, al hacerse depender la calificación de la contingencia de la existencia de datos o hechos fácticos adicionales de riesgo relevantes.

La doctrina consolida actualmente por el Tribunal Supremo, que asume plenamente la sentencia aquí comentada, aunque con alguna matización significativa es la siguiente:

1º. Las sentencias que han apreciado la laboralidad de la contingencia con fundamento en la “ocasionalidad relevante” parten de la concurrencia de circunstancias de hecho *que comportan un especial riesgo*, sin el cual no habría podido producirse el accidente. Al estar “en misión” el trabajador se halla inmerso en ese escenario o entorno que propicia su lesión. Es el caso del cocinero de buque que regresa al mismo (STS 24 febrero 2014, rcud. 145/2013).

2º. Para que lo que normalmente no sería un accidente laboral se convierta en uno de tal índole es necesario que concorra un dato o indicio que permita entenderlo. La aportación de ese dato corresponde a quien sostiene su laboralidad, como hemos puesto de relieve en el caso del derrame cerebral durante un desplazamiento inusual (STS 16 septiembre 2013, rcud. 2965/2012).

3º. Hace ya tiempo que quedó abandonada la tesis conforme a la cual todo el desarrollo de la misión está cubierto por la presunción de laboralidad (artículo 156.3 LGSS), como expone la STS (Pleno) de 6 marzo de 2007 (rcud.3415/2005), respecto de fallecimiento mientras se descansa en el hotel.

En supuesto similar al recién citado se ha puesto de relieve que aquí opera un juicio de probabilidad y, por tanto, la presunción del artículo 156.3 LGSS no es aplicable a sucesos que acaecen en el ámbito normalmente privado (STS 8 octubre 2009, rcud. 1871/2008).

4º. Al no operar la presunción de laboralidad en los accidentes “en misión” (artículo 156.3 LGSS), ni encontramos ante un accidente “*in itinere*” (artículo 156.2.a) LGSS), la laboralidad requiere que conste una conexión entre trabajo realizado y dolencia, o que conste que éste tiene en aquél su origen (STS 104/2017 de 7 de febrero, rcud. 536/2015).

El hecho de que un accidente o enfermedad se produjese en misión no comporta necesariamente que la contingencia deba declararse accidente de trabajo por la vía de

la presunción “*iuris tantum*” que consagra el artículo 156.3 LGSS. Ésta en la doctrina que viene manteniendo en los últimos años el Tribunal Supremo.

El criterio que se mantiene en esta sentencia se sitúa en la línea restrictiva indicada respecto de la apreciación y calificación del Accidente de Trabajo “en misión”. Se exige una más intensa “conexión de laboralidad” para que pueda apreciarse que estamos ante una contingencia profesional. En la Sentencia aquí comentada el planteamiento es nítido al respecto, a saber: “Lo cierto es que no se ha aportado al procedimiento dato alguno que pudiera desencadenar la aplicación de nuestra referida doctrina. No hay indicación alguna sobre anomalía en las instalaciones hoteleras (suelo deslizante, ausencia de iluminación adecuada, etc.). Tampoco aparecen datos fácticos relacionados con la misión [encomendada] de la trabajadora que pudieran indicar que estaba afectada por alguna circunstancia (cambio sobrevenido de horarios, escaso tiempo disponible para el descanso, etc.) que pudiera explicar su apresuramiento en las operaciones de aseo, o cualquier otro aspecto psicofísico (relacionado con la misión) que influyera en la caída. *Para que lo que normalmente no sería un accidente laboral se convierta en uno de tal índole es necesario que concorra un dato o indicio que permita entenderlo. La aportación de ese dato corresponde a quien sostiene su laboralidad, sin que los hechos probados o el debate casacional hayan puesto de relieve circunstancia alguna en tal sentido*”.

De este modo la apreciación de la laboralidad del accidente sufrido con ocasión de la misión se convierte en una *excepción* respecto a la regla general consistente en que normalmente no será el que el accidente no sea de naturaleza o carácter laboral. Para esa calificación de Accidente de Trabajo “en misión” (modalidad específica de accidente de trabajo ex artículo 156 LGSS integrativa de una “contingencia profesional”) se exige la concurrencia de datos o indicios adicionales de riesgo que muestren una conexión más estrecha e intensa entre el accidente y el trabajo. Solo la concurrencia de datos adicionales permitiría aplicar la doctrina sobre “ocasionalidad relevante” en estos casos.

Por lo demás, no jugando la presunción de laboralidad ex artículo 156.3 LGSS, corresponderá la carga de la prueba a quien sostiene su laboralidad (accidente de trabajo), que será, según las circunstancias del caso, la propia persona que trabaja que lo ha sufrido o sus causahabientes.

Se precisa de manera harto significativa que “la doctrina establecida no puede ser generalizable de manera indiferenciada. Lo advierte el propio Tribunal Supremo cuando afirma, prudentemente, que: Dada la necesidad de atender a las múltiples circunstancias de cada caso (véase el Fundamento Segundo) conviene advertir que esta solución no puede considerarse generalizable a todos los casos similares, sino solo a aquellos en que concurren las mismas circunstancias que en el presente supuesto, en especial la ausencia de una conexión especial entre el desplazamiento laboral y el accidente”.

Por lo demás, como hace notar el Tribunal Supremo no cabe aplicar la presunción de laboralidad del artículo 156.3 LGSS en sucesos que acaecen en el ámbito normalmente privado, ya que se requiere que conste una conexión entre el trabajo y la contingencia, acreditada con la correspondiente actividad probatoria.

E) La Directiva 2002/15/ CE establece una distinción fundamental entre tiempo de trabajo, tiempo de disponibilidad y tiempo de descanso. En el primero, se está en el lugar del trabajo, a disposición del empresario en el ejercicio de las tareas normales, realizando funciones complementarias o en periodos de carga o descarga. En el tiempo de disponibilidad no se permanece en el lugar de trabajo, pero se está disponible para responder a posibles instrucciones que ordenen emprender o reanudar la conducción. El tiempo de disponibilidad se define precisamente por oposición a “los periodos de pausa o descanso. Con todo, no puede considerarse correcto el criterio que sostiene que durante todo el desarrollo de la misión el trabajador se encuentra en tiempo y lugar de trabajo. No todo lo que acontece durante la misión tiene una

conexión necesaria con el trabajo, cuando ni es propiamente desplazamiento ni tampoco realización de la actividad laboral en sentido estricto.

Aquí el Alto Tribunal es consciente de que estamos ante un “derecho del caso” realmente existente, y que no se puede establecer una doctrina indiferenciada para casos similares pero no idénticos. Cada accidente que se produzca de personas trabajadoras “en misión” durante los tiempos de descanso debe analizarse atendiendo a las concretas circunstancias concurrentes en el caso singular⁶¹.

X. Apunte final

El Tribunal Supremo ha venido ampliando a través de una jurisprudencia creadora e innovadora el concepto de accidente de trabajo, adaptándolo a la complejidad de los factores de riesgo y a la variedad en la fisonomía de los accidentes en una sociedad del riesgo. Ello no obstante, el criterio que se mantiene en esta sentencia se sitúa en la línea restrictiva indicada respecto de la apreciación y calificación del Accidente de Trabajo “en misión”. Se exige una más intensa “conexión de laboralidad” para que pueda estimarse que estamos ante una contingencia profesional. La calificación jurídica de accidente de trabajo “en misión” requiere que se acredite la existencia de una conexión entre el trabajo y la contingencia acontecida en los tiempos de descanso, acompañada de elementos de hecho de riesgo adicionales; acreditación sometida a la “prueba de los hechos” adicionales.

Esta doctrina jurisprudencial restrictiva parte del hecho de que existen zonas difusas de penumbra que sólo pueden resolverse a través de la verificación de si existen o no elementos indiciarios o relevantes circunstancias determinadas concurrentes en el concreto caso de autos, puesto que la apreciación de la ocasionalidad jurídicamente relevante conduce a tomar en consideración el momento en que se produce el hecho causante del accidente, no de manera aislada sino contextualizada, y la verificación de si existe o no conexión causal con el trabajo encomendado que va a realizarse (artículo 156.1 LGSS). De manera que la solución sigue el derecho el caso concreto, sin posibilidad de establecer un criterio generalizable indiferenciadamente a todos los supuestos hecho que ofrece una realidad fáctico-jurídica poliédrica. Lo que se pierde en certeza se gana en la creación de conceptos adecuados a la más rica experiencia jurídica, es decir, formulación de conceptos adecuados a la realidad dando cuenta del Derecho vivo como experiencia. Con ello se resuelve las tensiones entre la necesidad de abstracción y la necesidad de conectar con los hechos concretos que subyacen en la controversia jurídica a examen.

BIBLIOGRAFÍA

ARETA MARTÍNEZ, M.: *La presunción en el sistema de Seguridad Social*, Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters/Aranzadi, 2003.

CAVAS MARTÍNEZ, F.: *El accidente de trabajo in itinere*, Madrid, Tecnos, 1994.

CLEMENTE DE DIEGO, F.: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, “Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: reflexiones sobre una controversia de principio” (pp.XI-XLV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2016.

ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento Jurídico*, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social*, Barcelona, Atelier, 2007.

FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a.B.: “La presunción de laboralidad del apartado 3 del artículo 115 LGSS y el accidente “en misión””, en *Revista doctrinal Aranzadi Social*, nº 7319 (2004).

GARCÍA BLASCO, J. Y PEDROSA ALQUÉZAR, S.: *El accidente in itinere. Un enfoque esencialmente preventivo*, Granada, Comares (Colección Prevención de Riesgos y Calidad Ambiental), 2009.

GUASTINI, R.: *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

GUASTINI, R.: *Interpretación y construcción jurídica*, en *Isonomía* 43 (2015), pp. 11-48.

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Conocimiento y crítica del Derecho: por una teoría comprensiva y explicativa del Derecho", en *Revista de derecho social*, núm. 37 (2007), pp. 11-52.

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Seguridad Social y ayuda social (Artículo 34)", en MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp. 893-938.

MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: "Determinación de contingencias de la Seguridad Social", en *Aranzadi Social*, núm. 19 (2008).

-"Concepto de accidente de trabajo. El riesgo de protección jurídica", en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M.N. (Dir.): *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Granada, Comares, 2006.

-"Las contingencias comunes en el marco de la acción protectora de la Seguridad Social: teoría general y recapitulación jurídico-crítica", en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico, actualizado con las novedades introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2008.

-"Perspectiva histórica. La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de accidentes de trabajo (el sentido político-jurídico de la evolución histórica en su vertiente preventiva y reparadora)", MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N. y MOLINA NAVARRETE, C. (Dir.): *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Granada, Comares, 2006.

MONEREO PÉREZ, J.L. y GORELLI HERNANDEZ, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales*, Granada, Comares, 2009.

MONEREO PÉREZ, J.L. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dir.): *Tratado de Seguridad Social*, 2 Tomos, Murcia, Laborum, 2017 [Especialmente, Tomo I].

MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: *El suicidio del trabajador y su calificación en el Derecho Social*, Albacete, Bomarzo, 2018.

PÉREZ MADRID, J.E.: "El accidente "en misión"", en *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, (6) (2016). Recuperado a partir de <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/81>

ROMERO RÓDENAS, M.J.: *El accidente de trabajo en la práctica judicial*, Albacete, Bomarzo, 2015.

SÁNCHEZ PÉREZ, J.: *La configuración jurídica del accidente de trabajo*, Murcia, Laborum, 2013.

SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Los confines del accidente laboral mediando desplazamiento". *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, en *Laborum. Extraordinario* 2021, pp. 65-75.

SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Rectificación del concepto de accidente de trabajo en misión", en *Aranzadi Social, BIB*, 2007/684.

TASCÓN LÓPEZ, R.: *El accidente de trabajo en misión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

Referencias:

1. ^ CLEMENTE DE DIEGO, F.: *La jurisprudencia como fuente del Derecho, "Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: reflexiones sobre una controversia de principio"* (pp.XI-XLV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2016, p. 36.
2. ^ Véase, por ejemplo, STS 26 de diciembre de 1988, RJ 1988, 9909.
3. ^ Como es sabido "Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena". Cfr. artículo 156.1 LGSS; anterior artículo 115.1 LGSS.
4. ^ SSTs de 4 de julio de 1995, rcud. 1499/1994, 30 de junio de 2004, rcud. 4211/2003, 18 de enero de 2011, rcud. 3558/2009, etcétera.
5. ^ Un caso harto significativo es el contemplado en la STS 974/2017, de 1 de diciembre, rcud. 3892/2015, que califica como contingencia profesional el infarto agudo que sufrió el trabajador, tripulante de cabina, después de llevar a cabo los vuelos mientras se encontraba en el parking del aeropuerto con finalidad ir al hotel en el que se hospedaba con carácter temporal. El fundamento jurídico de la decisión reside en que "no concurre ninguna circunstancia que evidencie de manera inequívoca la ruptura de la relación de causalidad entre el trabajo y el episodio vascular padecido por la demandante - en cuyo desencadenamiento no cabe excluir la incidencia de factores relacionados con la actividad desarrollada el día en que se produjo (prestación de servicios en cuatro vuelos comerciales y realización de un vuelo de situación, todo ello en una franja de 8 horas), en un contexto de desplazamiento susceptible de elevar la tensión laboral, careciendo de esa virtualidad el mero hecho de que en la semana previa hubiese sufrido episodios de dolor torácico opresivo".

- § 56 El complemento de maternidad por aportación demográfica del art. 60 TRLGSS en la redacción del precepto previa al RD-ley 3/2021 puede reconocerse a ambos progenitores.**

Inmaculada Ballester Pastor

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón.

Resumen: *Resuelve el Tribunal Supremo en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que el beneficiario de una pensión de jubilación y padre de tres hijos puede acceder al complemento de maternidad por aportación demográfica contemplado en el art. 60 TRLGSS y redactado por la Ley 48/2015 y tener derecho a éste mientras la otra progenitora está ya percibiendo este mismo complemento.*

Palabras clave: *Maternidad. Complemento. Progenitores. Jubilación. Igualdad. Género.*

Abstract: *The Supreme Court resolves in this appeal for the unification of doctrine that the beneficiary of a retirement pension and father of three children can access the maternity supplement for demographic contribution contemplated in art. 60 TRLGSS and drafted by Law 48/2015 and have the right to it while the other parent is already receiving this same supplement.*

Keywords: *Maternity. Supplement. Parents. Retirement. Equality. Gender.*

I. Introducción

El complemento de maternidad por aportación demográfica redactado por el art. 60 TRLGSS por la Ley 48/2015, precepto que entró en vigor el 1 de enero de 2016, ha provocado una gran litigiosidad puesto que desde que la STJUE de 12 de diciembre de 2019, Asunto WA, fallara que los varones también pueden percibirlo han sido muy elevadas las reclamaciones destinadas a conseguir su reconocimiento. El Alto Tribunal resuelve, aquí, a la vista de tal doctrina, y aplicando la no discriminación, que el complemento de maternidad por aportación demográfica no es único, por lo que pueden percibirlo ambos progenitores si los dos reúnen los requisitos para ello sin tener en cuenta si el otro progenitor (o persona asimilada) también tiene o puede tener derecho a su percepción.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala de lo Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 362/2023, de 17 de mayo.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ núm. 3821/2022.

ECLI:ES:TS:2023:2132.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

D. Santos tiene reconocida una pensión de jubilación con efectos de 30 de agosto de 2016, con Base Reguladora de 986,52 euros, un porcentaje de la pensión del 76% y una pensión inicial de 739,76 euros. La progenitora materna, D^a Gracia, por su parte, tiene también reconocida pensión de jubilación desde el 24 de diciembre de 2018 con un complemento de maternidad por importe de 101,73 euros.

El 12 de mayo de 2021 D. Santos -padre de tres hijos- formula reclamación previa solicitando el reconocimiento del derecho al complemento por maternidad, reclamación que es desestimada por no estar contemplado dicho complemento en el ordenamiento jurídico de las prestaciones económicas de seguridad social y por estar agotado el derecho, al haber sido ya reconocido a la otra progenitora. Frente a esta resolución D. Santos presenta una reclamación previa, reclamación que es igualmente desestimada.

D. Santos acude a la vía judicial e interpone demanda contra el INSS y la TGSS reclamando el mentado complemento y la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de A Coruña, con fecha de 14 de diciembre de 2021, le da la razón, estimando la demanda. Entiende el Juzgador que existe vulneración del derecho fundamental de igualdad, se declara el derecho a la percepción del complemento del art.60 TRLGSS en cuantía del 10% sobre la pensión inicial, con efectos desde el 12 de febrero de 2021, y se condena al pago del complemento y de los atrasos debidos desde tal fecha. Contra la anterior Sentencia formulan recurso de suplicación el INSS y TGSS y la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 8 de julio de 2022 desestima el recurso y confirma la Sentencia recurrida.

Frente a dicha Sentencia interpone recurso de casación de unificación de doctrina la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSS. En su recurso, el INSS denuncia la infracción del art. 60 TRLGSS en la redacción del precepto anterior al RD-ley 3/2021 argumentando que el complemento por maternidad es único y que sólo puede reconocerse a uno de los progenitores. El Ministerio Fiscal, por su parte, informa a favor de la estimación del recurso.

1. La existencia de la contradicción entre los pronunciamientos enfrentados

El Tribunal entiende que concurre la triple identidad exigida por el art. 219 LRJS entre la Sentencia aportada como contradictoria -la Sentencia del TSJ de Extremadura de 24 de marzo de 2022, recurso 3/2022- y la Sentencia recurrida.

La Sentencia de contraste resuelve el recurso de un pensionista de jubilación padre de tres hijos desde el 1 de enero de 2017 y deniega su derecho a percibir el complemento por maternidad por aportación demográfica porque su esposa y madre de sus tres hijos es también pensionista de jubilación percibiendo dicho complemento. El Tribunal argumenta que al demandante no le corresponde percibir ese complemento porque se trata de un complemento único y ello excluye su reconocimiento a ambos progenitores: por ello si lo percibe la madre ya no puede percibirlo el padre^[1].

La Sentencia recurrida, en cambio, con base a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, reconoce al padre el derecho al percibo del complemento argumentando que la normativa vigente entonces no fijaba excepción alguna al cobro por ese dato^[2].

El Alto Tribunal entiende que concurre la contradicción pues en ambos casos se trata de pensionistas de jubilación que son padres de tres hijos, cuyas madres ya perciben el mentado complemento.

2. El complemento por maternidad incorporado por la ley 48/2015 es el aplicable a la litis

El Alto Tribunal aclara que el complemento por maternidad por aportación demográfica se incorpora a la LGSS de la mano de la Ley 48/2015, de Presupuestos Generales del Estado para 2016, en virtud de una enmienda parlamentaria que afirma perseguir tres objetivos: valorar la dimensión de género en materia de pensiones; eliminar o, al menos, disminuir la brecha de género en pensiones, y reforzar a las familias y al entorno en el que se desarrolla la vida familiar. Y el texto queda integrado en el art. 60.1 del TRLGSS de 2015. Posteriormente, el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, regula el complemento para reducir la brecha de género. Su Preámbulo explica que la Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019 evidencia la defectuosa configuración legal del citado complemento en tanto compensación por aportación demográfica, procediendo la nueva norma a convertirlo en un instrumento eficaz en la reducción de la brecha de género en las pensiones. Este nuevo régimen del complemento se aplica a las pensiones causadas a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley (DA 1ª), es decir, desde el 4 de marzo de 2021 (DF 3ª), motivo por el que esta otra regulación no se aplica a la presente litis.

IV. Normativa aplicable al caso

Artículo 60. Complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social

1. Se reconocerá un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente.

Dicho complemento, que tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, consistirá en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las referidas pensiones un porcentaje determinado, que estará en función del número de hijos según la siguiente escala: (...)

6. El derecho al complemento estará sujeto al régimen jurídico de la pensión en lo referente a nacimiento, duración, suspensión, extinción y, en su caso, actualización.

V. Doctrina básica

1. La STJUE de 12 de diciembre de 2019

El Tribunal recuerda que, de acuerdo con el pronunciamiento del TJUE, el art. 60º no supedita la concesión del complemento a las mujeres por la realización de las labores de cuidado, ni contempla sólo la situación biológica de la mujer -pues se concede a las mujeres que adopten dos hijos- y que el complemento prescinde de si cada mujer ha visto obstaculizada su carrera profesional: por tanto, el complemento no constituye una medida eficaz para reducir la brecha de género ni a esta regulación puede aplicarse el art. 157 TFUE dado el complemento de pensión concede a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión, entre otras de invalidez permanente, sin aportar remedio alguno a los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional y sin que parezca que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera y garantizando en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional^[3].

2. La asunción de la doctrina del tribunal supremo sobre los efectos temporales del complemento por maternidad tras la stjue de 12 de diciembre de 2019

Recuerda el Alto Tribunal que en las Sentencias del Pleno de la Sala Social 160/2022, de 17 de febrero^[4], 163/2022, de 17 de febrero^[5] y 487/2022, de 30 mayo^[6], se ha concluido que los efectos temporales del complemento por maternidad del art. 60 TRLGSS deben retrotraerse al momento del hecho causante, habiendo señalado en ellas que, de acuerdo con el art. 4.bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración el conjunto de normas de Derecho y a aplicar los métodos de interpretación reconocidos por éste para hacerlo a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva con el fin de alcanzar el resultado que ésta persigue; que, además, atendiendo a lo previsto en los arts. 264 y 280 de Tratado de Funcionamiento de la Unión europea, las Sentencias del TJUE tienen fuerza ejecutiva y ello supone que los órganos jurisdiccionales deben adoptar una posición activa en tal sentido dentro de las competencias que le son propias, y con ello, los Tribunales tienen la obligación de incorporar la finalidad perseguida por la Directiva como criterio hermenéutico en la interpretación de las normas de acuerdo a las reglas del art. 3.1 CC y que, por tanto, de manera consecuente, la exégesis de los órganos judiciales nacionales sobre el artículo 60 TRLGSS ha de ser compatible con los objetivos perseguidos por la Directiva.

Por tanto, ha concluido el Tribunal Supremo que la norma interpretada del Derecho de la Unión puede y debe ser aplicada a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se haya pronunciado la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación si se cumplen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma. Y, en atención a ello, el Tribunal Supremo ha concluido, acerca de los efectos temporales del reconocimiento del derecho al complemento de maternidad por aportación demográfica, que éstos tienen lugar desde la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación siempre que se cumplan los restantes requisitos exigidos por la redacción original del art. 60 LGSS.

VI. Pasajes decisivos: el derecho al complemento no impide que el otro progenitor también lo perciba: las razones

Resuelve ya en el FJ 5º el Alto tribunal que, a juicio de esta Sala, el reconocimiento a uno de los progenitores del derecho a percibir el complemento de maternidad por aportación demográfica no debe impedir que el otro progenitor también lo perciba si reúne los requisitos legales.

Y deja sentado, también, el Alto Tribunal que procede examinar la titularidad del derecho en cuestión aplicando la no discriminación que la sentencia del TJUE exige puesto que a las pensiones causadas desde el 1 de enero de 2016 hasta el 3 de febrero de 2021 (cuando estuvo vigente la normativa que regulaba el complemento de maternidad por aportación demográfica) les resulta aplicable ese complemento con independencia de quien lo solicitaba (mujer u hombre) y si se concediera el complemento solamente a un progenitor y se reconociera primero al padre, que se ha jubilado con anterioridad, eso significaría que se denegaría a la madre, jubilada posteriormente.

Las razones que aduce el Tribunal para llegar a tal conclusión son las siguientes:

1. La interpretación literal de la norma

La regulación del art. 60 TRLGSS establecía unas condiciones para el reconocimiento del complemento de aportación demográfica (acceso a pensión contributiva y tener dos o más hijos o asimilados) que no puede ampliar el intérprete. Como la ley omite toda referencia al otro progenitor (o persona asimilada), carece de soporte legal que se deniegue el complemento por el hecho de que el otro progenitor ya lo venga percibiendo. La regla limitativa e interpretativa según la cual este beneficio solo puede ser percibido por uno de los progenitores en caso de que ambos sean

pensionistas no se corresponde con el tenor del precepto y comporta una extralimitación de esa tarea.

La enmienda parlamentaria que introdujo esa norma sí que expresaba el propósito de compensar las ventajas de la población femenina porque normalmente se responsabilizaba de la crianza de los menores. Pero ello no se llevó al articulado y, una vez aplicada la neutralidad por razón de género, no cabe que se viole el tenor del precepto para evitar que accedan al beneficio las personas de uno u otro sexo añadiendo exigencias ausentes del mismo. En el precepto se omite por completo la consideración de qué sucede cuando el progenitor distinto del solicitante ya disfruta del complemento. Si el legislador quisiera eliminar el beneficio en tales casos debiera haberlo explicitado. En cuestiones relacionadas con la protección frente a situaciones de necesidad (art. 41 CE), si la norma no exige más requisitos, el intérprete tampoco puede hacerlo.

2. La interpretación a la vista de la evolución histórica

El vigente art. 60 de la LGSS, que regula el complemento de maternidad para la reducción de la brecha de género, sí explicita que el reconocimiento del complemento al segundo progenitor comporta la extinción del ya reconocido, adoptando reglas específicas sobre el particular y previendo la audiencia a quien ya lo viniera cobrando. La regulación del complemento de maternidad por aportación demográfica no decía nada sobre la posible titularidad dual porque partía de que solo la madre percibiría el complemento. Pero el carácter discriminatorio de la previsión arrastra a la posibilidad de que cualquier sujeto que cumpla los requisitos acceda a la prestación.

No se puede trasladar la construcción legislativa posterior a las pensiones causadas bajo la vigencia de la anterior porque colisionaría con la retroacción de efectos que hemos defendido y con la seguridad Jurídica (art. 9.3 CE). Además, el Real Decreto-ley 3/2021 que instaura el nuevo complemento de maternidad para la reducción de la brecha de género, advierte que el mismo se reconoce solo a las pensiones causadas a partir de su entrada en vigor (DA 1ª).

3. La interpretación lógica

El derecho al complemento debe reconocerse prescindiendo del sexo de quien lo lucra. Sería paradójico e ilógico que un beneficio nacido para compensar la situación desfavorable sufrida por muchas mujeres acabara siéndole denegado a una de ellas con el argumento de que ya lo está percibiendo el progenitor varón. Se trata de un derecho que nació desvinculado de la condición biológica de la mujer, por lo que carece de sentido atender a la situación en que se encuentre el progenitor distinto del que activa su disfrute.

4. La interpretación teleológica

La regulación aquí aplicada discriminaba a los varones. No es posible invocar su finalidad (ahora disfuncional) para reconducirla a un resultado opuesto al derivado de tal carácter antijurídico. Mucho menos, tomar en cuenta el fin perseguido por la norma que ha venido a superarla y que ha declinado reordenar las situaciones surgidas al amparo de la pretérita.

5. La interpretación sistemática

La doctrina que acogemos es la que mejor casa con la jurisprudencia acerca de cómo finalizar con las situaciones discriminatorias: no eliminando el derecho en cuestión, sino expandiendo su titularidad a los colectivos que habían sido preteridos. La tesis contraria equivaldría a sustituir la locución legal "las mujeres" por otra equivalente a "el progenitor que solicite el derecho, a condición de que el otro no lo esté disfrutando y mientras persista esa titularidad individual". Ese resultado casa mal con la inveterada doctrina constitucional y comunitaria sobre el modo de finalizar con las situaciones discriminatorias.

Tampoco puede aplicarse la construcción acuñada en materia de pensiones de viudedad cuando un mismo sujeto causante puede propiciar que haya varias personas beneficiarias, por las siguientes razones:

a) Porque en tal caso la Ley se encarga de disciplinar las consecuencias (art. 220 TRLGSS).

b) Porque aquí se exige a cada beneficiario que haya cubierto su propia carrera profesional: estamos ante un complemento de pensiones contributivas que, por lo general (desde luego, en la jubilación que es nuestro caso) requieren de una previa e importante carrera de cotización.

c) Porque mientras en la viudedad el fallecimiento de un tercero es lo que provoca la acción protectora, aquí el nacimiento (o equivalente) de tercera persona no es el que genera la pensión, sino que es necesario un previo "hecho causante" referido a la incapacidad permanente o jubilación. Por eso el art. 60.6 de la LGSS dispone que "[e]l derecho al complemento está sujeto al régimen jurídico de la pensión en lo referente a nacimiento, duración, suspensión, extinción y, en su caso, actualización".

6. La interpretación conforme al derecho de la unión europea, la constitución española y la doctrina del alto tribunal

La conclusión a que accedemos es la que resulta más acorde con la doctrina de la mentada sentencia del TJUE de 12 diciembre 2019, así como lo que previamente hemos sostenido en las referidas sentencias del Pleno de la Sala de lo Social del TS 160/2022, de 17 de febrero^[7]; 163/2022, de 17 de febrero^[8] y 487/2022, de 30 de mayo^[9].

La Directiva 79/7/CEE, que establece el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres respecto de los regímenes de Seguridad Social relativos a las prestaciones de enfermedad, invalidez y vejez, entre otras debe ponerse en relación con el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo. Además, se trata de proteger el derecho del trabajador (que es padre de los menores) a no ser discriminado "por razón de sus circunstancias personales o familiares" (art. 14 CE).

El auto del TC 114/2018, de 16 octubre, examinando la reclamación de mujer jubilada anticipadamente, atribuye al art. 60 de la LGSS los fines que el INSS defiende con su interpretación. Pero esa resolución ni se opone a cuanto ahora decimos ni, por razones cronológicas, pudo tener en consideración el criterio de la sentencia del TJUE dictada más de un año después.

7. La aplicación de la transversalidad del principio de igualdad por razón de sexo

Los arts. 4º y 15º de la LO 3/2007, de 22 de marzo que introducen la integración del principio de igualdad como principio informador básico del ordenamiento jurídico vienen a reforzar esta decisión porque restringir el beneficio solo a un progenitor (sin que tampoco exista un criterio para determinar quién deba ser), bajo el argumento de que los causantes de la prestación son los menores, no solo desconoce las exigencias contributivas sino que acabaría actuando, sin habilitación normativa para ello, en contra de la contemplación igualitaria de un norma que no puede ampararse en las excepciones destinadas a reestablecer previos desequilibrios

VII. Parte dispositiva

La doctrina del Alto Tribunal es la siguiente: el complemento de maternidad por aportación demográfica puede ser obtenido por mujeres u hombres que cumplan los requisitos en él previstos, sin tomar en consideración la circunstancia de que el otro progenitor (o persona asimilada) también tenga o pueda tener derecho a su percepción.

Las citadas consideraciones obligan, oído el Ministerio Fiscal, a desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, confirmando la sentencia recurrida.

VIII. Comentario

Tras ver la luz la Sentencia del TJUE 12 de diciembre de 2019 y reconocerse el derecho de los progenitores varones a acceder al complemento de maternidad por aportación demográfica, complemento que el art. 60 TRLGSS -redactado por la Ley 48/2015- había otorgado únicamente a las mujeres, se multiplicaron los litigios en los que, como sucede con el pronunciamiento que tenemos entre manos, se reclama tal complemento en casos diferentes hacia los que se dirigía el precepto original. La regulación del complemento de maternidad por aportación demográfica no decía nada entonces sobre la posible titularidad dual de dicho complemento -es decir, que los dos progenitores, o asimilados, pudieran percibirlo simultáneamente- porque no necesitaba hacerlo pues se partía de que solo la madre lo cobraba. En cambio, tras la Sentencia del TJUE es necesario resolver si tal complemento se puede reconocer a ambos progenitores.

La reclamación de este complemento disparó la litigiosidad y esta multiplicación tuvo que ver también con que, tras el pronunciamiento del TJUE, la Entidad Gestora rechazase, en un primer momento, en la vía administrativa, todas las solicitudes de los hombres que pretendían el reconocimiento de su derecho al complemento^[10] lo que obligaba a los varones a acudir a la vía judicial necesariamente^[11]. Y hubo que esperar a que se redactase de nuevo el art. 60º TRLGSS por el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, y se sustituyera este complemento por el complemento para la reducción de la brecha de género para que el Criterio de Gestión 35/2021, de 2 de diciembre de 2021 revisara el Criterio 1/2020 y se reconociera el complemento por maternidad al hombre o la mujer que reuniera los requisitos necesarios. Pero, junto a ello, el INSS interpretaba también que el complemento era único y en aquellos casos en los que el derecho ya había sido ejercido por uno de los progenitores, el INSS lo denegaba al segundo progenitor.

Según el INSS, ello quedaba refrendado por la propia Sentencia del TJUE y por el propio Auto del Tribunal Constitucional 114/2018, de 16 de octubre, al identificar el Tribunal Constitucional como objetivo del citado complemento el de (...) *compensar a aquellas madres que, por su dedicación al cuidado de los hijos, y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de trabajadores*^[12]. No obstante, la postura judicial mayoritaria fue contraria a la adoptada por la Entidad Gestora fallando en sentido contrario^[13], tal como hace la Sentencia que aquí es objeto del presente recurso. Por eso, hacía falta que el Alto Tribunal unificara doctrina^[14].

Así, asume en el presente recurso de casación de unificación de jurisprudencia el Alto Tribunal la tarea de examinar si la titularidad del derecho al complemento es única o si puede ser doble -una para cada progenitor o persona asimilada, hombre o mujer-. Y lo hace el Tribunal respetando la no discriminación derivada de la mentada Sentencia del TJUE, dado que la exégesis de los órganos judiciales nacionales sobre el artículo 60 LGSS ha de ser compatible con los objetivos perseguidos por dicha Directiva, una labor a la que el Alto Tribunal dice atender de la misma forma a como lo ha hecho solventando otra compleja problemática, la que tiene que ver con el momento temporal al que debe retrotraerse el reconocimiento del complemento a los varones. De hecho, el propio Tribunal resume su Fallo señalando que la conclusión a la que se llega es la que resulta más acorde con la doctrina de la Sentencia del TJUE de 12 diciembre 2019, así como lo que previamente consta en las Sentencias del Pleno de la Sala de lo Social del TS 160/2022, de 17 de febrero^[15]; 163/2022, de 17 de febrero^[16] y de 487/2022, de 30 de mayo^[17], Sentencias que dan solución al momento temporal en el que ha de reconocerse el pago del complemento a los varones que lo soliciten^[18].

Es claro que, como hizo el Alto Tribunal en aquella ocasión, y como ha debido hacer en otros tantos conflictos que el precepto ha ido planteando a lo largo de estos años^[19], el actual RCUD interpreta un artículo, el art. 60 TRLGSS, de defectuosa configuración legal en palabras del propio legislador, un precepto que no adecúa su letra a su fondo pues su tenor no responde a las finalidades y los objetivos que fueron marcados en el mismo. Pero si bien el TJUE concluye que el artículo 60 TRLGSS de la Ley 48/2015 no pretende atajar la brecha de género, y por ese motivo lo concede también a los varones, el Alto Tribunal lo otorga también a un segundo progenitor -en ausencia de previsión legal expresa que originariamente lo contemplara- porque sería ilógico que, al considerar este complemento como único se privara a ellas, al final, de un complemento que estaría o debería de haber estado configurado de tal manera que fuera capaz de compensar las desventajas sufridas por ellas en su carrera laboral derivadas del cumplimiento de las tareas del cuidado, algo que ocurriría si el pensionista varón lo solicita previamente.

Y, al hilo de esta premisa, surgen el resto de los argumentos del Alto Tribunal, argumentos que tienen que ver con dos cuestiones clave: la primera de ellas, con la propia la literalidad del precepto -que no limita su percepción a un solo progenitor, pues obviamente el art. 60 en su redacción original no precisaba hacerlo- pero que impondría una restricción que la norma no contiene; de la naturaleza jurídica del complemento, que no es una prestación en sí mismo, sino un complemento añadido a una prestación que debe percibirse previamente, con una necesaria interpretación sistemática y, por último, con otro argumento de peso, que es el que tiene que ver con la imposibilidad de aplicar con efectos retroactivos una regulación que no estaba vigente antes del 3 de febrero de 2021.

IX. Apunte final

El conflicto que aquí se debate resuelve, pues, que el complemento por maternidad por aportación demográfica sí puede ser reconocido a los dos progenitores, pero esta solución solamente es aplicable cuando aparezcan dos progenitores beneficiarios de una pensión contributiva causada desde el 1 de enero de 2016 al 3 de febrero de 2021 puesto que desde el 3 de febrero de 2021 se accede al complemento de brecha de género y este complemento ya tiene fijadas sus propias reglas de compatibilidad entre progenitores en el art. 60.2º TRLGSS^[20] y, además, existen reglas referidas a la compatibilidad entre el complemento por aportación demográfica y el complemento por brecha de género en la DT 33ª del TRLGSS^[21].

Referencias:

1. [^] *Argumenta el Tribunal, en primer lugar, que la aportación demográfica, esto es, la aportación de eventuales futuros cotizantes que contribuyeran al sostenimiento del sistema público de Seguridad Social era imputable a las madres, tanto por naturaleza como por adopción, y no a los dos progenitores (padre y madre), bajo la presunción de que eran ellas las dedicadas, por lo general, al cuidado de los hijos, lo que repercutía negativamente en sus carreras profesionales. Se pretendía así además reducir la brecha de género en las pensiones. Además, según el Tribunal, el complemento tiene "a los todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva". Y si bien tras el fallo europeo se imponía ampliar los potenciales beneficiarios del complemento incluyendo a los hombres ello no altera un ápice su naturaleza unitaria deducida de su finalidad pues se reconocía en atención a una determinada aportación demográfica de manera que los mismos hijos no pueden generar más de un complemento de pensión, excluyéndose por tanto no solo por concurrencia de pensiones sino también de beneficiarios. Asimismo, según*

este pronunciamiento, la Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019 implica que no puede excluirse a los hombres, en atención a su sexo, del derecho al complemento cuando están en idéntica situación que las mujeres. Ello no determina que reconocido el complemento a la madre pueda también reconocerse después al padre por los mismos hijos ni impide que reuniendo ambos progenitores los requisitos para lucrar el complemento se mantenga el del primer progenitor que lo solicitó y obtuvo y se deniegue el solicitado después por el otro progenitor. Por último, argumenta el Tribunal también que del RDL 3/2021 se desprende claramente que no cabe que los dos progenitores perciban el complemento en atención a los mismos hijos estableciéndose reglas de atribución y compensación cuando reconocido a un progenitor lo solicita el otro.

2. ^ A diferencia de lo que se prevé posteriormente en el vigente art. 60.2º TRLGSS modificado por el Real Decreto Ley 3/2021, de 2 febrero, ya que hay que tener en cuenta que la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 60 TRLGSS -desde el 4 de febrero de 2021- no afecta a solicitudes de prestaciones nacidas con anterioridad a la entrada en vigor de la misma al nada señalarse al respecto por el legislador, lo que se ve reforzado, además, por el contenido de la DT 33 del TRLGSS. Igualmente, la STJUE de 12 de diciembre de 2019 excluye que el complemento de maternidad por aportación demográfica responda al objetivo de reducción de la brecha de género.
3. ^ Vid. las sentencias de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99, EU:C:2001:648, apartado 65, y de 17 de julio de 2014, Leone, C-173/13, EU:C:2014:2090, apartado 101.
4. ^ RCUD 2872/2021
5. ^ RCUD 3379/2021
6. ^ RCUD 3192/2021
7. ^ RCUD 2872/2021.
8. ^ RCUD 3379/2021.
9. ^ RCUD 3192/2021.
10. ^ La Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS adoptaba, por aquellos años, el Criterio de gestión 1/2020 de 31 de enero, donde se podía leer que: („,) 1. El complemento establecido para las pensiones de incapacidad permanente, jubilación y viudedad, regulado en el art. 60 TRLGSS en tanto no se lleve a cabo la correspondiente modificación legal del citado artículo, se seguirá reconociendo únicamente a las mujeres que cumplan los requisitos exigidos en el mismo, tal y como se viene haciendo hasta la fecha. 2. Lo establecido en el apartado uno debe entenderse lógicamente sin perjuicio de la obligación de ejecutar aquellas sentencias firmes dictadas por los Tribunales de Justicia que reconozcan el citado complemento de pensión a los hombres y de la obligación de iniciar el pago de la prestación cuando exista sentencia de un Juzgado de los Social o Tribunal de Justicia condenatoria y se interponga el correspondiente recurso, de conformidad con lo previsto en el art. 230.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre.
11. ^ En un primer momento ello dio lugar a que algunos pronunciamientos reconocieran a los varones que debieron litigar para lucrar el complemento una indemnización por daños morales y por daños materiales. Esta indemnización, de 1000 euros por daños morales y de 300 euros por daños materiales se reconoce en la Sentencia del TSJ de Andalucía (Sala de lo Social), de Sevilla nº 2234/2021, de 22 de septiembre, JUR 2021/357139, ECLI:ES:TSJAND:2021:11420. Igualmente, también aparece una indemnización de 600 euros en la STSJ del País Vasco (Sala de lo

Social) nº 451/2022, de 7 de marzo, JUR 2022/215585, ECLI:ES:TSJPV:2022:1004. No obstante, el Tribunal Supremo ha resuelto en la STS (Pleno) nº 361/2023, de 17 de mayo de 2023 (nº rec. 2222/2022), ECLI:ES:TS:2023:2149, que la reparación correspondiente a la quiebra del derecho de igualdad de la parte actora derivada de la denegación del complemento de maternidad por aportación demográfica ha de consistir en una retroacción de la fecha de efectos del reconocimiento del complemento al momento inicialmente fijado para el abono de la prestación de jubilación contributiva. Es decir, estribará en el restablecimiento del derecho al complemento de maternidad al tiempo del hecho causante, por lo que no cabe el otorgamiento de la mentada indemnización. La Sala de lo Social de Galicia ha planteado, asimismo, una cuestión prejudicial ante el TJUE sobre discriminación por razón de sexo al obligar a pensionistas a reclamar judicialmente el plus de maternidad ante el Criterio de Gestión del INSS de denegar siempre tal complemento a los varones. Vid. el Auto de la Sala de lo Social, Sección 1ª de 2 de febrero de 2022.

12. [^] Tal cual se puede leer en el mentado Criterio de Gestión: (...) Por otra parte, aunque es cierto que el complemento por maternidad premiaba la aportación demográfica, no hay que olvidar que, el complemento por maternidad se presenta como un instrumento cuyo objetivo principal es la reducción de la brecha de género que se produce como consecuencia de que históricamente las mujeres han visto reducida su capacidad de cotización -y, con ello, la cuantía de sus pensiones- por haber tenido hijos y asumido el rol de su cuidado, tal como revelan de forma rotunda los datos estadísticos. Así lo ha reconocido tanto el TJUE que no ha declarado en la referida sentencia que esta finalidad sea ajena en su configuración como nuestro Tribunal Constitucional al identificar como objetivo del citado complemento el de "... compensar a aquellas madres que, por su dedicación al cuidado de los hijos, y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de trabajadores" (Fundamento Jurídico tercero del auto 114/2018, de 16 de octubre), lo que viene a reafirmar que sea sólo uno de los progenitores quien perciba dicho complemento (...).
13. [^] Vid, más ampliamente, acerca de las dos posturas mantenidas por los TTSSJJ y los argumentos que servían a una y otra: HIERRO HIERRO, F.J., El complemento por maternidad: reflexiones sobre su retroactividad, en Revista de estudios jurídico-laborales y de Seguridad Social, mayo-octubre de 2022, nº 5, ISSN-e. 2660-437X.
14. [^] La Sentencia del TS de 26 de julio de 2022 nº 697/2022, de 26 de julio, JUR 2022/260613, ECLI:ES:TS:2022:3195, tuvo ocasión de analizar esta cuestión pero no lo hizo por falta de idoneidad de la Resolución aportada de contraste. Debe destacarse que este pronunciamiento cuenta con un Voto particular que discrepa acerca de esta falta de idoneidad.
15. [^] RCU 2872/2021.
16. [^] RCU 3379/2021.
17. [^] RCU 3192/2021.
18. [^] De acuerdo con este último pronunciamiento, corresponde la percepción del complemento desde la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación, siempre que se cumplan el resto de los requisitos exigidos por la redacción original del art. 60 TRLGSS. No obstante, esta solución no es compartida por la doctrina, Vid, in extenso, MALDONADO MOLINA, J.A., La jurisprudencia del TJUE sobre el complemento por maternidad y su aplicación por la jurisprudencia española, en AAVV (VICENTE PALACIO,

- Coord), *Aplicación por los Tribunales españoles de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea en materia social*, Barcelona, Atelier, 2023, p. 329 a 363.
19. ^ Resultan destacables, así, las Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) siguientes: la STS de 8 de febrero de 2023, nº rec. 1417/2020, ECLI:ES:TS: 2023: 111; la STS de 31 de mayo de 2023, nº rec. 2766/2022, ECLI:ES:TS: 2023: 393; la STS de 4 de octubre de 2022, nº rec. 222/2020, ECLI:ES:TS: 2022: 794; la STS de 27 de febrero de 2023 -Pleno-, nº rec. 3225/2021, ECLI:ES:TS: 2023: 167, y la STS -Pleno- de 17 de mayo de 2023, nº rec. 2222/2022, ECLI:ES:TS: 2023: 361.
 20. ^ Este artículo señala que: 2. El reconocimiento del complemento al segundo progenitor supondrá la extinción del complemento ya reconocido al primer progenitor y producirá efectos económicos el primer día del mes siguiente al de la resolución, siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasado este plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes. Antes de dictar la resolución reconociendo el derecho al segundo progenitor se dará audiencia al que viniera percibiendo el complemento.
 21. ^ Disposición transitoria trigésima tercera. Mantenimiento transitorio del complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social. Quienes en la fecha de entrada en vigor de la modificación prevista en el artículo 60, estuvieran percibiendo el complemento por maternidad por aportación demográfica, mantendrán su percibo. La percepción de dicho complemento de maternidad será incompatible con el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género que pudiera corresponder por el reconocimiento de una nueva pensión pública, pudiendo las personas interesadas optar entre uno u otro. En el supuesto de que el otro progenitor, de alguno de los hijos o hijas, que dio derecho al complemento de maternidad por aportación demográfica, solicite el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género y le corresponda percibirlo, por aplicación de lo establecido en el artículo 60 de esta ley o de la disposición adicional decimoctava del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril , la cuantía mensual que le sea reconocida se deducirá del complemento por maternidad que se viniera percibiendo, con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente al de la resolución, siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasado dicho plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes siguiente a esta.

§ 57 **La expectativa legítima de privacidad y la prueba videográfica obtenida por detectives en el jardín del domicilio de la persona trabajadora.**

Ángel Arias Domínguez

Subdirector de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura

Resumen: *Se cuestiona si el jardín adyacente al domicilio privado del trabajador puede considerarse un espacio reservado opaco a terceras personas. Si la respuesta es afirmativa, el trabajador tendría una expectativa de privacidad en relación con las actividades que desarrolla en él, siendo inaceptables, por tanto, las fotografías que haya obtenido el detective en ese lugar. Si, por el contrario, la respuesta es negativa, la prueba aportada puede servir para justificar el despido disciplinario por desarrollar actividades incompatibles con las dolencias con las que cursa la enfermedad que le ha llevado a suspender su contrato de trabajo por incapacidad temporal.*

Palabras clave: *Detective privado. Prueba videográfica. Despido disciplinario. Incapacidad temporal.*

Abstract: *It addresses whether the garden adjacent to the worker's private home can be considered an opaque space reserved for third parties. If the answer is affirmative, the worker would have an expectation of privacy in relation to the activities carried out there, therefore, the photographs obtained by the detective in that place are unacceptable. If, on the contrary, the answer is negative, the evidence provided can be used to justify the disciplinary dismissal for carrying out activities incompatible with the ailments with which the disease is presenting that has led him to suspend his employment contract due to temporary disability.*

Keywords: *Private detective. Videographic test. Disciplinary dismissal. Temporary disability.*

I. Introducción

El seguimiento de detectives privados a personas trabajadoras que tienen suspendido su contrato de trabajo por incapacidad temporal es bastante común. La datación de sus actividades en lugares públicos también, generalmente mediante fotografías, aunque también suelen aportarse videos o incluso grabaciones de voz. Y la notificación como prueba de dichos documentos en el juicio para sostener la procedencia del despido por la realización de actividades incompatibles con la situación de incapacidad temporal se produce con frecuencia.

En estos casos, el debate se centra, generalmente, en aclarar si el tipo de actividad que ha desarrollado el trabajador es compatible con las dolencias que padece, si éstas pueden verse agravadas con la actividad que despliega, si pueden dificultar la mejoría o retrasan la curación, o si son incompatibles con el tratamiento médico descrito. Es

decir, se asume que la intervención del detective privado es legítima, y que la obtención de la filmación no ha vulnerado ningún derecho fundamental de la persona trabajadora, proyectándose el debate jurídico sobre las circunstancias en las que se desenvuelven las actividades que desarrolla durante el tiempo en que se encuentra en incapacidad temporal.

En la resolución que se comenta, sin embargo, el tema es distinto. Se aborda la legitimidad de la actuación del detective que fotografía a un trabajador en situación de incapacidad temporal en el jardín de su vivienda particular, cuestionándose si ese proceder es legítimo y si, en definitiva, el material fotográfico obtenido puede ser aportado como prueba en el proceso.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala Cuarta).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 380/2023, de 25 de mayo.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ núm. 2339/2022.

ECLI:ES:TS:2023:2293.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Tras dos meses en incapacidad temporal por cervicalgia, la persona trabajadora recibe una carta de despido en la que se le indican una serie de hechos y actuaciones que la empresa considera que son incompatibles con las dolencias que han motivado su situación de incapacidad temporal. Precisa la carta, en concreto, que el trabajador *“que se encontraba en situación de baja por incapacidad temporal, vino realizando en numerosas ocasiones (al menos durante siete días y en jornadas de varias horas) labores de esfuerzo en el jardín y huerto de su casa, utilizando para ello una pala y un rastrillo para preparar la tierra, así como labores de pintado del tejado de una construcción de un vecino, y de una fuente del jardín, labores de albañilería en un muro del jardín para las que manipula herramientas, se agacha y adopta posturas forzadas, labores de realización de un cercado de metal, recogida de escombros, etc.”*

Aunque no es una carta de despido excesivamente prolija y detallada, sí parece suficiente para proceder a la extinción del contrato de trabajo.

El Juzgado de lo Social competente consideró que el despido debía catalogarse se procedente. El Tribunal Superior de Justicia estimó el recurso de suplicación y entendió que la calificación jurídica más apropiada para este despido era la improcedencia.

El centro de la discusión pivota sobre el concepto de domicilio y, particularmente, sobre si el jardín anexo a la vivienda del trabajador puede incluirse en el concepto de domicilio del trabajador, o, en su caso, en el de lugar reservado al que se refiere la ley para darle una entidad similar que al domicilio a efectos de la obtención de pruebas y demás seguimientos y registros del trabajador. De ello depende, evidentemente, la licitud de la prueba obtenida y, con ello, la calificación del despido, pues como se encarga de precisar la resolución comentada *“las imágenes del trabajador fueron la única prueba en que se apoyó la decisión extintiva”*. Algo, por otra parte, bastante habitual.

IV. Posición de las partes

La empresa sostiene que las fotografías se han obtenido legítimamente y pretende llevar el debate jurídico hacia el análisis de las actividades realizadas y su incompatibilidad con la situación de incapacidad temporal, escorando el debate sobre la obtención de la prueba.

El trabajador pretende, por el contrario, la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida. Sostiene, básicamente, que el jardín es parte de su domicilio y que, por tanto, debe gozar de las mismas garantías que la morada habitual.

El Ministerio Fiscal entiende que no hay contradicción entre la sentencia recurrida y la aportada como de referencia, precisando, no obstante, que si la Sala quisiese entrar en el fondo del asunto debería adoptarse la doctrina de la sentencia recurrida, interesando, en definitiva, la desestimación del recurso.

Tanto el trabajador como el Ministerio Fiscal también habían subrayado que no existe contradicción entre el supuesto enjuiciado y la sentencia aportada como de contraste. Se aportaba la STSJ-SOC Madrid, de 5 de julio de 2013 (rec. 823/2013). En esta resolución se enjuiciaba un despido disciplinario de un trabajador en situación de incapacidad temporal por realización de actividades en su jardín incompatibles con las dolencias físicas que le acarrearba la enfermedad. En concreto, en la carta de despido se hace constar que el trabajador, que había sido dado de baja por una "cervicobraquialgia y bursitis calcificada de hombro izquierdo y tendinitis", había transportado "bolsas de compra con poco peso", había empleado "en el jardín de su casa una radical, un cortafío y un martillo", había conducido "su vehículo" y "limpió los cristales de su casa". Estas actividades se constataron por el detective y en base a ellas se procedió al despido, considerado procedente tanto por el Juzgado de lo Social como por la resolución del Tribunal Superior de Justicia aportada de contraste.

Lo singular del asunto es que la resolución entiende que no se puede negar valor probatorio a los hechos constatados por la percepción sensorial del detective, pues su actuación "no supone ninguna intromisión en la intimidad del trabajador, ya que tales tareas las estaba efectuando a la vista y ciencia de cualquier persona que pudiera pasar por la calle en ese momento, que es un espacio público, y no existiendo respecto del lugar en que es visto elemento alguno de separación o de protección de su privacidad tales como setos, vallas, muros o cualquier otro".

El análisis de la contradicción es muy gráfico, entendiéndose que efectivamente existe contradicción entre ambas resoluciones, pues en ambos casos los trabajadores estaban en situación de incapacidad temporal, en ambos fueron despedidos por sus empresas en base a los informes de detectives que acreditaban la realización de actividades incompatibles con las dolencias propias y características de aquellas situaciones, y en los dos supuestos los informes de los detectives contenían fotografías del trabajador en el jardín de su propio domicilio. Como quiera que las conclusiones jurisdiccionales han sido contradictorias, en la sentencia recurrida entendiéndose vulnerado el derecho a la intimidad del trabajador, y en la referencial no apreciando dicha lesión, procede analizar cuál debe ser el sentido jurisdiccional más correcto.

V. Normativa aplicable al caso

- Constitución Española.

* Art. 18.2: "El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito".

- Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada.

* Art. 48.1: "Los servicios de investigación privada, a cargo de detectives privados, consistirán en la realización de las averiguaciones que resulten necesarias para la

obtención y aportación, por cuenta de terceros legitimados, de información y pruebas sobre conductas o hechos privados relacionados con los siguientes aspectos:

a) Los relativos al ámbito económico, laboral, mercantil, financiero y, en general, a la vida personal, familiar o social, exceptuada la que se desarrolle en los domicilios o lugares reservados”.

* Art. 48.3: “En ningún caso se podrá investigar la vida íntima de las personas que transcurra en sus domicilios u otros lugares reservados, ni podrán utilizarse en este tipo de servicios medios personales, materiales o técnicos de tal forma que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones o a la protección de datos”.

* Art. 48.6: “Los servicios de investigación privada se ejecutarán con respeto a los principios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad”.

VI. Doctrina básica

El jardín anejo al domicilio del trabajador tiene la consideración de domicilio a efectos de generar una expectativa legítima de privacidad, gozando de la protección asociada a dicha consideración, entendiéndose ilegítima, por tanto, cualquier intromisión de terceros en él, incluyendo al detective que pretende el seguimiento del trabajador en situación de incapacidad temporal.

VII. Parte dispositiva

Se desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto frente a la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 131/2022, 17 de enero de 2022, que se confirma.

VIII. Pasajes decisivos

“...el artículo 48.1 a) de la Ley 5/2014 habilita expresamente a los servicios de investigación privada, a cargo de detectives privados, la realización de las averiguaciones necesarias para obtención y aportación, por cuenta de terceros legitimados, de pruebas sobre conductas o hechos privados relativos, entre otros, al ámbito ‘laboral’”

“...aunque el artículo 48.1 a) de la Ley 5/2014 permite de forma expresa que los detectives privados realicen averiguaciones con vistas a la obtención y aportación de pruebas relativas a la vida personal, familiar o social, excluye expresamente ‘la que se desarrolle en los domicilios o lugares reservados’”.

El artículo 48.3 de la Ley 5/2014 es “bien explícito y rotundo: ‘en ningún caso se podrá investigar la vida íntima de las personas que transcurra en sus domicilios u otros lugares reservados’”

“Los detectives privados no pueden, en consecuencia, investigar lo que transcurra en los domicilios u otros lugares reservados de las personas”.

“El artículo 48 de la Ley 5/2014 concibe el domicilio como un ámbito inmune a las labores de investigación de los detectives privados con vistas a la obtención y aportación de pruebas. También lo son ‘otros lugares reservados’ que el precepto no define”.

“Parece razonable deducir que también el jardín del domicilio del trabajador es un lugar en el que solo puede entrarse con el consentimiento de este, titular del domicilio, o, salvo supuestos de flagrante delito, mediante resolución judicial (artículo 18.2 CE). En efecto, se trata de un ámbito en el que se ejerce la vida íntima, personal y familiar y que puede permanecer ajeno a las intromisiones de terceros en contra de la voluntad de su titular. Es un espacio en el que este también tiene una expectativa legítima de privacidad, aunque pueda ser con alguna intensidad menor que en el espacio edificado distinto del jardín. Y, de no considerarse que el jardín sea, en sentido estricto,

el domicilio del trabajador, dicho jardín entrará sin dificultad en el concepto de otros lugares reservados (artículos 48.1 a) y 48.3 de la Ley 5/2014), que lo son porque toda intromisión de terceros en ellos necesita del consentimiento de su titular”.

“Por lo demás, no consta que, en el presente supuesto, el jardín del trabajador fuera visible para cualquiera que pudiera pasar por su proximidad, ni que no hubiera muros, setos o vallas de cualquier naturaleza que dificultaran la visibilidad desde el exterior”.

IX. Comentario

Las razones que avalan la consideración del jardín como domicilio son varias, y todas encadenadas concluyen en un aserto incuestionable: domicilio es el lugar en el que se tiene una expectativa legítima de privacidad. El fundamento jurídico tercero entiende que el jardín sí debe considerarse domicilio porque: se accede a él únicamente con consentimiento exclusivo de su titular; se desarrolla en su espacio la vida privada, personal y familiar; existe una voluntad consciente de que dicho lugar quede al margen de intromisiones de terceros; y se conforma una zona en el que se goza de una expectativa legítima de privacidad, aunque, ciertamente, pueda ser de menor intensidad que en el espacio edificado con el que el jardín se encuentra unido.

Añade, intentando no cerrar la puerta a otros eventuales futuros problemas que pudieran cuestionar la consideración del jardín como domicilio, que, en todo caso, este jardín si no se considerase domicilio podría considerarse, sin dificultad, como “*otros lugares reservados*”, que la norma caracteriza porque impiden la intromisión de terceros en ellos sin el consentimiento de su titular. Parece no querer cerrarse la puerta a que una edificación aneja al propio domicilio pueda no considerarse parte integrante de él, dependiendo, naturalmente, de las circunstancias de cada caso. Quizá, pese mucho en esta argumentación preventiva, ciertamente de modo indirecto o reflejo, el peso específico que tiene en derecho laboral el concepto de lugar de trabajo, indiscutiblemente reservado en algunos aspectos, pero que no puede considerarse como domicilio, ni gozar de las garantías constitucionales que se asocian a él. La resolución, con la misma intensidad que afirma que el jardín, en el asunto enjuiciado, debe ser considerado parte del domicilio, no parece desechar la idea de que, en otras circunstancias, pudiera tener otra consideración: otro lugar reservado, espacio privativo, etc.

X. Apunte final

El Derecho a la inviolabilidad del domicilio protege un ámbito espacial muy determinado, el domicilio, que es el lugar en el que los “*individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima*” (SSTC 22/1984, de 17 de febrero; 94/1999, de 31 de mayo; y 119/2001, de 24 de mayo).

El concepto no se relaciona necesariamente con el domicilio habitual, o con el lugar en el que se pernocta, o en el que se convive con otros familiares. Domicilio es, sin más, el espacio en el que las personas ejercen su libertad más íntima al pario de convenciones sociales e intromisiones de terceros (no deseados). Suele coincidir con el que a efectos laborales, o de otro tipo, se considera habitual, pero no necesariamente tiene que ser así siempre y en todo caso. Puede ser, por tanto, una residencia de temporada, una habitación de hotel, incluso una tienda de campaña, una roulote estable y anclada en un campig, etc.

Lo esencial es que en ese espacio se desarrolle esa libertad íntima pretendiendo, precisamente por ello, la exclusión de los demás, de los otros, de todos los conciudadanos. Como bien lo expresa la STC 10/2002, de 17 de enero: “*El propio carácter instrumental de la protección constitucional del domicilio respecto de la protección de la intimidad personal y familiar exige que, con independencia de la configuración física del espacio, sus signos externos revelen la clara voluntad de su titular de excluir dicho espacio y la actividad en él desarrollada del conocimiento e intromisiones de terceros*”.

El problema surge con los anexos a dichos domicilios: los garajes, las terrazas, los trasteros, y, naturalmente, los jardines que circundan o rodean el domicilio y sobre los que se extienden los poderes domiciliarios del morador.

Desde el punto de vista penal no hay duda de que los jardines forman parte del domicilio. La STS-PEN 1803/2002, de 4 de noviembre afirma, literalmente, que *“el jardín circundante a un chalet debe ser considerado como parte del domicilio de su titular legítimo, en donde ejerce su intimidad, aunque la puerta de acceso al mismo esté abierta”*.

Estela que sigue el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2016, sobre el alcance de la agravación específica que se define en los apartados 1 y 3 del art. 241 del C.P. entendiéndose que *“los trasteros y garajes comunes sitos en edificio de propiedad horizontal, donde también se integran viviendas, tendrán la consideración de dependencia de casa habitada, siempre que tengan las características siguientes: a) Contigüidad, es decir, proximidad inmediata o directa con la casa habitada; que obviamente puede ser tanto horizontal como vertical; b) Cerramiento, lo que equivale a que la dependencia esté cerrada, aunque no sea necesario que se halle techada ni siquiera murada; c) Comunicabilidad interior o interna entre la casa habitada y la dependencia; es decir, que medie puerta, pasillo, escalera, ascensor o pasadizo internos que unan la dependencia donde se comete el robo con el resto del edificio como vía de utilizable acceso entre ambos. d) Unidad física, aludiendo al cuerpo de la edificación”*.

Por su parte la más cercana en el tiempo STS-PEN 154/2017, de 10 de marzo en un supuesto de incautación de lo más tarde resultó ser droga ilegal en el jardín de una vivienda que se realizó sin mandamiento judicial se precisa que *“el espacio constituido por el jardín anexo a la casa está perfectamente delimitado por una valla con puerta dotada de picaporte y cerrojo”* añadiendo que sin que sea *“obstáculo para el mantenimiento de esta pretensión que el interior del jardín resultase visible desde la calle y que la puerta del mismo no estuviera cerrada con llave”*, para concluir que *“el jardín de que se trata, es claro, formaba un todo con la vivienda, tanto por razón de la contigüidad espacial, como por la forma inequívoca de su delimitación, como por razón del destino”*.

Podría tenerse, claro está, una perspectiva de domicilio parcialmente diferente para el ordenamiento laboral, pero entiendo que las características con las que la resolución no jurisdiccional de la Sala Penal del Supremo rodea a los edificios anexos al domicilio pueden aplicarse al concepto de jardín y traerse al ámbito laboral. Porque lo que no parece razonable es que teniendo similar perspectiva laboral en relación con el concepto de domicilio se tenga diferente con respecto al jardín anexo.

El director y el subdirector de RJL tuvieron ocasión de reflexionar sobre estas cuestiones en una monografía conjunta titulada *“Detectives en las relaciones laborales. Impacto de la Ley de Seguridad Privada (L 5/2014)”* que publicaron en la editorial Francis Lefebvre en 2014. Trayendo a colación sus argumentos, pero centrándonos en la problemática que surge en relación con el jardín y, sobre todo, con la teoría de la expectativa de privacidad, se puede concluir que en la obtención de fotografías de trabajadores por detectives privados debemos centrarnos en tres cuestiones esenciales.

En primer lugar, en el espacio en el que han sido tomadas y su relación directa con el ámbito laboral o privado en el que se encontraba el trabajador objeto de investigación. En segundo lugar, en la validez y autenticidad intrínseca de las fotografías, es decir, en la necesidad de certificar o acreditar que no han sido modificadas, alteradas o manipuladas. Y, en tercer lugar, en el medio empleado para realizar las fotografías, en el sentido de que deben emplearse para ello los medios naturales e idóneos para ese fin, desechando el empleo de instrumentos de filmación extraordinariamente agresivos para la intimidad de los trabajadores que empleen recursos técnicos asombrosamente complejos y desproporcionados en relación con la infracción laboral que se pretende acreditar. La segunda y la tercera cuestión no

merece ahora nuestra atención, pero la cuestión del lugar en donde se toman las fotografías es capital.

Debe partirse de la premisa de que la obtención de fotografías de personas trabajadoras en lugares públicos no invade, en ningún caso, su derecho a la intimidad, sobre todo si es *“difícil acudir a otras medidas de control menos agresivas”* [STSJ-SOC Cataluña, de 11 de febrero de 2004 (JUR 2004\92518)]. En realidad, no invade el derecho a la intimidad de ningún ciudadano. Pero debe tenerse presente que, como bien resume la STSJ-SOC Madrid, de 21 de abril de 2008 (rec. 419/2008) lo *“auténticamente relevante no son las fotografías, ciertamente neutras, que aparecen en el informe de constante cita, ni siquiera lo que en él narra el detective privado que lo confeccionó, sino lo que éste declaró al deponer como testigo en la vista oral...”*

Es decir, la fotografía, por sí misma nada dice, y para que tenga una utilidad en el proceso en el que se aporta el detective debe narrar por sí mismo cómo aconteció la realidad plasmada en las mismas, construyendo un relato lógico desde el punto de vista sustancial y formal. Debe explicar cuál es la razón que aconsejó tomar las fotografías que aporta (aspecto formal), y qué es lo que las fotografías muestran (aspecto sustancial): lugares, fechas, personas con las que se entrevista, etc. Porque lo sustancial para acreditar determinada conducta o comportamiento de la persona trabajadora que se somete a investigación es el relato del detective sustentado en su informe escrito, que adquiere naturaleza testifical en el proceso correspondiente sustanciándose en el material gráfico que aporta, fotográfico, videográfico o de otro tipo.

La toma de fotografías en lugares no públicos (locales cerrados, establecimiento de acceso restringido, clubs privados, etc.) requiere una exigencia adicional de legitimación por parte del detective, en el sentido de requerir una mayor explicación a la necesidad de ser seguidos en estos espacios en lo que las expectativas de privacidad son mayores que en los espacios públicos, teniendo presente que no gozan de las garantías constitucional de las que disfruta el domicilio particular. Así, por ejemplo, en la STSJ-SOC Cataluña, de 27 de julio de 2005 (rec. 1531/2004) que analizaba las actividades incompatibles de una persona trabajadora con su situación de incapacidad temporal un detective realizó unas cuantas fotografías dentro de un local cerrado sin consentimiento de los titulares de este ni de las personas que en él se encontraban. El Tribunal entiende que este proceder es contrario a la privacidad constitucionalmente protegida, y anula la prueba así obtenida, al entender que nos encontramos en un lugar privado, y que se carece del consentimiento expreso para obtener fotografías. En realidad, era solamente una de las fotografías la que se realiza *“no en un sitio o espacio público, sino dentro de un local, sin que conste permiso para ello”*, habiendo obtenido las demás fotografías aportadas desde fuera de dicho local, pero es suficiente para desacreditar la totalidad del testimonio del detective. Queda por cuestionar qué hubiera sucedido si se hubieran tomados las fotografías desde fuera del local aun apuntando con la cámara hacia dentro del mismo, pero la constatación de que al menos una de las aportadas indubitadamente se ha realizado desde dentro del local permite concluir la inadecuación de la prueba aportada.

Por último, en los lugares privativos de específica protección constitucional, como lo es el domicilio de la persona trabajadora, la intromisión del detective tiene que considerarse siempre ilegítima.

La cuestión del domicilio queda suficientemente clara. Se veda totalmente la posibilidad de que se fotografíe a la persona trabajadora en su propio domicilio. La enunciada doctrina penal en relación con el domicilio es perfectamente exportable para el ámbito laboral.

Y también lo es la consideración del jardín como espacio domiciliario, básicamente por un aspecto no suficientemente subrayado en la resolución, la existencia, como en el propio domicilio, de una alta expectativa de privacidad. La resolución subraya que el jardín *“es un espacio en el que es que también tiene [la persona trabajadora] una expectativa legítima de privacidad, aunque pueda ser con alguna intensidad menor*

que en el espacio edificado distinto del jardín”. Pero añade: “...de no considerarse que el jardín sea, en sentido estricto, el domicilio del trabajador, dicho jardín entrará sin dificultad en el concepto de otros lugares reservados, que lo son porque toda intromisión de terceros en ellos necesita el consentimiento de su titular”, lo que puede generar algunas dudas para futuros supuestos.

En definitiva, que el jardín, o bien es considerado domicilio, con lo que ello conlleva, gozando de la protección constitucional asociada al concepto, o bien es considerado otro lugar reservado.

Si es considerado domicilio sólo queda cuestionar cómo debe estar unido ese jardín con la edificación para entenderlo protegido por las garantías constitucionales y legales que se asocian al domicilio. Y la cuestión se solventa con la traslación para el ámbito laboral del ya citado Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 15 de diciembre de 2016 que, aunque no se dictó específicamente para el supuesto de jardín, entiende que entre el domicilio y los espacios anexos (terrazas, cocheras, trasteros, etc.) deben poder apreciarse una serie de circunstancias: “*Contigüidad*”, lo que en nuestro caso exige una conexión espacial directa: domicilio y jardín deben encontrar conexos; “*Cerramiento*” del jardín, sin que sea exigible que dicho incomunicación sea inabordable o invisible desde la calle; “*Comunicabilidad*” entre el domicilio y el jardín, es decir que se accede al jardín desde el propio domicilio, -no abandonándolo y accediendo a éste desde un espacio público (calle, carretera, camino, etc.)- mediante un pasillo, escalera, pasaje, etc., y “*Unidad física*” en relación con el cuerpo total de lo edificado. Si esas circunstancias concurren en el jardín debe considerarse domicilio a todos los efectos.

Pero si el jardín únicamente fuera considerado lugar reservado (cosa que no hace -se intente- la resolución que analizamos, pero que ciertamente deja entreabierto para otros supuestos futuros) deberemos cuestionar si sobre dicho espacio se proyecta la expectativa de privacidad, que es el elemento que dota al espacio reservado de características similares al domicilio.

La expectativa de privacidad puede ser analizada desde el desarrollo de la doctrina norteamericana del “*Plain View*” que proyecta la cuarta enmienda de su Constitución para la aparición casual de elementos incriminatorios penales. Esta teoría se sustenta sobre la expectativa razonable de privacidad que tienen las personas en el desarrollo de sus relaciones sociales y personales, tanto en público como en privado. La visión directa de los objetos y las personas que se muestren sin necesidad de consideraciones específicas de privacidad por el lugar en el que se muestran pueden ser grabadas sin problemas si quien las toma tiene derecho legítimo a estar en ese determinado lugar desde el que se tomaron.

Así, por ejemplo, un parque abierto al público en general no es idéntico a un parque privado dentro de una urbanización a la que sólo pueden acceder determinadas personas, ni tampoco es igual a un parque público que se encuentra dentro del recinto de la empresa. Lo trascendente es si la situación de quien toma las fotografías es legal. Lo interesante de esta doctrina es que se aplica específicamente a las zonas constitucionalmente protegidas como privadas siempre que sean públicas.

Diferencia así entre zonas públicas abiertas y zonas públicas cerradas. En las primeras, las abiertas (calles, supermercados, parques, zonas comerciales, de zonas públicas cerradas, gimnasios, lavabos, hospitales, restaurantes, etc.) no es necesario argumentaciones adicionales, se puede obtener fotografías sin más. En las zonas públicas cerradas (locales de acceso restringido, calles particulares, locales de trabajo, etc.), sin embargo, la obtención de este material fotográfico sólo es posible si existe una visión directa y se obtiene desde una posición legítima, es decir, si se emplea un medio racional para captar la imagen y el lugar desde el que se obtiene es un sitio donde quién realiza las fotografías podía estar de manera natural.

La importación de esta doctrina de la expectativa de privacidad para nuestro supuesto de jardín debe partir de la advertencia que realiza la propia resolución

cuando afirma que: *“...no consta que, en el presente supuesto, el jardín del trabajador fuera visible para cualquiera que pudiera pasar por su proximidad, ni que no hubiera muros, setos o vallas de cualquier naturaleza que dificultaran la visibilidad desde el exterior”*. Con ello da la clave para configurar los elementos de esa expectativa: que con los actos propios la persona trabajadora haya querido dejar opaco dicho jardín a la visión de terceros, muy en la línea del concepto de privacidad americana del derecho a estar solo y no ser molestado por nadie.

Es decir, aquel jardín que no se considere domicilio pero sí otro lugar reservado al que se le ha querido dotar de elementos que garanticen la privacidad (muros, vallas, setos, parterres, árboles, puertas, etc.) debe considerarse como abrigado por esa expectativa de privacidad, y, por tanto, considerado protegidos de manera singular, impidiendo, en definitiva, la obtención de fotografías de la persona trabajadora dentro de él.

La STS-PEN 329/2016, de 20 de abril puede ilustrar bien cuales son los límites de esta teoría. En el asunto debatido se enjuiciaba la *“validez de la observación realizada por los agentes de la policía del interior de la vivienda del principal acusado -situada en el décimo piso de un edificio de viviendas- desde un inmueble próximo, valiéndose para ello de unos prismáticos”*. En la instancia se entendió que no había existido intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad, pues *“... la observación del interior de la morada se produce a través de aquello que los moradores han permitido ver a través de la ventana”*. Si embargo la resolución entiende que aunque *“El agente de policía puede narrar como testigo cuanto vio y observó cuando realizaba tareas de vigilancia y seguimiento”* nuestro sistema constitucional de garantías sólo puede *“obtenerse adecuadamente a partir de la idea de que el acto de injerencia domiciliaria puede ser de naturaleza física o virtual”*. Ello conlleva que la garantía del art. 18.2 CE proteja *“tanto frente la irrupción in consentida del intruso en el escenario doméstico, como respecto de la observación clandestina de lo que acontece en su interior, si para ello es preciso valerse de un artilugio técnico de grabación o aproximación de las imágenes”*, añadiendo que *“El Estado no puede adentrarse sin autorización judicial en el espacio de exclusión que cada ciudadano dibuja frente a terceros”, vulnerándose la garantía constitucional “cuando sin autorización judicial y para sortear los obstáculos propios de la tarea de fiscalización, se recurre a un utensilio óptico que permite ampliar las imágenes y salvar la distancia entre el observante y lo observado”*.

Se trataba, básicamente, de una vigilancia policial que se efectúa desde el edificio de enfrente mediante unos prismáticos dirigidos al interior de la vivienda que no había corrido las cortinas de las ventanas. Precisa al respecto la resolución que *“El domicilio como recinto constitucionalmente protegido no deja de ser domicilio cuando las cortinas no se hallan debidamente cerradas. La expectativa de intimidad, en fin, no desaparece por el hecho de que el titular o usuario de la vivienda no refuerce los elementos de exclusión asociados a cualquier inmueble. Interpretar que unas persianas no bajadas o unas cortinas no corridas por el morador transmiten una autorización implícita para la observación del interior del inmueble, encierra el riesgo de debilitar de forma irreparable el contenido material del derecho a la inviolabilidad domiciliaria”*.

En definitiva, si al jardín se le ha querido dotar de elementos de cerramiento que lo hagan difícilmente accesible y visible desde el exterior, interponiendo algún elemento arquitectónico u ornamental, estaríamos dotándolo de esa expectativa de privacidad que necesariamente debe concurrir para considerarlo como *“otros lugares reservados”*. Lo esencial es, en definitiva, que se le dote de los elementos que permitan deducir racionalmente que estamos en presencia de un espacio de privacidad. Ésta se considera intrínseca en el propio domicilio (no correr los visillos, no bajar las persianas, etc.) pero en otros lugares para que tengan la consideración de reservados hay que instituirlos mediante la interposición de los elementos comentados que hagan opaco el lugar a terceros.

§ 58 Intereses moratorios y procesales en la ejecución social: compatibles, pero autónomos e independientes en su aplicación. Los moratorios deben ser pedidos para ser concedidos.

Juan Martínez Moya

Magistrado de la jurisdicción social. Vocal del Consejo General del Poder Judicial

Resumen: *Los intereses moratorios para estar comprendidos en la liquidación de intereses realizada en ejecución de una sentencia laboral, deben reclamarse previamente en la fase declarativa del proceso y tiene que haberse pronunciado sobre ellos la sentencia de instancia. En cambio, los intereses procesales operan ope legis, de manera automática. Ambas clases de intereses, pudiendo ser compatibles, sin embargo, responden a fundamentos y finalidades distintas.*

Palabras clave: *Intereses moratorios. Intereses procesales. Automaticidad. Reclamación.*

Abstract: *Calcul des intérêts et modalités des intérêts. Les intérêts moratoires à inclure dans la liquidation des intérêts effectuée en exécution l'arrêt rendu dans un processus de travail, doivent être préalablement réclamés dans la phase déclarative du procès et la condamnation judiciaire doit avoir été prononcée à leur encontre. D'autre part, les intérêts procéduraux opèrent ope legis, automatiquement. Les deux types d'intérêts, pouvant être compatibles, répondent néanmoins à des fondements et des finalités différents.*

Keywords: *Intérêts moratoires. Modalités des intérêts. L'automaticité. Exigence de réclamation.*

I. Introducción

Las liquidaciones de intereses en ejecución suelen plantear problemas interpretativos relacionados con el título ejecutivo en que se fundan. Cuántas veces leemos en el fallo de una sentencia la expresión de condena a los “intereses legales”, y llegado el momento de la liquidación surge la duda de si además de los procesales, aplicables de oficio, por su marcado carácter imperativo, al nacer *ope legis*, cabe adicionar los moratorios o sustantivos que exigen petición y expresa condena.

La obligación de pago de intereses puede tener ubicación en la fase declarativa del proceso, pero también en la fase de ejecución cuando el Juzgado de lo Social apremia lo establecido en resolución judicial con carácter de decisión firme. La sentencia del TS (Social) de 30 de mayo de 2023 seleccionada para este comentario, aborda la cuestión de aquellos intereses, esto es, de los denominados moratorios del artículo 1108 del Código Civil en deuda contraída y plasmada en decisión judicial firme que condena a una cantidad concreta en concepto de recargo de medidas de seguridad. Hasta aquí un planteamiento sencillo.

El caso se complica cuando los intereses moratorios (civiles o sustantivos) no fueron solicitados en demanda ni plasmados en la sentencia firme que constituyó el título ejecutivo, y avanzada la ejecución, son pedidos en el interior de esta. En la liquidación que practicó el Juzgado de lo Social son denegados. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia acoge el recurso de la parte ejecutante y fija, además de los intereses procesales (indiscutidos), el devengo de los intereses moratorios. Finalmente, en casación para unificación de doctrina, se atiende el recurso de la empresa ejecutada y expulsa de la liquidación los intereses moratorios. Veamos el por qué.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 382/2023, de 30 de mayo.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ núm. 507/2020.

ECLI:ES:TS:2023:2306.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Antonio Blasco Pellicer.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. El problema jurídico

Se trata de determinar si, en trámite de ejecución de sentencia que condenó a una cantidad concreta en concepto de recargo por falta de medidas de seguridad, cabe imponer los intereses moratorios previstos en los artículos 1101 y 1108 Código Civil que no fueron solicitados en la demanda ni establecidos en la sentencia que se pretende ejecutar.

2. Hechos y antecedentes

- *La fase declarativa.*

Ejecución de sentencia que condena al pago de cantidades en un proceso de recargo por falta de medidas de seguridad.

- *En el interior de la ejecución: el Decreto de liquidación de intereses*

Una incidencia se suscita con ocasión de la liquidación de intereses que practica el Letrado de la Administración de Justicia, lógicamente ya en fase de ejecución. El Decreto del LAJ liquidatorio de intereses, entre otros extremos, fijó "intereses moratorios procesales en la cantidad de 8.754,82 euros y los procesales en 17.866,13 euros", que deberá abonar la empresa ejecutada.

3. Las impugnaciones (recursos):

3.1 El recurso de revisión contra el Decreto y el Auto del Juzgado de lo Social.

La empresa ejecutada ve acogido parcialmente su recurso y el Juzgado de lo Social deja sin efecto la liquidación de intereses moratorios.

3.2 El recurso de suplicación contra el Auto del Juzgado de lo Social: la sentencia del TSJ (Social).

El Auto fue recurrido en suplicación por ambas partes ante la Sala de lo Social del TSJ y que revoca en el sentido de declarar: (a) Que de la indemnización fijada a favor

de la Sra. Virtudes se deduzca lo percibido por prestaciones de incapacidad temporal derivada de su enfermedad profesional. (b) Que la indemnización final calculada producirá los intereses moratorios legales desde el 15/10/07, e intereses moratorios procesales desde el 01/09/16".

3.3 El recurso de casación interpuesto por la empresa ejecutada: la sentencia del TS.

El Alto Tribunal centra su atención en lo que es objeto del recurso interpuesto por la empresa ejecutada que recoge dos peticiones: (a) la principal: determinar si, en trámite de ejecución de sentencia que condenó a una cantidad concreta en concepto de recargo por falta de medidas de seguridad, cabe imponer los intereses moratorios previstos en los *artículos 1101 y 1108 CC* que no fueron solicitados en la demanda ni establecidos en la sentencia que se pretende ejecutar; (b) una petición subsidiaria sobre el "dies a quo" de devengo de los intereses moratorias sustantivos para el caso de que se considere que procedía su concesión.

IV. Posición de las partes

(1) *La empresa* como parte ejecutada en procedimiento de ejecución de título judicial. Su posición procesal ha variado en las diferentes fases de la incidencia de ejecución. del proceso.

- Como *parte ejecutada*, impugnó la liquidación de intereses practicada por el LAJ en el Decreto correspondiente al considerar que no debía soportar los moratorios, y, en todo caso, cuestionaba la fecha de devengo.

- Como *parte recurrente* en el recurso de suplicación no cuestionó dicho extremo, al ser acogido en el Auto del Juzgado de lo Social; pero si embargo logró que se atendiera la petición de deducción de la indemnización fijada a favor de la ejecutante de lo percibido por prestaciones de incapacidad temporal derivada de su enfermedad profesional.

-Como parte recurrente en el recurso de casación, impugnó la condena al abono de intereses moratorios, y subsidiariamente, el dies a quo de devengo.

(2) *La trabajadora como parte ejecutada*. Su posición también ha oscilado durante el proceso:

-Como *parte ejecutante* impugnó, a través de la interposición de un recurso de revisión, la liquidación de intereses practicada por al LAJ, que fue desestimada por Auto del Juzgado de lo Social.

-Como *parte recurrente* en el recurso de suplicación, consiguió que la Sala de lo Social del TSJ estimase su recurso y ampliara la condena al abono de intereses moratorios.

-Como parte recurrida en el recurso de casación para unificación de doctrina interesando la confirmación de la sentencia recaída en suplicación.

(3) El *Ministerio Fiscal* sostuvo la procedencia del primer motivo del recurso de la empresa ejecutada (improcedencia de la condena a intereses moratorios) y, dado el carácter subsidiario del segundo motivo, la innecesaridad de su examen.

V. Normativa aplicable al caso

***Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil:**

Artículo 1101. Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.

Artículo 1108. Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal.

***Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil:**

Artículo 576. Intereses de la mora procesal. 1. Desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley.

2. En los casos de revocación parcial, el tribunal resolverá sobre los intereses de demora procesal conforme a su prudente arbitrio, razonándolo al efecto.

3. Lo establecido en los anteriores apartados será de aplicación a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional, los laudos arbitrales y los acuerdos de mediación que impongan el pago de cantidad líquida, salvo las especialidades legalmente previstas para las Haciendas Públicas.

***Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social:**

Artículo 239. Solicitud de ejecución.

[...] 2. La ejecución podrá solicitarse tan pronto la sentencia o resolución judicial ejecutable haya ganado firmeza o desde que el título haya quedado constituido o, en su caso, desde que la obligación declarada en el título ejecutivo fuese exigible, mediante escrito del interesado, en el que, además de los datos identificativos de las partes, expresará: [...]

b) Tratándose de ejecuciones dinerarias, la cantidad líquida reclamada como principal, así como la que se estime para intereses de demora y costas conforme al artículo 251. [...]

Artículo 251. Intereses de demora y costas.

1. Salvo que motivadamente se disponga otra cosa, la cantidad por la que se despache ejecución en concepto provisional de intereses de demora y costas no excederá, para los primeros, del importe de los que se devengarían durante un año y, para las costas, del diez por ciento de la cantidad objeto de apremio en concepto de principal.

2. En cuanto a los intereses de la mora procesal se estará a lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, transcurridos tres meses del despacho de la ejecución sin que el ejecutado cumpliera en su integridad la obligación, si se apreciase falta de diligencia en el cumplimiento de la ejecutoria, se hubiere incumplido la obligación de manifestar bienes o se hubieren ocultado elementos patrimoniales trascendentes en dicha manifestación, podrá incrementarse el interés legal a abonar en dos puntos.

VI. Doctrina básica

Los intereses moratorios y los intereses procesales son conceptos distintos y están sujetos a un régimen jurídico diferente:

-Normativamente: los intereses procesales están regulados en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; los moratorios, con carácter general, en los artículos 1.108 y 1.109 del Código Civil y, de manera concreta para las deudas por salarios, en el artículo 29.3 del Estatuto de los Trabajadores.

-Conceptualmente:

*Los intereses moratorios son aquéllos que derivan de una obligación consistente en el pago de una cantidad de dinero y, una vez que incurre en mora el deudor (desde que se le exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación, según el *art. 1.100 del CC*), la cantidad adeudada devenga el interés pactado, el establecido en norma especial (como es el caso del *art. 29.3 ET*) o, en su defecto, el interés legal del dinero. Se producen, no por el incumplimiento de una resolución judicial de condena, sino por el incumplimiento de una obligación no declarada judicialmente.

*Los intereses procesales establecidos en el *art. 576 de la LEC* tienen la naturaleza de una obligación legal, que determina la no necesidad de que se condene a los mismos, y en el ámbito laboral están contemplados en el artículo 251 LRJS.

- *Sobre la exigibilidad o no de oportuna reclamación:*

* Los intereses moratorios (el 10 por 100 que establece el *art. 29.3 del ET*, o el tipo superior establecido por pacto individual o colectivo), o tratándose de indemnización en materia de Seguridad Social (artículo 1.108 del Código Civil) para ser concedidos deben haberse solicitado en las correspondientes demandas del proceso declarativo y tiene que haberse pronunciado sobre ellos la sentencia de instancia. De este modo constituirán el importe del principal a que se refiere el *artículo 239.2 b) LRJS*, cantidad líquida que figure en el título ejecutivo. En consecuencia, no procederá incrementar la deuda con dichos intereses si no se establecieron en la resolución o acuerdo que dio lugar al título ejecutivo. Si lo están, la suma de las dos cantidades se considera el "principal".

*Los intereses procesales del artículo 576 LEC no existe obligación de pedirlos, porque se devengan de forma automática, "*ope legis*", correspondiendo al trámite de la ejecución su exacta determinación, tal como, en el ámbito laboral establece el artículo 251 LRJS.

VII. Parte dispositiva

**Pronunciamiento principal:* la Sala IV del TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa. Casa y anula en parte la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia recurrida. Resuelve el debate planteado en suplicación desestimando el de tal clase formulado por la parte ejecutante, y declara la firmeza del Auto del Juzgado de lo Social número 2 de Lugo, dictado en el procedimiento de ejecución, únicamente respecto de la desestimación de la condena a intereses moratorios, al declarar que no procede ejecutar por este concepto.

**Pronunciamentos accesorios:* (i)ordena la devolución del depósito y la consignación correspondiente a lo que afecta a la presente resolución; (ii) no realiza declaración alguna sobre imposición de costas.

VIII. Pasajes decisivos

Fundamentos jurídicos:

TERCERO. - 1.- Los intereses procesales a que se refiere el *art. 576 de la LEC* son distintos de los intereses moratorios a los que, con carácter general, se refieren los *arts. 1.108 y 1.109 del CC* y, de manera concreta para las deudas por salarios, el *art. 29.3 ET*. Los intereses moratorios son aquéllos que derivan de una obligación consistente en el pago de una cantidad de dinero y, una vez que incurre en mora el deudor (desde que se le exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación, según el *art. 1.100 del CC*), la cantidad adeudada devenga el interés pactado, el establecido en norma especial (como es el caso del *art. 29.3 ET*) o, en su defecto, el interés legal del dinero. Como establece nuestra *STS de 21 de julio de 2009 (rcud. 1767/2008)*, hay que salir al paso de la confusión entre intereses procesales -o de mora procesal - del *artículo 576 LEC* y los intereses moratorios sustantivos del *artículo 1108 CC* o del *artículo 29.3 del Estatuto de los Trabajadores*, que se producen, no por el incumplimiento de una resolución judicial de condena, sino

por el incumplimiento de una obligación no declarada judicialmente. Pero estos intereses, tendrían que haberse solicitado en las correspondientes demandas del proceso declarativo y tendría que haberse pronunciado sobre ellos la sentencia de instancia.

Los intereses moratorios han de ser pedidos oportunamente en el proceso declarativo laboral, y establecidos, en su caso, en la sentencia condenatoria que se dicte. Es decir, si el trabajador que reclama salarios frente al empresario pretende que se le abonen con el interés por demora del 10 por 100 que establece el *art. 29.3 del ET* (o el tipo superior establecido por pacto individual o colectivo), deberá pedirlo en la demanda, y la condena a su pago, en su caso, constituirá un pronunciamiento más de la sentencia que se dicte en el correspondiente proceso declarativo. Lo mismo ocurre si se trata del pago de una indemnización, como es el caso, en cuyo supuesto tales intereses, deberán ser solicitados y fijados en la sentencia y, al igual que los intereses salariales, junto con la suma reclamada y objeto de condena, constituirán el importe del principal a que se refiere el *artículo 239.2 b) LRJS*. En efecto, tal será la cantidad líquida que figure en el título ejecutivo. Normalmente dicha cantidad que constituye el montante de la deuda reconocida en el título a favor del acreedor podrá ser acompañada de los intereses derivados del *artículo 29.3 ET*, o del *artículo 1108 CC*, siempre que los mismos figuren en el título ejecutivo. No procederá incrementar la deuda con dichos intereses si no se establecieron en la resolución o acuerdo que dio lugar al título ejecutivo. Si lo están, la suma de las dos cantidades se considera el "principal".

El interés por mora del *artículo 29.3 ET* se aplica solo en el caso del salario, no así cuando se trate de otras cantidades adeudadas por la empresa, como las indemnizaciones, para las que rigen las normas generales del *artículo 1108 CC* [SSTS de 15 de noviembre de 2005 (rcud. 1197/2004)], siendo ambos supuestos expresiones concretas de este tipo de intereses que denominamos moratorios y que constituyen el objeto de este recurso.

Por el contrario, los intereses de demora establecidos en el *art. 576 de la LEC* tienen la naturaleza de una obligación legal, que determina la no necesidad de que se condene a los mismos, así como la no obligatoriedad de que se pidan por el demandante. Ello es así porque la producción de intereses tiene lugar, en cierto modo, de forma automática, "*ope legis*", correspondiendo al trámite de la ejecución su exacta determinación, tal como, en el ámbito laboral establece el *artículo 251 LRJS*.

2.- La traslación de la expuesta doctrina al supuesto que examinamos revela, claramente, que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste que establece con nitidez la exigencia de que los intereses moratorios debieron ser solicitados en su momento y establecidos en la sentencia de instancia cuya ejecución se pretende luego. Más aún si tenemos en cuenta el carácter objetivo y automático de los mismos [STS de 17 de junio de 2014 (rcud. 1315/2013); de 14 de noviembre de 2014 (rcud. 2977/2013); de 21 de enero de 2015 (rcud. 304/2013) y 218/2020, de 10 de marzo (rcud. 1553/2018)] ya que el interés se devenga siempre desde la reclamación del débito, cualquiera que éste sea y siempre que la demanda haya prosperado, bien en todo o bien en parte, debiéndose establecer expresamente en la sentencia.

En el caso examinado, es claro que se controvertió sobre la pertinencia o no del recargo, incluso sobre su cuantía en función de si debían o no excluirse determinadas partidas, pero ni se solicitaron, ni hubo controversia alguna sobre los intereses a aplicar a la cantidad a que ascendió la condena del recargo de prestaciones. En esas condiciones, tales intereses no podían ser ya fijados en ejecución de sentencia, trámite en el que no podía modificarse el importe del principal; sin perjuicio de que la ejecución pudiera despacharse provisionalmente añadiendo al importe del principal, lo calculado provisionalmente en concepto de intereses procesales y de costas, tal como al efecto establece el *artículo 251 LRJS*.

IX. Comentario

1. Premisa de partida: deslindar momentos procesales y clarificar conceptos

Con concisión magistral, Bartolomé Ríos Salmerón, resumía el problema que aquí nos trae la sentencia del TS (Social) que analizamos del siguiente modo: “mientras (...) los intereses moratorios civiles fueron fijados expresamente por el Juez social, los intereses moratorios procesales arrancan de un momento posterior”^[1]. Hacía esta afirmación como ponente en una antigua resolución resolviendo un recurso de suplicación con anterioridad a la vigente LE Civil/2000.

Es cierto que la mayor parte de las veces muchas controversias en la ejecución del título ejecutivo en lo concerniente a la liquidación de intereses se hallan en las literales expresiones utilizadas para la condena al pago de “intereses legales” o “intereses moratorios” que podemos leer en los títulos ejecutivos. Ello obliga al juez ejecutor a que tenga que rastrear qué se quiso decir en la fase declarativa (si se solicitaron o no esos intereses moratorios, o incluso a qué tipo de intereses estamos aplicando) para determinar exactamente el principal reclamado en orden a activar o despachar la ejecución.

2. El fundamento dogmático de los intereses moratorios

Desde el ámbito de la dogmática civil nos recuerda Díez-Picazo que la doctrina tradicional, a partir del Derecho Común, consideró que la mora en las obligaciones de dinero produce siempre un daño al acreedor. Este daño es un lucro cesante y arranca de la idea de que todo poseedor de dinero puede, en un sistema de mínimas posibilidades financieras colocarlo a interés y obtener determinados réditos, que son siempre, en caso de falta de pago, un lucro cesante. Por eso se admitió que el deudor debe al acreedor el interés del dinero, como intereses moratorios, no obstante, la prohibición general que en aquella época regía sobre pago de intereses. Esta es la solución que entre nosotros acoge el artículo 1.108 del Código Civil. De este modo, la obligación pecuniaria es una suerte de obligación privilegiada, en la medida en que el acreedor no necesita demostrar el daño producido, pues se entiende que en este tipo de obligaciones el retraso, en virtud del sistema financiero, produce daño siempre^[2].

3- La relación de los intereses procesales con los moratorios: las clases de interés

En atención a las finalidades que cumplen y en razón al criterio de constitución (previstos en norma legal o por convención en clausula) se puede hablar de hasta cuatro clases de interés: los intereses remuneratorios; los moratorios; los legales y convencionales y los procesales^[3]. En la sentencia analizada se refiere a los intereses moratorios en el proceso laboral. En el ámbito laboral, el interés establecido el artículo 29.3 ET se ha ido distanciado del civil (moratorio) en orden a la fijación del día a quo de su devengo, cuestión que, por cierto, se plantea como motivo subsidiario en el recurso de casación que examina la sentencia comentada pero que finalmente no se entra a analizar al descartar la premisa mayor, esto es, la improcedencia del devengo de intereses moratorios. Jurisprudencia social y civil coinciden en la fijación del día ad quem del devengo del interés moratorio: llegará hasta la fecha que se dicta la primera sentencia por la que se condena; sin embargo difieren en el cómputo respecto del día inicial o día a quo cuando se trata de deudas salariales (ex art. 29.3 ET) pero vuelven a converger ambas jurisprudencias (social y civil) si las deudas laborales no tienen carácter laboral, como por ejemplo, ocurre con las de Seguridad Social o indemnizatorias (indemnización en concepto de recargo por infracción de medidas de seguridad)^[4]. Confirma esta afirmación la STS (Social) de 11 de julio de 2012^[5] cuando para fijar “el día final para el cálculo de dichos intereses” puntualiza que, la doctrina de la Sala Social viene señalando que el “dies ad quem” de los intereses moratorios del art. 29.3 ET al haberse fijado la cantidad en la sentencia de instancia cuantía que no se ha visto alterada debe ser el de la sentencia de instancia; pues el interés moratorio ex artículo 29.3 estatutario no cabe confundirlo con el interés judicial o de ejecución prescrito en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pues, siendo ambos compatibles, el primero tiene su “dies a quo” o día inicial en la fecha en que la deuda

salarial se genera, es decir, cuando debió ser pagado y no lo fue, constituyendo su "dies ad quem" o día final la fecha en la que tal deuda queda fijada conceptual y cuantitativamente en la sentencia (STS 21-2-1994); es a partir de este momento procesal acabado de indicar cuando pueden empezar a generarse los intereses del artículo 576, que tienen ya una naturaleza distinta de los anteriores, pues son automáticos, "ex lege" sin necesidad de "culpa solvendi" (del deudor) y estrictamente objetivos".

Por otra parte, en los intereses procesales -a diferencia de los moratorios- se ha querido ver una vinculación con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE en cuanto a las funciones que se la atribuyen por la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 206/1993,, de 22 de junio)^[6] cuando afirma con relación a los intereses procesales que "[E]n puridad, y utilizando otro instrumental terminológico más apropiado, podría mejor hablarse de medidas de fomento de la ejecución de Sentencias con un signo negativo y un contenido económico, que han sido utilizadas por el legislador más de una vez como habrá ocasión de comprobar, con el fin de poner coto a la masificación de asuntos en los órganos judiciales por un uso abusivo del proceso, desviándolo de su fin institucional, para prolongar situaciones cuya ilicitud se ha comprobado ya judicialmente, con el correlativo beneficio económico del deudor moroso y el simétrico empobrecimiento del acreedor que ha ganado el pleito. Se trataría, pues, de desalentar el abuso del derecho a la tutela judicial".

4. Los intereses moratorios se deben pedir y declarar en la fase declarativa: un criterio inveterado de la jurisprudencia civil

Como hemos tenido oportunidad de exponer en el apartado "doctrina básica" de este comentario parece clara la diferenciación entre el régimen jurídico de los intereses procesales y de los intereses moratorios. Si en abstracto cabe deslindarlos conceptualmente, en la práctica no parece ser tan sencillo. De ahí que podemos afirmar que el tema de los intereses procesales e intereses moratorios (sustantivos) a pesar de que la antigua jurisprudencia civil (y también laboral) ha procurado aclarar de manera pedagógica qué son, cuando proceden, cómo se devengan y se fijan ambas clases de intereses, continúan produciéndose situaciones donde la confusión está presente. A título de ejemplo:

*La STS (Civil) de 21 de noviembre de 1890 cuando dice que "[L]os intereses moratorios, a excepción de los que son resultado de la convención, han de ser demandados al mismo tiempo que el principal, y cuando no se hace así y el acreedor demandó y cobró sólo la deuda no puede reclamar en nuevo juicio los intereses legales que pudo pedir y no pidió oportunamente"^[7];

*La STS (Civil) de 22 de diciembre de 1976 al precisar que "[I]ncurre en incongruencia (...) el fallo que condena al pago de intereses legales o moratorios de la cantidad a cuyo pago también se condena al interpelado, si el abono de tales intereses no fue pedido por el accionante en el momento oportuno del pleito – SS 27 de febrero de 1882, 16 de diciembre de 1884, 29 de abril de 1902, 26 de septiembre 1927, 21 de octubre de 1949 y 19 de mayo de 1961"^[8].

* La STS (Civil) de 26 de abril de 2023^[9] se reafirma en esta doctrina enfocando la cuestión desde la perspectiva de incongruencia de la resolución judicial señalando: "La recurrida no desconoce esta jurisprudencia, pero en su aplicación al caso incurre en un error patente cuando sostiene que el pronunciamiento sobre la condena al pago de los "intereses legales" que se contiene en la sentencia recurrida no debe ser revocada porque esa mención se refiere a los intereses de mora procesal del art. 576 LEC, que se generan *ope legis*, y que deben ser concedidos incluso de oficio por el tribunal, aunque no se hayan pedido en la demanda, conforme a la jurisprudencia reseñada. - Esa interpretación de la mención a los "intereses legales" contenida en el fallo de la sentencia impugnada no puede compartirse porque el hecho de que dicho fallo precise el inicio del cómputo del periodo del devengo en el momento de "la interposición de la demanda" supone inequívocamente una identificación de tales intereses con los moratorios del art. 1108 CC, y ello por dos motivos (i) porque los intereses del art.

576 LEC no son los intereses legales, sino los legales del dinero incrementados en dos puntos (a falta de pacto o de disposición especial), y (ii) porque los intereses del art. 576 LEC no se devengan desde la interposición de la demanda, sino desde que se dicta la sentencia en primera instancia (apartado 1 del art. 576 LEC), a diferencia de los intereses moratorios del art. 1.108 CC , que se devengan desde que el contratante incumplidor incurre en mora, esto es, desde que "el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación" (art. 1.100 CC)."

5. *Los elementos de confusión, no aclarados, que se vislumbran en la sentencia dictada por la Sala de suplicación: la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y los intereses del artículo 20 de la Ley de contrato de Seguro*

La sentencia de suplicación, revocada por el TS (Social), para conferir de oficio manejaba dos argumentos: la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y la alusión al interés moratorio del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro (L.50/1980). En cuanto a lo primero parece inferirse que dichos intereses moratorios quedaron plasmados en la condena. Es un punto oscuro para el lector de las resoluciones, puesto que ni de los términos de la sentencia de suplicación^[10] ni de la de casación para unificación de doctrina que examinamos, se muestra, ni se puede afirmar con seguridad ese dato. En cuanto al interés del artículo 20 de la LCS, cuesta entender que tratándose de indemnización en concepto de recargo por falta de medidas mediara cobertura por Compañía de Seguros, porque conforme a la LGSS/ 2015 la responsabilidad del pago del recargo recae directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno (art. 164.2)^[11]. Recordemos que la jurisprudencia social (por todas, STS Social de 10 de mayo de 2022, con cita de la STS de 19 de diciembre de 2019)^[12] destaca la singularidad del interés moratorio de dicha Ley que expresamente prevé que "4.º La indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial".

X. Apunte final

Tres enseñanzas, entre otras, se desprenden de la sentencia analizada:

Primera. - Permite confirmar que la liquidación de intereses en la ejecución, y en particular, en el orden jurisdiccional social, no sólo es una cuestión (clásica) en la práctica procesal, sino que revela la obligación de combinar y tener muy presente normativa procesal y sustantiva en esta materia. No es un tema menor. En expresión del profesor Rojo Torrecilla, la fijación de intereses en ejecución no puede llevarnos a descuidar el marco teórico en el que se asienta y al mismo tiempo señalar con precisión todas las cuestiones problemáticas que aparecen en la normativa procesal laboral, y en la supletoria civil para darles adecuada respuesta, "lo que no es poco ni mucho menos"^[13].

Segunda. - Se ratifica implícitamente la idea – constantemente rescatada por el magistrado Sempere Navarro- de que "el ordenamiento jurídico es uno", "que la interdisciplinariedad es magnífica compañera de juristas"^[14], y ello pese a que en la sentencia del TS (Social) no haya mención alguna a la jurisprudencia civil.

Tercera. - Vuelve a poner de manifiesto las diferencias estructurales y funcionales entre la fase de declaración y ejecución. Como precisaba Ríos Salmerón^[15], mientras que el proceso de declaración se somete a una pauta uniforme, en la ejecución hay que estar a lo que el sentido de la sentencia de condena exija. En el caso, esa compleja pauta interpretativa se escenifica en haber tenido la Sala de casación que remontarse a rastrear y descubrir si en el proceso declarativo hubo o no petición expresa de intereses moratorios y efectiva concesión en la sentencia.

Referencias:

1. ^ STSJ (Social) Murcia de 16 de diciembre 1998 ECLI:ES: TSJMU: 1998:2377
2. ^ Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II, Las relaciones obligatorias*, Thomson-Civitas, Sexta edición, 2008. Págs. 676-678.
3. ^ González Calvet, Jaume, Blanch Domeneque, María Rosa. *Los intereses procesales en la jurisdicción social. Prologado por el profesor Eduardo Rojo Torrecilla*. Editorial Bomarzo, 2016. Págs.20 y ss.
4. ^ *Ibidem*. Pág. 34
5. ^ STS (Social) 6188/2012 - ECLI:ES:TS: 2012:6188 -Ponente, Virolés Piñol-
6. ^ ECLI:ES:TC: 1993:206. -Ponente, Mendizábal Allende-
7. ^ STS 21 noviembre 1890; Colección de Jurisprudencia, T.68, núm. Cita recogida, Fernández Urzainqui, Francisco Javier. *Código Civil. Códigos con jurisprudencia*. Thomson-Aranzadi, 2006.
8. ^ STS 26 noviembre 1976 (RJ 1976,557); núm. Cita recogida, Fernández Urzainqui, Francisco Javier. *Código Civil. Códigos con jurisprudencia*. Thomson-Aranzadi, 2006
9. ^ STS (Civil) 1760/2023 - ECLI:ES:TS: 2023:1760 -Ponente, Díaz Fraile-
10. ^ STSJ (Social) Galicia, STSJ GAL 7012/2019 de 29 de noviembre de 2019- ECLI:ES: TSJGAL:2019:7012
11. ^ **[11]** Artículo 164. Recargo de las prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional. [...] 2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o trasmitirla.
12. ^ STS 1900/2022 - ECLI:ES:TS: 2022:1900 -Ponente, Segoviano Astaburuaga-
13. ^ *Op. cit.* González Calvet, Jaume, Blanch Domeneque, María Rosa. *Los intereses procesales en la jurisdicción social. Prologado por el profesor Eduardo Rojo Torrecilla*. Editorial Bomarzo, 2016. Pág. 15.
14. ^ Sempere Navarro, Antonio Vicente, *La jurisprudencia "social" de la jurisdicción civil. Discurso leído el día 26 de noviembre de 2020 en el acto Académico de Número, y contestación del Excmo. Sr. D Alfredo Montoya Melgar*. Murcia 2020. Real Academia de Legislación y Jurisprudencia.
15. ^ Ríos Salmerón, Bartolomé. *La ejecución en el proceso laboral. En Curso de Procedimiento Laboral, VV.AA. Duodécima edición*. Tecnos, 2019, Pág. 540.

- § 59 Elección del procedimiento adecuado, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo -art. 138 LRJS- o derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral -art. 139 LRJS-; uso de la facultad judicial del art. 102.2 LRJS reconducción del procedimiento en el caso de inadecuación.**

Óscar López Bermejo

Magistrado de la jurisdicción social (TSJ de Andalucía).

Resumen: Trabajadora solicita a su empresa la reincorporación al puesto de trabajo tras excedencia -ex art. 46-3 ET- para el cuidado de su segundo hijo menor y, en la misma solicitud, incluye su petición de reducción de la jornada de trabajo por guarda legal de hijo en los mismos términos -mismo porcentaje de reducción y misma concreción horaria- que ya disfrutó con el nacimiento de su primer hijo. Ante esta segunda petición, la empresa le comunica que acepta la reducción propuesta del 50% de la jornada ordinaria, pero no la concreción de horario interesada por la trabajadora, pues durante el periodo de tiempo en que estuvo suspendida su relación laboral el horario de atención al público ha cambiado en la demandada por la reestructuración habida como consecuencia de la reorganización del trabajo y del personal. La persona trabajadora interpone demanda de modificación sustancial de condiciones de trabajo -art. 138 LRJS-, acumulando la pretensión de vulneración de derechos fundamentales, que es estimada en la instancia e, interpuesto recurso de suplicación por la mercantil demandada, la Sala del Tribunal Superior de Justicia aprecia de oficio la excepción de inadecuación de procedimiento y desestima la demanda, asentando su decisión en que la demandante tenía una jornada a tiempo completo justo en el momento anterior a hacerse efectiva la excedencia disfrutada, de manera que la negativa de la empresa relativa a la concreción horaria no supone una modificación de ninguna condición de trabajo. La trabajadora debió reaccionar ante la negativa de la empresa en cuanto a la concreción horaria a través de la modalidad procesal de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral -art. 139 LRJS- La Sala IV del Tribunal Supremo en la sentencia analizada asume en parte el pronunciamiento del Tribunal de Suplicación, de manera que sí admite el criterio procesal relativo a la inadecuación de procedimiento pero no la decisión de desestimación al ser esta última una medida excepcional, y entiende que debe cobrar presencia la facultad del art. 102.2 LRJS, por lo que procede dar el asunto la tramitación del procedimiento del artículo 139 LRJS, acordando devolver actuaciones al Juzgado de lo Social.

Palabras clave: No modificación de condiciones de trabajo. Negativa concreción horaria en admitida reducción de jornada por guarda legal. Procedimiento adecuado. Prioridad de ejercitar la facultad judicial para reconducir el procedimiento.

Abstract: Worker woman requests his company to return to work after leave -ex art. 46-3 ET- to care for her second minor child and, in the same application, she includes

the request for reduction of working hours due to legal custody of children on the same terms -same rate of reduction and same time specification- as she already enjoyed with the birth of her first child before the leave which ends. In response to this second request, the company informs that it accepts the proposed reduction of 50% of the normal working day, but not the specificity of schedule interested by the worker because, during the period in which their employment relationship was suspended, the hours of public service have changed in the defendant due to the restructuring as a result of the reorganization of work and staff. The worker brings an action for substantial modification of working conditions -art. 138 LRJS- and joins the claim of infringement of fundamental rights, which is upheld in the First Instance; filed an application by the defendant, the Chamber of the High Court of Justice assessed ex officio the procedural inadequacy and dismissed the application, settling its decision that the applicant had a full-time working day at the time before the leave was taken, so that the company's refusal to specify the time does not imply a modification of any working condition. The worker had to react to the company's refusal to specify time through the procedural modality of rights of reconciliation of personal, family and work life -art. 139 LRJS- The Fourth Chamber of the Supreme Court in the judgment analyzed shares partly the pronouncement of the Court of Appeal, so that it does accept the procedural criterion of procedural inadequacy, but not the decision to dismiss -the latter being an exceptional measure-, and understands that the faculty of art 102.2 LRJS must be present, so it is appropriate to give the case the processing of the procedure of article 139 LRJS, agreeing to return proceedings to the Social Court.

Keywords: *No change in working conditions. Negative hourly concretion in reduction of time by legal guardianship. Appropriate procedure, priority to exercise the judicial authority to redirect the procedure.*

I. Introducción

La sentencia nº 396/2023 de la Sala IV del TS (Rec. 2212/2020)^[1], de fecha 5 de junio de 2023, objeto de comentario, trata dos cuestiones procesales de interés.

Por un lado, como primera, la disputa sobre qué procedimiento especial debe regir para encauzar la cuestión objeto de debate, que en este caso fluctúa entre el de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo -art. 138 LRJS- o derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral -art. 139 LRJS-, siendo precisamente una realidad fáctica de los acontecimientos la que arroja luz para ello, como es que la actora trabajaba a jornada completa antes de entrar en excedencia para el cuidado de hijo menor, de manera que al reincorporarse lo debe hacer en esta misma condición - como trabajadora a jornada completa-; y, al instar conjuntamente la reincorporación a su puesto y la reducción de jornada con concreción, denegando la demandada sólo la cuestión del horario efectivo propuesto por la interesada, permite clarificar que sólo ataca la cuestión de la concreción horaria dentro de una reducción de jornada lo que es propio del procedimiento previsto en el art. 139 LRJS, y no el del art. 138 LRJS como siguió la instancia.

En segundo lugar, que en estos supuestos de inadecuación de procedimiento deben los órganos judiciales realizar un esfuerzo para reconducir el procedimiento, haciendo uso de la potestad prevista en el art. 102.2 LRJS, y la desestimación de la demanda se presenta como una solución excepcional y secundaria.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Supremo

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 396/2023, de 5 de junio.

Tipo y número recurso: RCUJ núm. 2212/2020.

ECLI:ES:TS:2023:2483

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Los hechos del caso litigioso

- La actora presta sus servicios para la demandada, en virtud de contrato indefinido a tiempo completo, con la categoría de Delineante 1ª.

- La jornada habitual de la actora es de lunes a viernes de 10:00 a 13:30 horas y de 16:30 a 20:00 horas, y los sábados de 10:00 a 14:00 horas. Dicho horario coincide con el horario de apertura y cierre del establecimiento.

- Tras el nacimiento de su primer hijo, en 2013, la actora redujo su jornada de trabajo por guarda legal a partir del 11.03.2013, en un porcentaje de 50% de su jornada ordinaria, concretada de 10:00 a 13:30 horas de lunes a viernes y los sábados de 10:00 a 12:00 horas.- Desde **el mes de marzo de 2017 la actora realizaba su jornada a tiempo completo.**

- En abril de 2017 la actora inicio un periodo de IT por complicaciones en el embarazo, dio a luz a su segundo hijo en 2017 y, tras el periodo de 16 semanas de baja por maternidad, en el mes de noviembre de 2017 solicitó un periodo de excedencia del artículo 46.3 del ET para el cuidado de hijo menor por un periodo de un año, debiendo reincorporarse a su puesto de trabajo el día 03.12.2018.

- La parte demandante solicita a la demandada el 02.11.2018, por correo electrónico, la reincorporación al puesto de trabajo tras la excedencia, y al mismo tiempo la reducción de la jornada de trabajo por guarda legal en los mismos términos que en el año 2013, con el nacimiento de su primer hijo, en un porcentaje de 50% de su jornada ordinaria, concretada de 10:00 a 13:30 horas de lunes a viernes y los sábados de 10:00 a 12:00 horas.

- El 22.11.2018 la empresa comunica a la actora a través de burofax que ya no existe ese horario de atención al público por la reestructuración habida como consecuencia de la reorganización del trabajo y del personal, a la que se ha visto abocada, y que los nuevos horarios de atención al público son de lunes a viernes de 16 a 21 horas y sábados de 10 a 14 horas. Por ello, la mercantil demandada le indica que se reincorpore a su puesto dentro de los éstos, siendo los únicos disponibles.

- Es un hecho probado que el establecimiento tiene un horario de apertura al público de 10:00 a 13:30 horas y de 16:30 a 20:00 horas, y los sábados de 10:00 a 14:00 horas, y que las funciones de atención al público durante la jornada de mañana son realizadas por la administrativa Dª Joaquina.

2. El juicio en instancia

Contra la denegación de la concreción horaria, la trabajadora interpone demanda de modificación sustancial de condiciones de trabajo -en adelante MSCT-, acumulando una pretensión de vulneración de derechos fundamentales, recayendo su conocimiento en el Juzgado de lo Social nº 3 de Santiago de Compostela que, en su sentencia nº 217/2019, de 16 de mayo de 2019, estima la demanda y declara nula la modificación de las condiciones de trabajo que afecta a horario y distribución del tiempo de trabajo, condenando a la empresa a llevar a efecto la reposición de la trabajadora en sus anteriores condiciones de trabajo. La sentencia declaró que se

habían vulnerado los derechos fundamentales de la trabajadora a la igualdad y no discriminación y a la protección de la salud e integridad -artículos 14 y 15 CE- y condena a la empresa a indemnizar a la trabajadora con 4.000 euros por daños morales.

3. Sentencia de suplicación

La sentencia de fecha 25 de mayo de 2020, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia -en adelante Sala de lo Social del TSJG- en el recurso de suplicación núm. 68/2020^[2], aprecia de oficio la excepción de inadecuación de procedimiento y, revocando la sentencia recurrida en suplicación, desestima en instancia la demanda, dejando imprejuzgada la cuestión de fondo cuestionada, debiendo plantear la actora la acción ejercitada a través de la modalidad procesal de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del art. 139 LRJS. Razona la sentencia de suplicación en su fundamento de derecho segundo, y sobre los hechos declarados probados, que *"...la empresa no ha adoptado decisión alguna que modifique el horario o la jornada de la trabajadora, que estaba disfrutando de una excedencia por cuidado de hijo, sino que lo que se produce es, ante la reincorporación solicitada por la actora, aceptar la misma, e interesando la trabajadora igualmente la reducción de jornada, por cuidado de hijo menor de 12 años, en el 50% y dentro del horario que más arriba se indica, indicarle que no era posible y que tenía que hacerlo dentro del horario de atención al público, que indicaba era de lunes a viernes de 16 a 21 horas y sábados de 10 a 14 horas, es decir señalar que no se niega a la reducción de jornada solicitada, pero sí al horario que la parte demandante interesa."*

Por otra parte, la Sala de lo Social del TSJG no hace mención a la posibilidad de ejercitar la facultad del art.102.2 LRJS.

IV. Posición de las partes

1º Frente a la decisión de la Sala de Suplicación del TSJG la trabajadora recurre en casación para la unificación de doctrina -en adelante RCU- , apoyada en dos motivos:

- El primero, defiende la adecuación del procedimiento de modificación de condiciones de trabajo e invoca de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 3 de noviembre de 2015 (rec. 5364/2015)^[3].

- El segundo, denuncia la infracción del artículo 102.2 LRJS, al haber dejado imprejuzgada la cuestión de fondo planteada y aporta como referencial la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 3 de junio de 2016 (rec. 1345/2016).

2º La empresa, que fue recurrente en fase de suplicación, en el recurso de casación para unificación de doctrina opta por ni siquiera personarse, a pesar de haber sido emplazada en legal forma.

3º El Ministerio Fiscal informa en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado por falta de contradicción o, subsidiariamente, estimar el primer motivo con devolución de las actuaciones al Tribunal de instancia a fin de que resuelva la cuestión planteada.

V. Normativa aplicable al caso

1. Normas sustantivas

- Art. 34.8 ET^[4]: *"Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa."*

En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años.

En la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. En su ausencia, la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días. Finalizado el mismo, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. En este último caso, se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión.

La persona trabajadora tendrá derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto".

- Art. 41.1 ET: *"La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.*

Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias:

- a) Jornada de trabajo.*
- b) Horario y distribución del tiempo de trabajo.*
- c) Régimen de trabajo a turnos.*
- d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.*
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.*
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39".*

2. Normas adjetivas

- Art. 102.2 LRJS^[5]: *"si en cualquier momento desde la presentación de la demanda se advirtiere la inadecuación del procedimiento seguido, se procederá a dar al asunto la tramitación que corresponda a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas, sin vinculación necesaria a la modalidad elegida por las partes y completando, en su caso, los trámites que fueren procedentes según la modalidad procesal adecuada, con aplicación del régimen de recursos que corresponda a la misma."*

- Art. 138.1 LRJS: *"1. El proceso se iniciará por demanda de los trabajadores afectados por la decisión empresarial, aunque no se haya seguido el procedimiento de los artículos 40, 41 y 47 del Estatuto de los Trabajadores. La demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de los veinte días hábiles siguientes a la notificación por escrito de la decisión a los trabajadores o a sus representantes, conforme a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores, plazo que no comenzará a computarse hasta que tenga lugar dicha notificación, sin perjuicio de la prescripción en todo caso de las acciones derivadas por el transcurso del plazo previsto en el apartado 2 del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores".*

- Art. 139 LRJS: “1. El procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente, se regirá por las siguientes reglas:

a) El trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir de que el empresario le comunique su negativa o su disconformidad con la propuesta realizada por el trabajador, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social.

En la demanda del derecho a la medida de conciliación podrá acumularse la acción de daños y perjuicios causados al trabajador, exclusivamente por los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida, de los que el empresario podrá exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador.

El empresario y el trabajador deberán llevar sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa al juicio y al propio acto de juicio, que podrán acompañar, en su caso, de informe de los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad de la empresa para su consideración en la sentencia.

b) El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. La sentencia se dictará en el plazo de tres días. Contra la misma no procederá recurso, salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación será ejecutivo desde que se dicte la sentencia.

2. El procedimiento anterior será aplicable igualmente al ejercicio de los derechos de la trabajadora víctima de violencia de género establecidos en la ley, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario y a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa. Podrá acumularse a la referida demanda la acción de daños y perjuicios directamente causados a la trabajadora por la negativa o demora del derecho. Podrá instarse, en su caso, la adopción de las medidas cautelares reguladas en el apartado 4 del artículo 180’.

VI. Doctrina básica

La sentencia de la Sala de lo Social del TS trata dos cuestiones procesales de gran interés práctico y que se encuentran vinculadas.

La primera, determinar qué procedimiento rige, para lo que se habrá de estar a la naturaleza de la decisión del empresario que se desea atacar por no estar conforme. En este caso, la trabajadora, al tiempo de entrar en situación de excedencia para cuidado de hijo, disfrutaba de sus normales condiciones pactadas, que eran a jornada completa, y al comunicar la trabajadora a la empresa el fin de la excedencia con el objetivo de reincorporarse también solicita la reducción de jornada por guarda legal, proponiendo una concreción horaria que no es aceptada por la empresa. Por lo tanto, no hay decisión de la empleadora de modificar condición de trabajo alguna, sino simple denegación de la concreción horaria interesada por la trabajadora para su reducción de jornada por guardia legal, la cual la empresa no ponía en cuestión. Y esto provoca que no proceda articular la demanda por la modalidad procesal de MSCT -art. 138 LRJS-, sino que haya lugar al procedimiento de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral -art. 139 LRJS.

La segunda, que en casos de apreciación de la inadecuación de procedimiento, porque la modalidad procesal oportuna era la del artículo 139 LRJS, no necesariamente ello debe conducir a desestimar la demanda y a declarar que la acción sea ejercitada por la modalidad procesal de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sino que existe el encargo legal de entrar en

funcionamiento la potestad de reconducción prevista en el art. 102.2 LRJS, con el objetivo de evitar la citada desestimación, siendo éste el remedio subsidiario y excepcionalísimo. Por tanto, el órgano judicial en estos casos se encuentra compelido a dar al asunto la tramitación que corresponda a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas.

VII. Parte dispositiva

La Sala Social del TS acuerda:

1. Estimar parcialmente el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la persona trabajadora.

2. Casar y anular la sentencia de la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de mayo de 2020 (rec. 68/2020). Resolver el debate de suplicación en el sentido de estimar el recurso de tal clase interpuesto por la empresa y revocar la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Santiago de Compostela 217/2019, 16 de mayo de 2019 (autos 903/2018).

3. Devolver las actuaciones al Juzgado de lo Social núm. 3 de Santiago de Compostela para que, tras dar al asunto la tramitación del artículo 139 LRJS, completando, en su caso, los trámites que fueren procedentes según esta última modalidad procesal, resuelva, con libertad de criterio, la demanda de la trabajadora.

4. No imponer costas.

VIII. Pasajes decisivos

1º La propia sentencia de la Sala IV, que ahora analizamos, establece que el recurso de casación unificadora a resolver tiene por objeto valorar la corrección de la inadecuación de procedimiento apreciada de oficio por la sentencia de suplicación respecto de la demanda de MSCT, y si es oportuno que la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJG desestime la demanda y deje imprejuzgada la cuestión de fondo suscitada, remitiendo a la parte actora el plantear la acción por la modalidad procesal de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

2º Sobre la base de los dos motivos -ya expuestos en el ordinal 1º de las posiciones de las partes- en que la demandante sustenta su RCU, la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo sí observa contradicción de sentencias de suplicación en cuanto al primero sobre la adecuación del procedimiento, pero no sobre el segundo relativo a la infracción del artículo 102.2 LRJS, al haber dejado imprejuzgada la cuestión de fondo.

3º Al resolver el único motivo vivo del RCU -inadecuación del procedimiento de MSCT- nuestro TS considera ajustada a derecho la motivación de la sentencia del TSJ recurrida en casación unificadora cuando declara que la modalidad procesal adecuada para la demanda interpuesta por la trabajadora -ahora recurrente en casación unificadora- no es la de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (artículo 138 LRJS), sino la de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (artículo 139 LRJS), argumentando para ello lo siguiente: *“En efecto, la trabajadora solicitó la reincorporación tras el periodo de excedencia por cuidado de hijos del artículo 46.3 ET. Y, con anterioridad a ese periodo de excedencia, realizaba desde marzo de 2017 su jornada a tiempo completo. Es en el momento de reincorporación tras la excedencia por cuidado de hijos cuando la trabajadora solicita la reducción de jornada por guarda legal, proponiendo una concreción horaria que no es aceptada por la empresa. Pero la entidad empleadora no había procedido a modificación de condición de trabajo alguna, sino que simplemente alegaba que no podía aceptar la concreción horaria que interesaba a la trabajadora para su reducción de jornada por guarda legal, que la empresa no ponía en cuestión”*.

4º Y llegado aquí, una vez advertida la inadecuación del procedimiento seguido del artículo 138 LRJS y, de conformidad con lo previsto expresamente para estos

supuestos por el artículo 102.2 LRJS, lo que se tenía que haber procedido es a dar el asunto la tramitación del procedimiento del artículo 139 LRJS completando, en su caso, los trámites que fueren procedentes según esta última modalidad procesal.

IX. Comentario

Aún a riesgo de ser reiterativos, el análisis de la presente sentencia de nuestra más alta Sala de lo Social permite otorgar claridad a dos cuestiones procesales de especial relevancia, que generan más conflictos de lo que a priori podemos pensar, y que pueden marcar el éxito o fracaso de la cuestión de fondo en disputa entre las partes; así:

1º La **excepción de inadecuación de procedimiento**, cuando chocan el procedimiento sobre MSCT del art. 138 LRJS con el de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del art. 139 de la misma ley procesal laboral, donde con sencillez, claridad y rotundidad la Sala de lo Social nos indica en este sentencia examinada que lo relevante es observar tanto cuál es la situación de las condiciones laborales de la trabajadora, como qué decisión del empresario se quiere combatir por el trabajador, elementos que en el caso objeto del RCUJ serían, por un lado, que la demandante realizaba desde marzo de 2017 su jornada a tiempo completo -antes de entrar en excedencia-, y de otro, que la disputa gravita sólo sobre la concreción horaria, dentro de una reducción de jornada sí admitida por la empleadora. Y estos elementos de hecho que flotan en esta relación laboral causan la prioridad de la modalidad procesal del art. 139 LRJS.

2º El TS lanza un claro -y reiterado- mandato a los órganos judiciales de que en caso de observa la anterior excepción procesal practiquen y hagan un **uso activo de la facultad de reconducción prevista en el art. 102.2 LRJS**, y no desestimar la demanda, con el fin de conseguir una sentencia sobre el fondo del asunto. Así, a modo de ejemplo se cita en esta STS la sentencia de 24 de marzo de 2015 (rec. 8/2014) que, si bien se refiere a un proceso de conflicto colectivo, en esencial destaca la idea de que *"la desestimación de una demanda por inadecuación de procedimiento se ha convertido en remedio subsidiario y excepcionalísimo."*

X. Apunte final

Finalmente, tras el anterior estudio de la Sentencia núm. 396/2023 de la Sala IV, de 5 de junio de 2023, queremos hacer unas valoraciones sobre las dos figuras procesales allí tratadas, con referencias al caso analizado y también a otros pronunciamientos con temática parecida; así:

A) En cuanto a la incertidumbre sobre qué **procedimiento** debe vehicular las pretensiones de las partes en supuestos como el analizado por la Sala de lo Social, se trata de una cuestión procesal más común de lo a priori pensado, como se pone de manifiesto en que haya existido ya un pronunciamiento de contraste con sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 3 de noviembre de 2015 (rec. 5364/2015).

Pero es que hay más supuestos donde han surgido esta duda procesal. Así, otro ejemplo en que se manifiesta esta fricción de las mismas dos modalidades de procedimiento citadas se da en la sentencia de 17 de mayo de 2023 (Recurso de suplicación nº 759/2023)^[6] de la Sala Social del TSJA con sede en Sevilla, donde se analiza el caso de una trabajadora que disfruta de un turno de mañana tras pedir a su empresa la concreción horaria por guarda legal de hijo menor, pero con posterioridad la empleadora adopta una MSCT por causas organizativas, al existir dos compañeras de la actora que piden la misma concreción por las mismas causas, debiendo la empresa establecer turnos rotativos para atender a los intereses de todas las trabajadoras. Pues bien, siendo desestimada la demanda por el Juzgado de lo Social nº 2 de Jerez de la Frontera, por entender que estamos ante una MSCT y que concurre la causa de la misma, en fase de suplicación la misma trabajadora sostiene dos motivos de censura jurídica, uno por infracción del art. 41 ET relativo a la MSCT y, otro, por conculcar el art. 34.8 ET relativo a la conciliación de la vida laboral familiar.

Ante esta denuncia, la Sala de Suplicación de Sevilla entiende que no pueden coexistir las dos situaciones, o se está ante una MSCT o ante una conciliación de la vida laboral y familiar, y por ello fundamenta lo siguiente: *“Así, estamos ante una cuestión de orden público, como es la indebida acumulación de acciones, lo que nos lleva a disentir con que la acción principal ejercitada sea la de conciliación, dado que la actora ya tenía reconocido el turno fijo por desde el año 2012 por cuidado de hijos menores de 12 años -así se desprende de los elementos fácticos de la instancia-, y lo que en verdad se impugna es la MSCT de carácter individual de un turno fijo de mañana ya reconocido por motivo de conciliación por guarda de hijo menor de 12 años, por lo que no se puede acumular la acción de conciliación del art. 139 LRJS, y ello por tres razones: Primera, el art. 26.1 LRJS impide la acumulación de estas dos acciones: “...no podrán acumularse entre sí ni a otras distintas en un mismo juicio, ni siquiera por vía de reconvenión, las acciones de despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el artículo 139, las de impugnación de convenios colectivos, las de impugnación de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores y las de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas”; Segunda, lo impugnado por la actora es la MSCT decidida por la empresa y notificada en forma -HP 7°-; Tercero, los hechos reales generadores de este litigio no son subsumibles en el art. 34.8 ET, esto es, no partimos de que se haya solicitado por la trabajadora y denegado por la empresa la ordenación y concreción del tiempo de trabajo con todos sus requisitos formales, sino que tal trámite y evento está agotado con la pasada concesión del turno fijo de mañana que venía disfrutando la demandante, y que ahora se ve alterada por la MSCT, que es lo se discute.*

Lo anterior, nos lleva a concluir que estamos únicamente ante un acción -y procedimiento- de impugnación de MSCT, teniendo por no ejercitada la relativa a procedimiento previsto en el art. 139 LRJS sobre “Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente”. Y esto determina que sólo se resolverá el motivo de censura que tiene por objeto el art. 41 ET, pero no el art. 34.8 ET”.

Finalmente, sobre esta cuestión de la modalidad procesal adecuada, sólo lanzar una duda o reflexión vinculado al caso tratado por la Sala IV, como sería qué hubiera ocurrido si la trabajadora en vez de estar en situación de jornada completa antes de la excedencia, siguiese vigente la reducción de jornada con concreción horaria. En este escenario, creemos que sí hubiese sido plausible articular la demanda por el procedimiento de MSCT, y no el de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente, pero no deja de ser una opinión más.

B) En cuanto al mandato legal que se impone a los órganos judiciales de emplear la **postetad de reconducción prevista en el art. 102.2 LRJS**. En este sentido, en la sentencia examinada en este artículo, la Sala IV no admite por ausencia de contradicción el segundo motivo del RCUJ sobre la eficacia del art. 102.2 LRJS, pero al mismo tiempo siendo cuestión de orden público y apreciable de oficio -aún cuando la Sala Social del Supremo no use estos términos en su sentencia de casación por unificación- el meritado Tribunal considera que debe activarse tal recurso procesal y por eso devuelve las actuaciones al Juzgado de instancia para que reconduzca la acción a través del procedimiento oportuno.

Y unido a ello, por medio de distintos pronunciamientos de nuestra Sala IV se puede inferir un criterio flexible y laxo que garantice el empleo de esta facultad -no olvidemos un deber legal dirigido a los Juzgados y Tribunales- incluso en caso de chocar dos procedimientos laborales especiales, que con sus peculiares actos de tramitación podrían llevar a pensar en la imposibilidad de reconducción. Así, ocurre entre los regulados en los arts. 138 y 139 LRJS, pues por ejemplo en el primero -sobre

MSCT- regula el potestativo informe de la Inspección de Trabajo y la Seguridad Social, mientras el segundo prevé en el art. 139.1 letra a) tercer párrafo que *“El empresario y el trabajador deberán llevar sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa al juicio y al propio acto de juicio, que podrán acompañar, en su caso, de informe de los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad de la empresa para su consideración en la sentencia”*. Y a pesar de estas disparidades se debe tender a reconducir.

No obstante, y visto de lo anterior, la jurisprudencia también es rigurosa y marca pautas para el buen uso de esta potestad, destacando por curiosa la STS de 7 de octubre de 2022 (RCUD. Nº 293/2020)^[7] que ante un caso de excedencia voluntaria con petición de la persona trabajadora de reincorporarse y negativa de la empresa por ausencia de vacantes, la actora interpone demanda por despido y así se trámita, en lugar del procedimiento ordinario como marca lo propia jurisprudencia social, admitiendo nuestra Sala IV en este caso la concurrencia de una peculiaridad que permite continuar por el procedimiento despido -y no el ordinario- como es que la trabajadora afirmó que sí que había una vacante y sostuvo que se produjo un despido tácito. Pues bien, en esta STS se defiende que no procede declarar la nulidad de actuaciones y reconducir el proceso, y para ello razona que: *“El art.102 de la LRJS se aplica cuando hay una discordancia entre la pretensión ejercitada y la modalidad procesal que, a juicio de la parte demandante, debe tramitarse. En este pleito, tanto en la instancia como en suplicación se formuló una pretensión de despido, que debía articularse a través de la modalidad procesal de despido. No era posible aplicar la regla de subsanación del art. 102 de la LRJS porque la modalidad procesal de despido se adecuaba a la pretensión realmente ejercitada”*. Destacar que esta STS de 7 de octubre de 2022 (RCUD. Nº 293/2020) tiene un voto particular en contrario, en el sentido de afirmar que el procedimiento adecuado es el ordinario, sin que la elección de uno u otro procedimiento corresponda a la trabajadora, y debió reconducirse en instancia.

Todo lo anterior manifiesta la complejidad de índole procesal que despiertan las cuestiones aquí trata.

Referencias:

1. ^ Sentencia nº 396/2023 de la Sala IV del TS (Rec. 2212/2020).
2. ^ Sentencia de fecha 25 de mayo de 2020, Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 68/2020.
3. ^ Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 3 de noviembre de 2015, recurso de suplicación nº 5364/2015.
4. ^ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
5. ^ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
6. ^ Sentencia de 17 de mayo de 2023, Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, recurso de suplicación nº 759/2023.
7. ^ Sentencia de la Sala IV del TS de 7 de octubre de 2022, Rec. nº 293/2020.

§ 60 La cuantificación de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales en el proceso laboral: la cuantía mínima del baremo LISOS como derecho necesario.

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la jurisdicción social (TSJ de Galicia).

Resumen: *El Tribunal Supremo, Sala de lo Social, vuelve otra vez sobre la problemática de la cuantificación del daño moral por vulneración de derechos fundamentales. En esta ocasión, se trata de determinar si se puede reducir la cuantía de la indemnización por debajo de la cuantía mínima establecida para la sanción aplicable a la infracción de que se trata en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social. La respuesta es que no.*

Palabras clave: *Derechos fundamentales. Daño moral. Cuantificación de la indemnización.*

Abstract: *Spanish Supreme Court, Social Chamber, returns once again to the problem of the quantification of non-pecuniary damage for violation of fundamental rights. On this occasion, it is a matter of determining whether the amount of compensation can be reduced below the minimum amount established for the sanction applicable to the infraction in question in the Law of Infractions and Sanctions of the Social Order. The answer is no.*

Keywords: *Fundamental rights. Moral damage. Quantification of compensation.*

I. Introducción

El Tribunal Supremo se ha enfrentado en numerosas ocasiones a la problemática de la cuantificación de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales. En la Sentencia objeto de comentario, la empresa recurrente solicita la reducción de la indemnización, que se había fijado en la sentencia recurrida en la cuantía correspondiente a la mínima establecida para la sanción aplicable a la infracción de que se trata en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, a saber 6.251 euros. Se alega por la empresa que otra trabajadora de la empresa, que había reclamado por el mismo motivo que la demandante, había obtenido una sentencia en la que se fijaba una cuantía inferior a ese mínimo con el argumento de que la modificación de carácter colectivo meritaba una indemnización única, y no sería correlativo que a cada trabajadora afectada se le diese el total, siendo por ello que la sentencia de contraste reduce la indemnización a 3.000 euros. El Tribunal Supremo rechaza la posibilidad de reducir la cuantía por debajo de ese mínimo.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala 4ª de lo Social

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 397/2023, de 6 de junio.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ núm. 4538/2019.

ECLI:ES:TS:2023:2457

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excm. Sra. Dña. Rosa María Virolés Piñol.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Hechos declarados probados más relevantes

La trabajadora demandante presta servicios para la empresa demandada con una antigüedad desde el 07/05/2016, con la categoría profesional de esteticista y un salario bruto mensual de 1.377,45 euros, con inclusión de la prorrata de pagas extraordinarias

La prestación de servicios se realiza en el establecimiento de la empresa demandada del centro comercial Bilbondo. Con fecha 26/09/2018 se presentó escrito en la Oficina Pública de Elecciones Sindicales dependiente de la Dirección General de Trabajo de la Comunidad autónoma del País Vasco, preaviso de celebración de elecciones sindicales, siendo promotor el sindicato LAB. A 28/09/2018 el sindicato LAB remitió email a la empresa demandada comunicando el preaviso de elecciones. A 15/10/2018 la empresa demandada impugnó el proceso electoral, habiéndose celebrado el 19/10/2018 la comparecencia ante el árbitro, y habiéndose dictado laudo el 24/10/2018 desestimando la impugnación.

A 19/10/2018 la empresa comunicó por mail un nuevo calendario a los responsables de Bilbondo, que modificaba los turnos y horarios del 22 de octubre al 29 de noviembre de 2018 para todas las trabajadoras, y que finalmente se extendió hasta el final de año.

Reténgase que la modificación afectaba a todas las trabajadoras del centro de trabajo pues (como veremos más adelante) al menos otra impugnó judicialmente, y la sentencia recaída en suplicación en el pleito de esta otra trabajadora es la que se alega de contraste.

2. Procedimiento en instancia y recurso de suplicación

La trabajadora afectada acciona contra la decisión empresarial de modificar el calendario laboral, solicitando se declare nula por tratarse de una respuesta al ejercicio del derecho de los trabajadores de contar con representantes electos, vulnerando su derecho a la libertad sindical, solicitando una indemnización por daños y perjuicios por importe de 20.000 euros y subsidiariamente 4.000 euros; y subsidiariamente se declare injustificada, por haber sido adoptada prescindiendo del procedimiento legal y sin causa que lo justifique.

Admitida a trámite la demanda y seguido juicio ante el Juzgado de lo Social 7 de Bilbao, en su Sentencia de 4 de febrero de 2019 estimó la demanda al considerar: (1) la existencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo pues se varían los días de trabajo y las franjas horarias, en días de no trabajo se pasa a trabajar y de jornada continuada se pasa a jornada partida; (2) se desbordan las facultades organizativas de la empresa; (3) concurre simultaneidad con la activación de un proceso electoral; y (4) la empresa no justifica el cambio. Por todas estas razones, se falla lo siguiente: “debo declarar y declaro nula por vulneración del derecho a la libertad sindical, la modificación sustancial en las condiciones de trabajo realizada a la actora por parte de la empresa demandada por la que se modifica el calendario, los turnos, la jornada y los horarios de trabajo, notificada el 19/10/2018, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración y a la reposición de la actora

a las condiciones que tenía con anterioridad a la modificación, abonando a aquella la cantidad de 6.251 euros en concepto de indemnización”.

3. Procedimiento en instancia y recurso de suplicación

Contra la anterior Sentencia, la empresa demandada formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dicta Sentencia a 1 de octubre de 2019 que desestima el recurso de suplicación interpuesto frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 7 de Bilbao, y esta “se confirma en su integridad, imponiendo las costas del recurso a la recurrente, sin honorarios de letrado de la parte contraria, y pérdida de depósitos y consignaciones, a los que se les dará el destino legal”.

4. El recurso de casación y la sentencia de contraste

Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la empresa demandada interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito donde se invoca como contradictoria la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ País Vasco de 09/10/2019, rec. sup. 1581/2019.

La Sentencia de contraste viene referida a otra trabajadora de la misma empresa, en el mismo centro de trabajo e igualmente afectada por la misma modificación sustancial. También en el asunto de contraste se declaró la nulidad y la vulneración de la libertad sindical. En la instancia se concedió una indemnización de 6.251 euros. La Sala vasca en esta otra ocasión, después de confirmar todos los demás pronunciamientos, redujo la indemnización al considerar que no había correlación entre la modificación de carácter colectivo, que meritariamente una indemnización única, y la cuantía individual asignada a cada trabajadora afectada, siendo por ello que reduce la indemnización a 3.000 euros.

IV. Posición de las partes

La empresa recurrente solicita la reducción de la indemnización a 3.000 euros.

No se personaron las partes recurridas.

El Ministerio Fiscal informa considerando procedente el recurso.

V. Normativa aplicable al caso

Ley reguladora de la Jurisdicción Social, artículo 183.

Ley de Infracciones y Sanciones del orden Social, artículos 8.12 y 40.1.c).

VI. Doctrina básica

No es aceptable rebajar la cuantía de la indemnización derivada de daño moral por una vulneración de derechos fundamentales por debajo de la cuantía mínima establecida para la sanción aplicable a la infracción de que se trata establecida en la LISOS.

VII. Parte dispositiva

(1) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de la mercantil. (2) Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 1 de octubre de 2019. (3) Condenar a empresa recurrente al pago de las costas causadas, que la Sala fija en la cuantía de 1500 euros. (4) Con pérdida del depósito constituido para recurrir y dese el destino legal a la consignación en su caso efectuada.

VIII. Pasajes decisivos

“Admitido como válido el baremo de la LISOS para fijar la indemnización debida por daño moral a la actora -como razona la sentencia de instancia-, que es el importe de la multa del grado mínimo señalada para las infracciones muy graves (art. 40.1.c) de la LISOS), y entendiéndose comprendida la presente en la muy grave prevista en el art. 8.12 de la misma Ley, cuyo importe va de 6.251 a 25.000 euros, que se fija en el importe mínimo de 6.251 euros, esta cuantía ha de aceptarse como válida, sin que sea aceptable rebajar el importe por debajo del referido baremo, indiscutiblemente aceptado por las partes”.

IX. Comentario

1. La indemnización por vulneración de derechos fundamentales en el proceso laboral: El marco normativo

La tutela indemnizatoria frente a una discriminación o vulneración de un derecho fundamental es una tutela en muchos aspectos más eficaz que el resto de las posibles tutelas, y en todos los casos complementaria de la otras tutelas aplicables, y ello por varias razones: (a) porque es aplicable en todos los casos, incluso en aquellos en que las demás tutelas resultan inaplicables o de muy difícil aplicación, como ocurriría con un acoso sin represalia, una no contratación discriminatoria o la adquisición del derecho por tercero de buena fe; (b) porque es el mejor mecanismo para la eficacia preventiva / disuasoria, haciendo realidad la máxima de que quien discrimina o lesiona un derecho fundamental, paga; y (c) porque permite reparar, no solo los daños materiales, también los daños morales que son tan importantes en una materia donde está en juego la dignidad de la persona.

No resulta extraño, en consecuencia, el protagonismo que esta tutela ha adquirido en las últimas décadas a pesar del peso de la tradición histórica de nuestro Derecho del Trabajo en orden a reconocer solamente indemnizaciones tasadas legalmente previstas.

La brecha para romper con ese pasado comenzó con la Ley orgánica de Libertad Sindical (1985), en cuyo artículo 15 se dice que “si el órgano judicial entendiese probada la violación del derecho de libertad sindical decretará ... la reparación consiguiente de sus consecuencias ilícitas ...”. Y la Ley de Procedimiento Laboral (1990) fue aún más explícita al reproducir, en su artículo 179, ese mandato e “incluida la indemnización que procediera”.

Gracias a esas parcas precisiones normativas, los tribunales laborales comenzaron a conceder indemnizaciones, en un primer momento en el ámbito de las conductas antisindicales, después en las situaciones de acoso sexual y algo más adelante de acoso moral, para finalmente reconocerlas para todas las conductas discriminatorias y vulneraciones de derechos fundamentales y libertades públicas en el ámbito de las relaciones laborales, hasta convertirse la indemnización en una pretensión adicionada a todas las demandas en que se alega discriminación o lesión de derechos fundamentales.

Sin duda, en ese aspecto de generalización tuvieron mucho protagonismo la Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (2007), en particular al resolver en sentido positivo la enojosa problemática de si era acumulable la indemnización a cualquier modalidad procesal especial, y la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (2011), que contiene una regulación bastante detallada de la tutela indemnizatoria en su artículo 183:

“1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.

3. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales.

4. Cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social”.

2. La indemnización del daño moral en la evolución de la jurisprudencia social

Ya desde la década de los noventa del pasado siglo, la jurisprudencia social ha venido aplicando la tutela indemnizatoria a comportamientos antisindicales, discriminatorios y en general de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas en las relaciones laborales. Pero no ha sido una jurisprudencia de evolución progresiva, sino que ha tenido etapas de alcance rupturista que aparecen detalladas en la didáctica STS 3908/2017 de 5 de octubre (RCUD 2497/2015), en la cual se llega a reconocer que “la doctrina de la Sala en orden a la cuestión de que tratamos ... no ha tenido la uniformidad que sería deseable”:

Primera posición: Con arreglo a una primera interpretación, se asume la concesión automática en la que se entendió procedente la condena al pago de la indemnización por los daños morales causados, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, dado que este se presume (SSTS 09/06/93, RCUD 3856/92; STS 08/05/95, RCO 1319/94).

Segunda posición: Otras veces se asume la exigencia de bases y elementos clave de la indemnización reclamada que justifiquen suficientemente la misma y que estén acreditados indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena (STS 22/07/96, RCO 7880/95). Doctrina jurisprudencial que (este es un añadido del comentarista) se vio en buena parte desacreditada con la STC 24/2006, de 24 de julio (en particular, en la parte relativa a la necesidad de acreditar tales indicios o puntos de apoyo).

Tercera posición: Se aplica el criterio aperturista que actualmente informa el resarcimiento del daño moral, de manera que la “inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste”, conduce, por un lado, a “un mayor margen de discrecionalidad en la valoración”, y por otro lado, “diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio de la aplicación de parámetros objetivos, pues los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados no tienen directa o secuencialmente una traducción económica” (SSTS 21/09/09, RCUD 2738/08; STS 11/06/12, RCUD 3336/11).

Doctrina actual: Se consolida la anterior tendencia en atención a la regulación de la LRJS (2011), de manera que la exigible identificación de “circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada” se ha de excepcionar en el caso de “los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada” (STS 17/12/13, RCO 109/12; STS 08/07/2014, RCO 282/13; STS 02/02/2015, RCO 279/13; STS 26/04/16, RCO 113/15; STS 649/2016 de 12 julio, RCO 361/2014). Esta doctrina más acorde con la naturaleza del daño moral ha ido acompañada con una invocación, como criterio orientador para la cuantificación de la indemnización, a las cuantías de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas en el caso. Al respecto, se suele argumentar

que ese criterio ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional (STC 247/2006, de 24 de julio) y en las últimas sentencias de las antes citadas se viene a entender como un criterio judicial consolidado.

3. Últimas sentencias de interés acerca de la aplicación del Baremo LISOS

Hay tres sentencias de interés dictadas en el pasado año (2022)^[1]. No se trata de analizar su *thema decidendi*, que no es relevante más que de manera incidental, sino de verificar cómo, después de resolver el *thema decidendi* en el sentido de reconocer el derecho a indemnización, la Sala la cuantifica: la STS 179/2022, de 23 de febrero (RCUD 4322/2019)^[2], la STS 214/2022, de 9 de marzo (RCUD 2269/2019), y la STS 356/2022, de 20 de abril (RCUD 2391/2019). Veamos los argumentos para aplicar el baremo LISOS:

STS 179/2022: “La relación laboral apenas ha durado dos años ... siendo el salario medio del trabajador durante ese periodo de unos 1.300 euros mensuales, por lo que resulta manifiestamente excesiva y desproporcionada la suma reclamada por daños morales de 15.525 euros, una vez que la declaración de nulidad del despido ya comporta la readmisión del trabajador y el pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha de resolución del contrato de trabajo”; “el importe de la sanción prevista en el art. 40 de la LISOS, a lo que se acoge el demandante como parámetro de referencia, parte de un mínimo de 6.251 euros hasta un máximo de 25.000 euros, por lo que es más razonable y adecuado fijar la indemnización en la suma correspondiente a la cuantía inferior de esa multa, que prudencialmente resulta más proporcionada y ajustada a las circunstancias del caso para resarcir en sus justos términos el perjuicio derivado del daño moral infringido al trabajador”.

STS 214/2022: “La relación laboral ha durado alrededor de dos años, desde el 23 de diciembre de 2015 al 11 de agosto de 2017, siendo el salario bruto anual del trabajador durante ese periodo de 23.618,28 euros, por lo que resulta manifiestamente excesiva y desproporcionada la suma reclamada por daños morales de 25.000 euros, una vez que la declaración de nulidad del despido ya comporta la readmisión del trabajador y el pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha de resolución del contrato de trabajo”; “el importe de la sanción prevista en el art. 40 de la LISOS, a lo que se acoge el demandante como parámetro de referencia, partía para las faltas muy graves en el caso de infracciones en materia de relaciones laborales, en su grado mínimo de la cantidad de 6.251 euros hasta un máximo de 25.000 euros, por lo que es más razonable y adecuado fijar la indemnización en la suma correspondiente a la cuantía inferior de esa multa, que prudencialmente resulta más proporcionada y ajustada a las circunstancias del caso para resarcir en sus justos términos el perjuicio derivado del daño moral infringido al trabajador”.

STS 356/2022: “La Sala, teniendo en cuenta la duración de la relación entre las partes (en torno a los 18 años), así como el resto de circunstancias del caso, especialmente el hecho de que se encontrara el trabajador una situación de IT cuyo origen estaba relacionado con los aspectos que, finalmente, dieron lugar a la violación de su derecho fundamental, estima adecuada la cantidad de 60.000 euros, que supone alrededor de dos anualidades de su salario y se sitúa en la franja media de las referidas sanciones del texto vigente de la LISOS y del que se encontraba en vigor al tiempo de producirse los hechos y que resulta más proporcionada y ajustada a las circunstancias del caso para resarcir en sus justos términos el perjuicio derivado del daño moral infringido al trabajador, a la vez que puede resultar disuasoria de futuras posibles conductas de ataque a los derechos fundamentales de los trabajadores”.

Hemos de precisar para entender las diferencias en las cuantías indemnizatorias (6.251 euros en los dos primeros casos; 60.000 en el tercero) que (aparte de otras circunstancias fácticas como la mayor antigüedad y salario del trabajador en el tercer caso, además de que estuvo en IT en relación con la vulneración constitucional), en los dos primeros casos en la demanda no se concretaban los parámetros de cuantificación de la indemnización (precisamente ese era el *thema decidendi*: si aún con esa inconcreción había derecho a la indemnización), mientras que en el tercero

(donde el *thema decidendi* era sobre la acumulación de acciones), la demanda sí contenía las oportunas argumentaciones.

4. *Situado el contexto, llegamos a la sentencia comentada: la STS 397/2023*

En la STS 397/2023, objeto de nuestro comentario, el abordaje de la cuestión resulta ser diferente a los tres casos anteriores: no es el trabajador demandante quien reclama una indemnización que, por unos u otros motivos, se le ha denegado en la sentencia recurrida en unificación de doctrina, y la sentencia de casación, después de despejar esos motivos entra a cuantificar la indemnización dentro de los límites en que se ha planteado el debate; en este caso es la empresa quien, como tema principal de debate, reclama una reducción de la indemnización que se había cuantificado en la sentencia recurrida conforme al mínimo establecido para la infracción correspondiente en la LISOS, argumentando la empresa que la decisión empresarial constitucionalmente lesiva fue una sola, y si fueron dos las trabajadoras afectadas, se debería considerar para reducir en proporción dicha cuantía.

Ante esta cuestión, la doctrina contenida en la sentencia comentada resulta ser bien sencilla: “Admitido como válido el baremo de la LISOS para fijar la indemnización debida por daño moral a la actora -como razona la sentencia de instancia-, que es el importe de la multa del grado mínimo señalada para las infracciones muy graves (art. 40.1.c) de la LISOS), y entendiéndose comprendida la presente en la muy grave prevista en el art. 8.12 de la misma Ley, cuyo importe va de 6.251 a 25.000 euros, que se fija en el importe mínimo de 6.251 euros, esta cuantía ha de aceptarse como válida, sin que sea aceptable rebajar el importe por debajo del referido baremo, indiscutiblemente aceptado por las partes”.

Puesta esta doctrina en el contexto legal reseñado en los párrafos anteriores, y situada dentro de la evolución jurisprudencial, en particular las tres últimas sentencias analizadas, la conclusión sale de suyo: la cuantía mínima de la sanción establecida para la infracción correspondiente en la LISOS opera como mínimo de derecho necesario en los pleitos de despido calificado de nulo pues (1) se aplica incluso en el supuesto de no haberse argumentado en demanda los parámetros de cuantificación de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales, y (2) se aplica de modo individualizado, aunque el acto empresarial vulnerador de derechos haya afectado a más de una persona trabajadora.

X. Apunte final

La conclusión derivable de la sentencia objeto de comentario de que la cuantía mínima de la sanción establecida para la infracción correspondiente en la LISOS opera como mínimo de derecho necesario en los pleitos de despido calificado como nulo, es razonablemente coherente con el contexto normativo y con la evolución jurisprudencial, en particular con las sentencias inmediatas precedentes. Razonablemente coherente porque la cuantía de las sanciones, sin ser directamente aplicable en el ámbito de la reparación, sí es un magnífico criterio orientativo para la cuantificación de los daños morales en la medida en que cuantifica el reproche jurídico que la conducta merece. Y, siendo esto así, no resulta ajustado a la lógica que la cuantificación del daño moral causado a la persona trabajadora se sitúe por debajo de ese mínimo asumido normativamente para el reproche jurídico.

Una conclusión asumible incluso si la persona trabajadora demandante no ha argumentado de una manera completa en su demanda, ni en el acto del juicio, cuáles son los daños y perjuicios sufridos, limitándose a reclamarlos con invocación de la LISOS. Cuestión diferente es que sí lo hubiera hecho, en cuyo caso lo procedente sería que esos argumentos fueran analizados por el órgano judicial en orden a verificar si justifican un incremento de la cuantía indemnizatoria en relación con los mínimos del baremo LISOS.

Referencias:

1. ^ Sobre estas tres SSTs, y en general sobre toda la problemática de la indemnización, es de obligada consulta el completo análisis de Ángel Arias Domínguez, *La cuantificación de la indemnización por daño moral por transgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos*, Agencia Estatal del Boletín oficial del Estado (Madrid, 2023).
2. ^ Comentada esta STS 214/2022 por José Luis MONEREO PÉREZ, “Despido nulo por vulneración derechos fundamentales, resarcimiento del daño moral y modo «prudencial» de cuantificación de la indemnización”, en esta misma *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3, 2022.

§ 61 El alcance material de la obligación empresarial de información y consulta a los trabajadores sobre empleo en las empresas (y centros de trabajo), y su dimensión general.

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional

Resumen: *La obligación empresarial de información y consulta sobre el empleo en las empresas y centros de trabajo, “establecida” en el artículo 4.2.b) de la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, no es de aplicación en caso de cambios de puesto de trabajo de un reducido número de trabajadores, a no ser que esos cambios afecten a la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa o centro o supongan un riesgo para el empleo en general. Así debe interpretarse el mencionado precepto eurounitario según la STJUE de 6 de julio de 2023 [asunto C-404/2022, Ethnikos Organismos Pistopoiisis Prosonton & Epangelmatikou Prosanatolismou (Eoppep)].*

Palabras clave: *Empresa. Actividad económica. Derechos de información y consulta de los trabajadores. Empleo. Cambios de puestos de trabajo. Destitución de trabajadoras directivas.*

Abstract: *The obligation of companies of information and consultation on employment in companies and work centers contained in article 4.2.b) of Directive 2002/14/EC of the European Parliament and of the Council, of 11 March 2002, establishing a general framework relating to information and consultation of workers in the European Community, is not applicable in case of changes of a small number of jobs, unless the change affects the situation, structure and probable evolution of employment in the company or center or poses a risk to employment in general. This is how the aforementioned provision should be interpreted according to the STJUE of July 6, 2023, C-404/2022, Ethnikos Organismos Pistopoiisis Prosonton & Epangelmatikou Prosanatolismou (Eoppep).*

Keywords: *Company. Economic activity. Rights of information and consultation of workers. Employment. Job changes. Removal of managerial workers.*

I. Introducción

La sentencia del Tribunal de Justicia comentada interpreta el artículo 2, letra a), y el artículo 4, apartado 2, letra b), de la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Séptima del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Fecha de la resolución judicial: 6 de julio de 2023.

Tipo y número recurso o procedimiento: cuestión prejudicial (art. 267 TFUE) planteado por el Tribunal de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo de Atenas, Grecia, mediante resolución de 3 de mayo de 2022, recibida en el Tribunal de Justicia el 16 de junio de 2022, asunto C-404/2022, *Ethnikos Organismos Pistopiisis Prosonton & Epangelmatikou Prosanatolismou (Eoppep)*.

ECLI:EU:C:2023:548

Fuente: InfoCuria Jurisprudencia.

Ponente: Excmo. Sr. D. F. Biltgen.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La petición de decisión prejudicial, formalizada por el Tribunal de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo de Atenas conforme al art. 267 TFUE, tiene por objeto la interpretación del art. 2, letra a), y del art. 4, apdo. 2, letra b), de la Directiva 2002/14/CE. Ese marco general lo es de requisitos mínimos. El art. 2.a) define el concepto de empresa, a efectos de la citada Directiva, comprendiendo a "las empresas públicas o privadas que ejercen una actividad económica, independientemente de que tengan o no ánimo de lucro, situadas en el territorio de los Estados miembros"; por su parte, su art. 4, sobre las modalidades prácticas de la información y la consulta, que constituyen el objeto los derechos de los trabajadores y de las recíprocas obligaciones empresariales para su satisfacción, extiende su ámbito material a " la información y la consulta sobre la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como sobre las eventuales medidas preventivas previstas, especialmente en caso de riesgo para el empleo" [apdo. 2. b)].

El problema suscitado se refiere a si el Organismo Nacional para la Certificación de las Cualificaciones y de la Orientación Profesional (*Eoppep*) tenía que haber informado y consultado a los representantes de sus trabajadores con carácter previo a la destitución de dos trabajadoras de sus cargos directivos. Lo que significaba decidir, previamente, si el citado Organismo Nacional es una empresa, comprendida en el campo de aplicación de la Directiva 2002/14 y, de ser así, si su obligación de informar y consultar a los representantes de sus trabajadores en materia de empleo alcanza a la destitución de dos trabajadoras con funciones directivas, que, no obstante, permanecieron como trabajadoras del mismo.

1. Hechos del litigio principal

Ante la destitución de la directora interina de Servicios Económicos y Administrativos y de la directora interina de la División de Certificación de las Cualificaciones de *Eoppep* por el consejo de administración del organismo -una persona jurídica de derecho privado perteneciente al sector público griego, constituida para prestar, en particular, funciones de orientación profesional a los ministerios de Educación, Asuntos Religiosos, Cultura y Deportes y de Trabajo y Seguridad Social, a las entidades de formación profesional, a las empresas y a las organizaciones de trabajadores o empresarios-, las trabajadoras afectadas recurrieron sus destituciones ante la Inspección de Trabajo, que consideró que el *Eoppep* había incumplido el Decreto Presidencial 240/2006, de 16 de noviembre de 2006, dictado para transponer la Directiva 2002/14, al no haber informado ni consultado a los representantes de los trabajadores antes de proceder a las destituciones. El Estado griego impuso al *Eoppep* una multa de 2 250 euros por infracción del Decreto Presidencial.

El *Eoppep* interpuso recurso contra dicha resolución ante el Tribunal de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo de Atenas. Ante sus dudas sobre la aplicación de la Directiva 2002/14, y del Decreto nacional de transposición, al *Eoppep*, el citado órgano jurisdiccional suspendió el litigio principal y elevó consulta prejudicial al Tribunal de Justicia mediante resolución de 3 de mayo de 2022, recibida en el Tribunal de Justicia el 16 de junio de 2022.

2. Antecedentes

Las dudas del Tribunal de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo de Atenas se referían a la actuación del Consejo de Administración del *Eoppep*, en el ejercicio de sus competencias de asesoramiento y orientación profesional para los ministerios, los centros y los organismos de aprendizaje y formación profesional, las empresas, y las organizaciones de empresarios y de trabajadores, compitiendo con otras empresas y obteniendo por la realización de esas actividades y la prestación de sus servicios recursos económicos, con lo que el *Eoppep* actuaba, al menos parcialmente, según las previsiones del legislador griego, como operador del mercado, debiendo aplicársele la Directiva 2002/14 y la norma estatal de transposición. Además, la destitución de la jefa *ad interim* de la División de Certificación de las Cualificaciones por razones relativas al buen funcionamiento del servicio, sin suprimirse el puesto de jefe de unidad que ocupaba, podía constituir una situación en la que la Directiva 2002/14 y el Decreto Presidencial exigen que se informe y consulte a los representantes de los trabajadores, con carácter previo a dicha destitución.

Hay que decir que el art. 2 de dicho Decreto Presidencial recoge las definiciones enunciadas en el art. 2 de la Directiva 2002/14, y que su art. 4, titulado «Detalles prácticos de información y consulta», recoge, en sus apdos. 2 a 4, respectivamente, las disposiciones de los apdos. 2 a 4 del art. 4 de la Directiva 2002/14.

Las cuestiones prejudiciales que el Tribunal de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo de Atenas elevó al Tribunal de Justicia fueron las dos siguientes, con numerosas subcuestiones:

«1) a) ¿Qué significado procede atribuir al concepto de “empresa que ejerce una actividad económica”, en el sentido del artículo 2, letra a), de la [Directiva 2002/14]?

b) ¿Quedan comprendidas en dicho concepto las personas jurídicas de Derecho privado, como el *Eoppep*, que, en el ejercicio de [sus] competencias de certificación de las instituciones de formación profesional, actúa[n] como persona[s] jurídica[s] de Derecho público y ejerce[n] poder público, puesto que,

i) respecto a algunas de sus actividades, como en el presente asunto, en particular, la prestación, de cualquier forma y clase, de servicios de orientación profesional dirigidos a los organismos competentes de los Ministerios, a los centros y a los organismos de aprendizaje y formación profesional, a las empresas, así como a las organizaciones de empresarios y de trabajadores [artículo 14, apartado 2, letra l), de la Ley n.º 4115/2013], no se excluye, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 14, apartado 2, letra o), relativo a la determinación de las condiciones para la prestación de servicios de asesoramiento y orientación profesional por personas físicas y jurídicas en el país, que existan mercados en los que operen empresas comerciales en relación de competencia con el organismo demandante, y

ii) los recursos del organismo demandante comprenden, de conformidad con el artículo 23, apartado 1, letra d), de la Ley antes citada, los ingresos procedentes de la realización de las actividades y de la prestación de servicios que, bien son asignados al mismo por el [Ministro de Educación, Asuntos Religiosos, Cultura y Deportes], bien son realizados por cuenta de terceros, como administraciones públicas, organismos nacionales e internacionales, personas jurídicas de Derecho público o privado y particulares, mientras que,

iii) para las actividades restantes se prevé, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley n.º 4115/2013, el pago de tasas que tienen el carácter de remuneración?

c) ¿Tiene alguna relevancia para la respuesta que se dé a la cuestión anterior el hecho de que, para la mayor parte de las actividades (artículo 14, apartado 2, de la Ley n.º 4115/2013) de la persona jurídica de Derecho privado, quepa presumir que solo algunas se desarrollen condiciones de mercado y, en caso de respuesta afirmativa, basta con que el legislador haya previsto [artículo 14, apartado 2, letra l), y artículo 23, apartado 1, letra d), de la Ley n.º 4115/2013] que el organismo demandante desarrolle su actividad, cuando menos en parte, como operador del mercado o bien es necesario demostrar que opera efectivamente respecto de actividades específicas en condiciones de mercado?

2) a) ¿Qué significado procede atribuir, en virtud del artículo 4, apartado 2, letra b), de la [Directiva 2002/14], a los conceptos de “situación”, “estructura” y “evolución probable del empleo” en el ámbito de la empresa, en supuestos en relación con los cuales existe la obligación de información y consulta de los trabajadores?

b) ¿Queda comprendida en el ámbito de los conceptos antes citados la destitución, con posterioridad a la aprobación del nuevo reglamento de régimen interno de la persona jurídica, en el caso de autos el *Eoppep*, de sus empleados de cargos de responsabilidad, sin que dichos cargos hayan sido eliminados por dicho reglamento, que habían sido asignados a dichas personas con carácter provisional, tras la incorporación a la entidad en cuestión de personas jurídicas de Derecho privado, el *Ekepis* y el *EKEP*, de modo que pueda considerarse que ha nacido una obligación de información y consulta de los trabajadores antes de la destitución?

c) ¿Tiene alguna relevancia para la respuesta que se dé a la cuestión anterior:

i) el hecho de que la destitución del trabajador del cargo de responsabilidad se haya realizado invocando el buen funcionamiento de la persona jurídica y exigencias del servicio, para que esta última pueda alcanzar los objetivos de la institución, o bien el hecho de que la destitución no se haya debido a un incumplimiento de las obligaciones de servicio que le incumben en calidad de jefe de división provisional;

ii) el hecho de que las empleadas que fueron destituidas de cargos de responsabilidad hayan seguido formando parte de la plantilla de la persona jurídica, o

iii) el hecho de que, mediante el mismo acuerdo de su órgano competente relativo a la destitución de estas empleadas de cargos de responsabilidad, se hayan atribuido provisionalmente a otras personas cargos de responsabilidad?

IV. Posición de las partes

El *Eoppep* negó, en el litigio principal ante el Tribunal de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo de Atenas, ser una empresa que ejerce una actividad económica, en el sentido del art. 2 del Decreto Presidencial 240/2006 y del art. 2.a) de la Directiva 2002/14, con la consecuencia de estar fuera del ámbito de aplicación de ambas normas. Señaló que las directoras destituidas conocían el carácter temporal de sus nombramientos y que no se produjo la infracción alegada al quedar excluidas del procedimiento de información y de consulta de los representantes de los trabajadores previsto por el Decreto Presidencial, residenciándose las decisiones de destitución exclusivamente en la facultad de dirección del *Eoppep*. El Estado griego sostuvo la desestimación del recurso por infundado.

V. Normativa aplicable al caso

Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea

- “Artículo 2. Definiciones

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

- "empresa": las empresas públicas o privadas que ejercen una actividad económica, independientemente de que tengan o no ánimo de lucro, situadas en el territorio de los Estados miembros;"

[...]

- "Artículo 4. Modalidades prácticas de la información y la consulta

[...]

2. La información y la consulta abarcarán:

[...]

b) la información y la consulta sobre la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como sobre las eventuales medidas preventivas previstas, especialmente en caso de riesgo para el empleo;"

[...]

VI. Doctrina básica

1. Primera cuestión prejudicial: sobre la naturaleza de empresa que ejerce una actividad económica

El Tribunal de Justicia responde a la *primera cuestión prejudicial*, precisando que el art. 2, letra a), de la Directiva 2002/14 define el término "empresa" incluyendo a todas las empresas públicas o privadas que ejercen una actividad económica, independientemente de que tengan o no ánimo de lucro. Recuerda la sentencia que, en el ámbito del Derecho de la competencia, el concepto de "empresa" comprende a cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (sentencia de 11 de noviembre de 2021, *Manpower Lit*, C-948/19, EU:C:2021:906, apdo. 36 y jurisprudencia citada).

La Directiva 2002/14 no define el concepto de "actividad económica", pero el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que dicho concepto, que figura en varias directivas relativas a los derechos de los trabajadores, incluye cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado (sentencias de 20 de julio de 2017, *Piscarreta Ricardo*, C 416/16, EU:C:2017:574, apdo. 34 y jurisprudencia citada, y de 11 de noviembre de 2021, *Manpower Lit*, C 948/19, cit., apdos. 36 y 37 y jurisprudencia citada), excluyéndose las actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público. En la sentencia *Manpower Lit*, apdo. 39, el Tribunal de Justicia consideró actividades económicas los servicios prestados en interés público y sin ánimo de lucro, en competencia con los ofrecidos por operadores movidos por un fin de lucro, sin que la menor competitividad de aquellos servicios en que el ánimo de lucro está ausente impida su consideración como actividades económicas. Este concepto de actividad económica es, afirma el Tribunal de Justicia en la sentencia aquí comentada, "extrapolable a la Directiva 2002/14" (apdo. 30).

La sentencia recurre a continuación a la Ley griega 4115/2013, de 29 de enero de 2013, sobre organización y funcionamiento de la Fundación de juventud y formación continua y del Organismo nacional de certificación de las cualificaciones y de orientación profesional y otras disposiciones, que regula las competencias y las funciones del *Eoppep*. Conforme a su art. 14.2, entre otras funciones el *Eoppep* presta, en el marco de la planificación y aplicación de la política nacional relativa al asesoramiento y la orientación profesional, apoyo científico y técnico a los organismos competentes del Ministerio de Educación, Asuntos Religiosos, Cultura y Deportes y del Ministerio de Trabajo, Seguridad Social y Previsión de las Pensiones [art. 14.2.i)], ejerce funciones de desarrollo de la comunicación y coordina las acciones entre los

actores públicos y privados que realizan servicios de de orientación profesional para su mejora mediante información e intercambio de información continuos [art. 14.2.j)], proporciona servicios de orientación profesional de todo tipo y de todas las maneras a los organismos competentes de los citados ministerios, a los centros y organismos de educación y de formación profesionales, a las empresas y a las organizaciones de empresarios y de trabajadores [art. 14.2. l)], así como de educación, formación y formación permanente de altos cargos del sector de la "orientación profesional", en cooperación con los organismos existentes en dichos ministerios o de manera complementaria a ellos [art. 14.2.m)].

De su regulación legal se desprende que los objetivos del *Eoppep* no son solamente la certificación de los establecimientos de formación o el reconocimiento de la equivalencia de diplomas, actividades que, según reconoce el órgano jurisdiccional remitente, están comprendidas en el ejercicio de prerrogativas de poder público. Las funciones reseñadas, afirma el Tribunal de Justicia, se sitúan fuera del ejercicio de prerrogativas de poder público, a lo que añade que no puede excluirse que existan mercados en los que operan empresas comerciales que compiten con el *Eoppep* y que tienen ánimo de lucro, lo que, como es habitual en el conocimiento prejudicial, "incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar que tal es el caso efectivamente" (apdo. 33).

Además, dado que el *Eoppep* no sólo se financia mediante tasas y gastos de supervisión, previstos en su ley reguladora, sino con los ingresos correspondientes a la prestación de sus actividades y servicios suministrados a los ministerios o a terceros, personas jurídicas públicas y privadas y particulares, por decisión de su consejo de administración, corresponde igualmente al tribunal griego consultante comprobar la naturaleza de esos ingresos, si revisten la significación de remuneración o contrapartida económica que el *Eoppep*, como prestador de servicios, recibe de los destinatarios de los mismos, en el sentido de la sentencia *Manpower Lit*, apdo. 45.

Como en también usual en las sentencias del Tribunal de Justicia para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales de los, aunque esa tarea de verificación corresponda al órgano jurisdiccional cuestionante, el propio Tribunal de Justicia adelanta su propio criterio, que, en el caso, es que *Eoppep* "ejerce, en parte, una actividad de servicios en un mercado determinado, por lo que está comprendido dentro del concepto de "empresa", en el sentido del art. 2, letra a), de la Directiva 2002/14", precepto que ha de interpretarse en el sentido de que puede incluir a las personas jurídicas de Derecho privado que actúan como personas de Derecho público realizando actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público, siempre que, además, presten, a cambio de una remuneración, servicios que compiten con los prestados por operadores del mercado (apdos. 36 y 37).

2. Segunda cuestión prejudicial: sobre la inaplicación de la obligación empresarial de información y de consulta a los cambios de puesto de trabajo de un reducido número de trabajadores que no afecten a la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa, ni supongan riesgo para el empleo en general

En su respuesta a la segunda cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia, partiendo del tenor literal del art. 4, apdo. 2, letra b), de la Directiva 2002/14, sobre la obligación empresarial de información y de consulta, descarta que su referencia genérica al "empleo" incluya las relaciones laborales individuales, "a *fortiori* cuando no hay supresión de puestos" de trabajo (apdo. 40).

En la interpretación del Tribunal de Justicia, la Directiva 2002/14 activa los derechos de información y consulta de los trabajadores, y la recíproca obligación empresarial, "sobre la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como sobre las eventuales medidas preventivas previstas, especialmente en caso de riesgo para el empleo", cuando exista un riesgo para el empleo en general en una empresa o centro de trabajo, y lo hace a fin de contrarrestar los efectos perjudiciales de la evolución negativa de la situación del

empleo en esa empresa o centro de trabajo para los trabajadores que puedan verse afectados, sin que esos derechos de información y consulta alcancen a la situación de determinadas relaciones laborales individuales en la empresa o centro de trabajo. Así lo confirmaría el *cto.* 8 de la Directiva: “En particular, es necesario promover y reforzar la información y la consulta sobre la situación y la evolución probable del empleo en la empresa, así como, cuando de la evaluación efectuada por el empresario se desprenda que el empleo en la empresa pueda estar amenazado, sobre las eventuales medidas preventivas previstas, sobre todo en lo referente a formación y la cualificación de los trabajadores, con el fin de contrarrestar estos efectos negativos o sus consecuencias, y de aumentar las posibilidades de empleo y de adaptación de los trabajadores que pudieran resultar afectados”.

No existió riesgo para el empleo en el *Eoppep*, cuyo Consejo de Administración se limitó de destituir a tres trabajadoras -de un total de ochenta empleados- de sus puestos de responsabilidad *ad interim*, trabajadoras que, además, permanecieron al servicio del organismo en sus mismas divisiones, según los hechos consignados en la petición de decisión prejudicial del tribunal griego, ante el que, por lo demás, las trabajadoras nunca alegaron que sus destituciones supusiesen un riesgo para su empleo. Consiguientemente, entiende el Tribunal de Justicia que no afectando la destitución de las recurrentes en el litigio principal a la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en el *Eoppep*, ni suponiendo un riesgo para sus propios empleos, no es de aplicación al caso el art. 4.2.b) de la Directiva 2002/14.

Resuelve el Tribunal de Justicia la segunda cuestión prejudicial, estableciendo la interpretación que ha de hacerse del citado precepto de la Directiva: “la obligación de información y consulta establecida en dicha disposición no es aplicable en caso de cambio de puesto de un reducido número de trabajadores nombrados *ad interim* para ocupar puestos de responsabilidad, si dicho cambio no afecta a la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa de que se trate, ni supone un riesgo para el empleo en general” (apdo. 45).

VII. Parte dispositiva

“En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Séptima) declara:

- El artículo 2, letra a), de la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea debe interpretarse en el sentido de que puede estar comprendida en dicha disposición una persona jurídica de Derecho privado que actúa como una persona de Derecho público y que realiza actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público, siempre que preste, además, a cambio de una remuneración, servicios que compiten con los prestados por operadores del mercado.
- El artículo 4, apartado 2, letra b), de la Directiva 2002/14 debe interpretarse en el sentido de que la obligación de información y consulta establecida en dicha disposición no es aplicable en caso de cambio de puesto de un reducido número de trabajadores nombrados *ad interim* para ocupar puestos de responsabilidad, si dicho cambio no afecta a la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa de que se trate, ni supone un riesgo para el empleo en general.

VIII. Pasajes decisivos

- “[...E]l Tribunal de Justicia ha definido el concepto de «empresa» como cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación [...] (apdo. 27).

- “Por lo que respecta al concepto de «actividad económica», que la Directiva 2002/14 no define, procede recordar que el Tribunal de Justicia ha declarado

reiteradamente que dicho concepto, que figura en varias directivas relativas a los derechos de los trabajadores, incluye cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado [...]” (apdo. 28).

- “Quedan, por principio, excluidas de la calificación de actividades económicas las actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público. En cambio, se han calificado como actividades económicas servicios que, sin corresponder al ejercicio de prerrogativas del poder público, se prestan en interés público y sin ánimo de lucro, en competencia con los ofrecidos por operadores que actúan con ese ánimo. El hecho de que estos servicios sean menos competitivos que los servicios comparables prestados por otros operadores con ánimo de lucro no puede impedir que las actividades de que se trata sean consideradas actividades económicas [...]” (apdo. 29).

- “Teniendo en cuenta el objetivo de la Directiva 2002/14 y el tenor, especialmente, de su artículo 2, letra a), procede considerar que la interpretación del concepto de «actividad económica» que se desprende de los apartados 27 y 29 de la presente sentencia es extrapolable a la Directiva 2002/14” (apdo. 30).

- “Por otra parte, las actividades del Eoppep se financian [...] también mediante ingresos [...] procedentes de la realización de actividades y de la prestación de servicios [...] ejecutados a raíz de una decisión del Consejo de Administración del Organismo” [apdo. 34].

- “[S]in perjuicio de que el órgano jurisdiccional remitente los compruebe, procede considerar que el Eoppep ejerce, en parte, una actividad consistente en ofrecer servicios en un mercado determinado, por lo que está comprendido dentro del concepto de «empresa», en el sentido del artículo 2, letra a), de la Directiva 2002/14” [apdo. 36].

- “[...]Procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 2, letra a), de la Directiva 2002/14 debe interpretarse en el sentido de que puede estar comprendida en dicha disposición una persona jurídica de Derecho privado que actúa como una persona de Derecho público y que realiza actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público, siempre que preste además, a cambio de una remuneración, servicios que compiten con los prestados por operadores del mercado” (apdo. 37).

- “[...]De conformidad con el artículo 4, apartado 2, letra b), de la Directiva 2002/14, el derecho a la información y a la consulta en el sentido de dicha Directiva, comprende «la información y la consulta sobre la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como sobre las eventuales medidas preventivas previstas, especialmente en caso de riesgo para el empleo» (apdo. 39).

- “[...]A]l hacer referencia de manera genérica al «empleo», el tenor de dicha disposición no se refiere a las relaciones laborales individuales, a *fortiori* cuando no hay supresión de puestos” (apdo. 40).

- “[...]L]a Directiva 2002/14 tiene por objeto establecer la información y consulta de los trabajadores cuando exista un riesgo para el empleo en general en una empresa o centro de trabajo a fin de contrarrestar los efectos perjudiciales de la evolución negativa de la situación del empleo en esa empresa o centro de trabajo para los trabajadores que puedan verse afectados” (apdo. 42).

- “[...]P]rocede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 4, apartado 2, letra b), de la Directiva 2002/14 debe interpretarse en el sentido de que la obligación de información y consulta establecida en dicha disposición no es aplicable en caso de cambio de puesto de un reducido número de trabajadores nombrados *ad interim* para ocupar puestos de responsabilidad, si dicho cambio no afecta a la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa de que se trate, ni supone un riesgo para el empleo en general” (apdo. 45).

IX. Comentario

Siguiendo la estructura de sus sentencias, el Tribunal de Justicia expone el marco jurídico que rige la petición de decisión prejudicial, el Derecho de la Unión aplicable, la Directiva 2002/14 [cdos. 7 a 10 y arts. 1.1, 2.a), f) y g), y 4.2.a), b) y c)], y el Derecho griego (preceptos del Decreto Presidencial 240/2006, de 16 de noviembre de 2006, de transposición de la Directiva 2002/14 al ordenamiento griego, y de la Ley 4115/2013, de 29 de enero de 2013, sobre las competencias y las funciones del

Eoppep). Describe el litigio principal y las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo de Atenas, destinando a su resolución sus apdos. 25 a 45.

De esa información sobre el marco jurídico de la petición de decisión prejudicial se obtiene que el art. 2 del Decreto Presidencial incorpora las definiciones enunciadas en el art. 2 de la Directiva 2002/14, y que su art. 4, titulado «Detalles prácticos de información y consulta», recoge, en sus apdos. 2 a 4, respectivamente, las disposiciones de los apdos. 2 a 4 del art. 4 de la Directiva 2002/14. En otras palabras, del análisis del Derecho griego, que proporciona la sentencia, se infiere la conclusión de que el Estado griego ha hecho una transposición literal o rigurosa de la Directiva 2002/14, sin acogerse a la posibilidad de mejorar sus “disposiciones mínimas” [art. 153.2.b) y 4 TFUE] o sus “requisitos mínimos”, que no pueden suponer “menoscabo de otros derechos de información, consulta y participación existentes en las legislaciones nacionales”, ni han de servir para justificar “regresiones respecto de la situación ya existente en los Estados miembros en lo relativo al nivel general de protección de los trabajadores en los ámbitos objeto” de la Directiva (arts.1 y 9.4 y 5 Directiva 2002/14).

Es una sentencia lineal, por lo general de gran claridad expositiva y de factura excelente, que compendia con gran economía de lenguaje la respuesta del Tribunal de Justicia a la esencialidad de las cuestiones prejudiciales elevadas por el órgano jurisdiccional griego. Puede decirse que es una sentencia eficiente, que ofrece la interpretación del Derecho de la Unión Europea que compete al Tribunal de Justicia de manera directa y concisa, facilitando, en el caso, la tarea del órgano judicial estatal que ha de resolver el litigio principal. Esa interpretación es, además, de notoria relevancia para los ordenamientos de otros Estados que hayan traspuesto la Directiva 2002/14 reiterando el mandato normativo del legislador de la Unión, sin incrementar el nivel de protección de los derechos de información y consulta de los trabajadores sobre el empleo en las empresas y centros de trabajo, o haciéndolo sobre esa u otras materias conservando la esencia de la norma comunitaria.

Es una sentencia importante por su razón de su objeto, ya que -salvo error por mi parte- no pasan de tres las sentencias del Tribunal de Justicia de interpretación prejudicial de la Directiva 2002/14 -ninguna con causa en la petición prejudicial de un órgano jurisdiccional español-, aunque, entre ellas, se encuentre la muy relevante de la Gran Sala, de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, primera de interpretación de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea^[1], y, aunque, de alguna manera, la Directiva 2002/14 y su reforma estén en el trasfondo, o en los antecedentes, de la también trascendental sentencia, Gran Sala, de 2 de septiembre de 2021, *EPSU/Comisión*, C-928/19 P, EU: C:2021:656, dictada en recurso de casación interpuesto conforme al art. 56 del Estatuto del TJUE^[2].

Las dos cuestiones prejudiciales resueltas presentan una distinta densidad interpretativo-doctrinal.

1. Sobre el concepto de empresa en la Directiva 2002/14 y sobre los conceptos de empresa y actividad económica en el Derecho de la Unión Europea

Apenas cuenta la sentencia con aparato jurisprudencial, cuya traída a colación es limitada y selectiva. La jurisprudencia seleccionada se refiere, muy apropiadamente, a decisiones interpretativas de directivas de política social, aunque esa jurisprudencia

beba en decisiones sobre el derecho de la competencia de finales del pasado siglo. Su aplicación se limita a la respuesta a la primera cuestión prejudicial y a la cita de las sentencias *Manpower Lit*, de 11 de noviembre de 2021, C-948/19, en cuatro ocasiones (apdos. 27, 28, 29 y 35), y *Piscarreta Ricardo*, de 20 de julio de 2017, C-416/16, en una ocasión (apdo. 28). La sentencia *Manpower Lit* respondió al Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Lituania que el Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE) es una "empresa usuaria", en el sentido del art. 1, apdo. 2, de la Directiva 2008/104/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, clarificando los conceptos eurounitarios de empresa y actividad económica prestada por entidades en interés público y sin ánimo de lucro en competencia con prestadores con ánimo de lucro a cambio de remuneraciones (apdos. 27, 28, 29 y 35). Ya en la sentencia *Piscarreta Ricardo*, dictada en la petición de decisión prejudicial del Tribunal de Distrito de Faro, Portugal, el Tribunal de Justicia recordó que con anterioridad había precisado que el concepto de "actividad económica" se aplica a cualquier actividad que consista en ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado, excluyéndose las actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público, pero no los servicios que se prestan en interés público y sin ánimo de lucro, en competencia con los ofrecidos por operadores que actúan con ese ánimo, que merecen la calificación de "actividades económicas", en el sentido del art. 1, apdo. 1, letra c), de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (apdo. 34).

La sentencia comentada aplica esa jurisprudencia al concepto de empresa que ejerce una actividad económica del art. 2.a) de la Directiva 2002/14. La sentencia advierte de que la Directiva 2002/14 no define el concepto de "actividad económica", concepto que figura en varias directivas relativas a los derechos de los trabajadores y que el Tribunal de Justicia ha interpretado reiteradamente, considerando que incluye cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado. Por ello, concluye esta parte primera de su razonamiento afirmando que, a la vista del objetivo de la Directiva 2002/14 y del tenor de su art. 2, letra a), el concepto de "actividad económica" de otras directivas sociales es extrapolable a la Directiva 2002/14 (apdo. 30). Declara, en consecuencia, que art. 2.a) de la Directiva 2002/14 comprende a una persona jurídica de Derecho privado que actúa como una persona de Derecho público y que realiza actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público, siempre que, además, preste servicios que compiten con los prestados por operadores del mercado a cambio de una remuneración. La Directiva 2002/14 se aplica al Organismo Nacional para la Certificación de las Cualificaciones y de la Orientación Profesional griego, *Eoppep*, persona jurídica de Derecho privado perteneciente al sector público.

2. Sobre el alcance material de la obligación empresarial de información y consulta a los trabajadores en materia de empleo

El tratamiento de la segunda cuestión prejudicial presenta mayor interés doctrinal y práctico, ya que en ella el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre el alcance material de la obligación empresarial de informar y consultar a los representantes de los trabajadores y de los recíprocos derechos de éstos, siempre de contornos controvertidos, en relación con "*la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como sobre las eventuales medidas preventivas previstas, especialmente en caso de riesgo para el empleo*" [art.4.2.b) Directiva 2002/14].

Importa, ante todo, destacar el enfoque de la sentencia en la interpretación del referido precepto de la Directiva, que, según afirma textualmente, *establece "la obligación de información y consulta" de las empresas*, y no los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, bien que el objeto de la Directiva sea "establecer un marco general que fije unos requisitos mínimos para el

ejercicio del derecho de información y consulta de los trabajadores en las empresas o centros de trabajo situados en la Comunidad” (art. 1.1.), y su art. 4, “Modalidades prácticas de la información y la consulta”, comience por situar su regulación en el ámbito de los derechos de información y consulta de los trabajadores para determinar su alcance material en su apdo. 2. Es obvio, sin embargo, que esa obligación de información y consulta satisface el recíproco derecho de los representantes de los trabajadores sobre su objeto. Por lo demás, desde la perspectiva de esa obligación empresarial se planteó formalmente la segunda cuestión prejudicial por el Tribunal de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo de Atenas, que demandaba la interpretación del Tribunal de Justicia sobre “los conceptos de “situación”, “estructura” y “evolución probable del empleo” en el ámbito de la empresa, en supuestos en relación con los cuales existe la obligación de información y consulta de los trabajadores”. Ahora bien, el giro del lenguaje del Tribunal de Justicia no puede pasar inadvertido.

Ya sobre el alcance material del precepto comunitario, en una primera aproximación negativa a su significación, el Tribunal de Justicia resuelve de entrada, categóricamente, que su referencia *genérica* al empleo, 1º) no está contemplando las relaciones laborales individuales; 2º) con mayor razón, si no hay supresión de puestos de trabajo; lo que confirma el *cdo.* 8 de la Directiva. Con esto, lo más importante para el caso, y con carácter general, comienza a estar dicho. La obligación empresarial, o los derechos de información y consulta de los trabajadores, tienen, materialmente, una consustancial naturaleza o dimensión colectiva, sobre todo en relación con el objetivo de salvaguarda del empleo en la empresa y en general, sin perjuicio de excepcionales competencias sobre contratos individuales de trabajo, desde luego cuando los cambios contractuales individuales afecten al empleo en la empresa o lo pongan en riesgo en general. Por ello, la obligación de información y consulta del art. 4.2.b) de la Directiva 2022/14 no es aplicable a los cambios de puestos de trabajo de un reducido número de trabajadores, a no ser que dicho cambio afecte a la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa o suponga un riesgo para el empleo en general, casos en que la obligación empresarial es exigible. Con esto, el Tribunal de Justicia concluye su interpretación del mencionado precepto de la Directiva.

Positivamente, el legislador de la Unión vislumbra la situación, la estructura y la evolución del empleo, en su dimensión colectiva, en una empresa o en un centro de trabajo y en general, estableciendo la obligación empresarial y reconociendo derechos de información y consulta a los representantes de los trabajadores en casos de riesgo para ese empleo, con el fin de contrapesar los efectos negativos para los trabajadores. Aquí el Tribunal de Justicia estrecha, en mi opinión, el dictado normativo del legislador de la Unión, ligando la obligación empresarial de información y consulta sobre empleo a un entendimiento crítico del comportamiento de ese empleo, a una situación de riesgo o de evolución negativa en la empresa o centro o en general. Innegable es la dimensión colectiva del empleo en la norma de la Directiva, que, sin embargo, en su comprensión morfológica se compone de dos partes, relativa la primera a la *situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa o en el centro de trabajo*, que hubiera permitido un espacio para el juego de la obligación empresarial y de los correspondientes derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores en relación con la situación, composición y evolución positiva o negativa del empleo en la empresa o centro, y ya dirigida la segunda (“*así como*”) a la *adopción de eventuales medidas preventivas*, que pueden -y han de- operar también en una situación de ausencia de riesgo, pero *especialmente* han de hacerlo existiendo *riesgo para el empleo en general*. También esta interpretación, más amplia, podría resultar confirmada por el *cdo.* 8 de la Directiva, que tiene la virtud de aludir expresamente, entre esas eventuales medidas preventivas de un empleo amenazado, preferentemente a las imprescindibles de formación y cualificación de los trabajadores. Pero, como ha quedado señalado, el Tribunal de Justicia asocia, en sus razonamientos sobre la segunda cuestión prejudicial, la obligación empresarial de información y consulta a ese riesgo para el empleo en la empresa o centro o en general, a su evolución negativa, radicando su virtualidad en su conservación y en contrarrestar los perjuicios para los trabajadores. En su apdo. 45, conclusivo, y en el

punto 2 de su fallo declarativo, sin dejar de aludir al estado de riesgo del empleo en general, la sentencia recobra la neutralidad del primer inciso del precepto contenido en el art. 4.2.b) de la Directiva, no necesariamente vinculado a un comportamiento negativo del empleo en la empresa o centro, pues también con un comportamiento positivo el empleo debe ser preventivamente salvaguardado.

X. Apunte final

Como se recordará, el Reino de España fue condenado por la STJUE de 5 de julio de 2007, *Comisión/España*, C-317/06, EU:C:2007:415, por no dar cumplimiento en plazo a la Directiva 2002/14. Por fin, la transposición a nuestro ordenamiento tuvo lugar por la Ley 38/2007, de 16 de noviembre, de modificación del Estatuto de los Trabajadores en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, en vigor desde el 18 de noviembre de 2007. Modificó, entre otras normas que aquí no importan, los arts. 4.1.g), 64 y 65 del ET y declaró formalmente la incorporación de la Directiva al Derecho español (disp. final 4ª).

Esa modificación legal pasó a la refundición estatutaria de 2015, vigente, con reformas posteriores, que tampoco aquí interesan. En el art. 64 ET, denominado “Derechos de información y consulta y competencias”, se identifica la transposición de la norma comunitaria; en concreto, en el apdo. 5.1º y 2º del citado precepto estatutario, al que remite la norma de cabecera de su apdo. 1, se distingue el contenido del art. 4.2.b) -y c), alojado también en su párrf. 3º- de la Directiva. La citada norma legal atribuye a los comités de empresa -y delegados de personal: art. 62.2 ET- el derecho a ser informados y consultados “sobre la situación y estructura del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como a ser informado[s] trimestralmente sobre la evolución probable del mismo, incluyendo la consulta cuando se prevean cambios al respecto.

“Asimismo, tendrá[n] derecho a ser informado[s] y consultado[s] sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa. Igualmente tendrá[n] derecho a ser informado[s] y consultado[s] sobre la adopción de eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo [...]”.

Aunque la española no haya sido una transposición normativa textual o rigorista, de mínimos, de la Directiva 2002/14, la conclusión alcanzada por la sentencia comentada sirve a la interpretación de los incisos reproducidos en cursivas del precepto legal español, aunque deban ser leídos en el contexto de la entera norma estatutaria. De modo que los derechos de información y consulta que allí se reconocen a los representantes de los trabajadores no son de aplicación en caso de cambios de puesto de trabajo de un reducido número de trabajadores, si esos cambios no afectan a la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa de que se trate, ni suponen un riesgo para el empleo en general. *A sensu contrario*, los derechos de información y consulta son de aplicación si, con motivo de esos cambios de puesto de trabajo de un reducido número de personas trabajadoras, se produjera esa afectación de la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa o centro o ese riesgo para el empleo en general. Y las correspondientes obligaciones de las empresas (y centros de trabajo).

Referencias:

1. ^ SSTJUE de 18 de enero de 2007, *Confédération générale du travail y otros*, C-385/05, EU:C:2007:37, interpretación del art. 3.1 de la Directiva; 11 de febrero de 2010, *Ingeniørforeningen i Danmark*, C-405/08,

EU:C:2010:69, ejecución de la Directiva por convenio colectivo e interpretación de su art. 7; y la citada de la Gran Sala, 15 de enero de 2014, Association de médiation sociale, C-176/12, EU:C:2014:2, interpretación del art. 3.1 de la Directiva y negación de la condición de derecho fundamental del de información y consulta de los trabajadores en la empresa del art. 27 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y afirmación de su falta de eficacia directa y consiguiente inviable invocación en un litigio entre particulares, por si sólo o en conjunción con la Directiva 2002/14, pese a la oposición del Derecho francés de la Directiva.

2. [^] *La Directiva 2002/14 fue asimismo considerada para apoyar la interpretación del Tribunal de Justicia sobre los conceptos de empresa y de centro de trabajo de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, por las SSTJUE de 30 de abril de 2015, USDAW y Wilson, C-80/14, EU:C:2015:291, apdo. 69, y de 13 de mayo de 2015, Lyttle y otros, C-182/13, EU:C:2015: 317, apdo. 50.*

§ 62 Falsas cooperativas: un supuesto de fraude laboral con trascendencia penal.

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la jurisdicción social (TSJ de Galicia).

Resumen: *La sentencia comentada analiza, desde la perspectiva jurídico penal, un supuesto de una falsa cooperativa o cooperativa fraudulenta. Aprecia la existencia de dos delitos: de un lado, un delito contra los derechos de los trabajadores; de otro lado, un delito de estafa agravada con tres circunstancias al considerar el trabajo como bien de primera necesidad, al considerar la existencia de especial gravedad y al considerar la cuantía total de las cantidades defraudadas al colectivo de personas trabajadoras afectadas.*

Palabras clave: *Falsas cooperativas. Delito contra los derechos de los trabajadores. Delito de fraude. El trabajo como bien esencial para agravar la pena de la estafa.*

Abstract: *The commented sentence analyzes, from the criminal legal perspective, an assumption of a false cooperative or fraudulent cooperative. Appreciates the existence of two crimes: on the one hand, a crime against the rights of workers; on the other hand, a crime of aggravated fraud with three circumstances when considering work as a basic necessity, when considering the existence of special gravity and when considering the total amount of the amounts defrauded from the group of workers affected.*

Keywords: *False cooperatives. Crime against the rights of workers. Crime of fraud. Work as an essential good to aggravate the penalty of fraud.*

I. Introducción

Las falsas cooperativas no es un fenómeno nuevo, pero desde hace algunos años ha despertado la atención de instituciones internacionales, así como en el ámbito interno. La STS, Sala Penal, 543/2023, de 5 de julio, conoce de un supuesto extremo de explotación de las personas formalmente socios laborales en una cooperativa de trabajo asociado en el sector del transporte por carretera. La sentencia considera la existencia de un delito contra los derechos de las personas trabajadoras en concurso real con un delito de fraude con tres agravantes al considerar el trabajo como bien de primera necesidad, al considerar la existencia de especial gravedad y al considerar la cuantía total de las cantidades defraudadas al colectivo de personas trabajadoras afectadas. De particular interés es la consideración del trabajo como un bien de primera necesidad a los efectos de la agravación.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala 2ª de lo Penal.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 543/2023, 5 julio 2023.

Tipo y número recurso: Recurso de casación núm. 6109/2021.

ECLI:ES:TS:2023:3075

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Hechos declarados probados

El 20/04/2009 Lorenzo constituyó "Ibex Transportes Sociedad Cooperativa" movido por el ánimo de obtener beneficio patrimonial ilícito y de vulnerar las condiciones profesionales de los trabajadores, concretamente sus derechos sociales, al hacerles cotizar en el régimen de autónomos por ser más beneficioso para él y no en el régimen general.

La misma, si bien formalmente aparentaba ser una cooperativa de trabajo asociado, era una mera apariencia. Aunque consta que el capital social de la misma fue aportado por Lorenzo, junto con Celestina y Secundino, que desempeñaban las funciones de secretaria y vicepresidente respectivamente, el capital social fue aportado íntegramente por Lorenzo, correspondiendo las sumas que se consignaron como aportadas por Secundino y Celestina a cantidades que Lorenzo les adeudaba en concepto de finiquito debido por el trabajo que habían desempeñado la empresa "Ibex European Expres S.L.", empresa en la que estaban dados de alta como trabajadores por cuenta ajena y cuyo representante legal era Lorenzo.

En ningún momento ni Secundino, ni Celestina, quienes constaban como socios fundadores, ni Luis Manuel cuando sustituyó a Celestina como secretario de la cooperativa, participaron de las decisiones de la misma, sino que eran tomadas por Lorenzo exclusivamente, no convocando ni al Consejo Rector, ni a la Asamblea General de socios.

Desde aproximadamente abril de 2010 hasta diciembre de 2013 Lorenzo, a través de anuncios publicitarios en el periódico o en Internet, ofertaba trabajos, algunos de ellos para la mercantil "Interdecon S.L.", empresa de la que también era representante legal.

Contactó de esta forma con numerosas personas paradas en búsqueda de empleo, y tras esa primera toma de contacto, concertaba una entrevista en la que les aseguraba que podrían entrar a formar parte como socios en la cooperativa de trabajo asociado "Ibex Transportes Sociedad Cooperativa", requiriéndoles, en algunos casos, para realizar una aportación económica a la misma no necesitando en ese supuesto periodo de prueba, mientras que, en otros casos, accedían a efectuar un periodo de prueba tras el cual se les prometía que podían pasar a formar parte de la cooperativa como socios cooperativistas.

Lorenzo pactaba de forma verbal con los diferentes trabajadores un sueldo o anticipo de una cantidad que rondaba los 1.800 euros al mes, del que descontarían las cuotas de las Seguridad Social que serían a cargo de la empresa. Los trabajadores únicamente firmaban la solicitud de incorporación a la cooperativa y la solicitud de alta en el régimen de autónomos de la Seguridad Social, desconociendo muchos de ellos que no eran trabajadores por cuenta ajena. Todas estas condiciones eran aceptadas por los trabajadores debido a su situación de necesidad económica al estar en desempleo.

No obstante, al comenzar a desempeñar su trabajo, los trabajadores se encontraban con unas condiciones laborales que no se correspondían con las que habían pactado, ya que o bien percibían una remuneración inferior a la acordada o bien ninguna remuneración, y no siendo abonadas por la cooperativa las cuotas de la Seguridad Social, por lo que muchas veces las mismas tuvieron que ser posteriormente abonadas por los propios transportistas con el recargo correspondiente, al serles reclamadas por la Seguridad Social.

Además, al aparentar formar parte de una cooperativa, los transportistas no cotizaban en el régimen general de los trabajadores, ni les era de aplicación el Estatuto de los Trabajadores ni el convenio colectivo, lo que perjudicaba sus derechos laborales.

En ningún momento los socios de la cooperativa han participado en su actividad empresarial, y en los cuatro años desde su constitución ninguno de los socios superó el supuesto periodo de prueba. Nunca fueron devueltas las aportaciones dinerarias iniciales realizadas a los socios que las hicieron, resultándoles a muchos de los transportistas económicamente perjudicial el tiempo que pasaron en la cooperativa por tener que hacer frente a diversos gastos (combustible, alquiler de vehículos), y porque, al no estar cotizando debidamente en la Seguridad Social, se les produjo un daño en sus derechos sociales.

De este modo, Lorenzo ha utilizado fraudulentamente la fórmula de sociedad cooperativa para beneficiarse de sus ventajas imponiendo a los trabajadores afectados condiciones inferiores a las que tenían derecho como trabajadores por cuenta ajena.

2. Instrucción y enjuiciamiento

El Juzgado de Instrucción de Amurrio incoó Procedimiento Abreviado contra Lorenzo.

Concluida la instrucción, se remitió el procedimiento a la Audiencia Provincial de Álava que a 17/09/2021 dictó sentencia en la que se condena a Lorenzo como autor de un delito contra los derechos laborales del artículo 311.1º del CP en relación de concurso real con un delito de estafa de los artículos 248, 249, 250.1.1º, 4º y 5º, este último en relación con el artículo 74.2º del CP, y artículo 250.2 del CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas. Se absuelve a Secundino, Ceferino, Cosme, Estanislao, Celestina y Zulima de los delitos por los que habían sido acusados, con todos los pronunciamientos favorables.

3. Recurso de casación

Notificada la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava a las partes, la representación del condenado Lorenzo preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional y lo basó en los cinco motivos de casación siguientes:

Primero. Al amparo de los arts. 852 LECr. y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración de principio constitucional, en concreto, del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución.

Segundo. Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º LECr., por indebida aplicación del artículo 311.1º del CP, delito contra los derechos laborales.

Tercero. Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º LECr., por indebida aplicación de los artículos 248, 249, 250.1.1º, 4º y 5º, este último en relación con el artículo 74.2º del CP, y artículo 250.2 del CP, delito de estafa.

Cuarto. Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º LECr., por indebida aplicación del artículo o inaplicación del artículo 77.2, concurso medial de delitos, con aplicación de la redacción del C.P. anterior a la reforma de la LO 1/2015.

Quinto. Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º LECr., por la no aplicación de la atenuación de dilaciones indebidas del artículo 21.6 CP.

El interés doctrinal de la sentencia comentada desde una perspectiva iuslaboralista se centra en la respuesta dada en la sentencia a los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso de suplicación. Prescindiré, de aquí en adelante, de comentar las respuestas dadas al primer motivo (presunción de inocencia) y al quinto (atenuante de dilaciones indebidas).

IV. Posición de las partes

Lorenzo solicitó la estimación del recurso y consiguiente absolución.

El Ministerio Fiscal solicitó la inadmisión del recurso y subsidiaria desestimación.

La acusación particular Tesorería General de la Seguridad Social impugnó el recurso.

V. Normativa aplicable al caso

Código Penal: artículo 311 (delito contra los derechos de los trabajadores); artículos 248, 249, 250.1.1º, 4º y 5º, este en relación con artículo 74.2º, y artículo 250.2 (delito de estafa); artículo 77.2 (concurso de delitos); artículo 21.6 (atenuante dilaciones indebidas).

Ley de Enjuiciamiento Criminal: artículo 849 (casación por infracción de ley).

VI. Doctrina básica

La sentencia considera la existencia de un delito contra los derechos de las personas trabajadoras en concurso real con un delito de fraude con tres agravantes al considerar el trabajo como bien de primera necesidad, al considerar la existencia de especial gravedad y al considerar la cuantía total de las cantidades defraudadas al colectivo de personas trabajadoras afectadas. Se excluye aplicar el concurso de leyes y el concurso ideal / medial.

De particular interés doctrinal es la consideración del trabajo como un bien de primera necesidad a los efectos de la aplicación de la agravación del delito de estafa.

VII. Parte dispositiva

Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación del acusado contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Álava al que condenó por un delito contra los derechos laborales en concurso real con un delito de estafa. Condenamos al recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso.

VIII. Pasajes decisivos

1. Delito contra los derechos de las personas trabajadoras

“La cooperativa fue creada con la finalidad de obtener mano de obra barata, que no socios, y, además, mediante engaño, puesto que el recurrente hizo creer a muchos de los trabajadores que estaban firmando un contrato laboral y, en todos los casos, aprovechándose de la precaria situación económica en la que se encontraban todas las personas que contrataron con él. Todo ello, supuso privar a quienes realmente no eran socios del recurrente, sino trabajadores por cuenta ajena, de los derechos laborales que, como tales trabajadores, tienen reconocidos en el convenio colectivo aplicable y en el Estatuto de los Trabajadores, así como de sus derechos de seguridad social, puesto que no fueron dados de alta en el régimen que les correspondía, el General, sino en el Especial de Autónomos. Dicho régimen especial no es lesivo per se y, por supuesto, protege a un importante número ciudadanos. Lo que sí es lesivo, y es lo que castiga el Código Penal cuando concurren las circunstancias antes descritas, es privar al trabajador por cuenta ajena de su derecho a ser incluido en el régimen de

seguridad social que legalmente le corresponde y, por ende, de la acción protectora que el mismo le proporciona”.

“La cooperativa era una falacia al servicio del fraude para defraudar las expectativas de derechos laborales de los trabajadores y nunca ajustó su funcionamiento a lo previsto en dicha Ley, ya que ni tan siquiera puede apreciarse la existencia misma de esa agrupación de empresarios, sino que por el contrario, la relación que unía a las distintas personas que colaboraron con el recurrente reunía las características típicas de una relación laboral por cuenta ajena, en tanto que todas ellas prestaron su actividad bajo el poder de dirección de aquél, que hacía suyos los frutos obtenidos como consecuencia de tal actividad. Y todo ello con el incumplimiento de las condiciones laborales y de seguridad social que tenían derecho los trabajadores, ya que se ha demostrado que es lo que eran y no socios. La cooperativa, aunque existía formalmente, nunca ajustó su actuación a la normativa reguladora de esta figura societaria; que, en realidad, era una mera apariencia y que el recurrente la creó movido por el ánimo de obtener un beneficio patrimonial ilícito, por un lado, y, por otro -de ahí la tipicidad de los hechos que cuestiona luego el recurrente- de vulnerar las condiciones mínimas de vida profesional de los trabajadores”.

2. Delito de estafa con tres agravantes

Existencia de estafa (CP, arts. 248 y 249). “Por un lado, y como un «además», a estas infracciones laborales criminalizadas por concurrencia de la debida tipicidad ex art. 311.1 CP, existe un dolo con dos proyecciones delictivas distintas, en cuanto al engaño bastante dirigido hacia sus víctimas, que eran sus trabajadores, para la creación clandestina de un artificio por el recurrente; artificio bastante para determinar que los afectados, engañados, cedieran sus horas de trabajo, con el valor patrimonial que ello implicaba; lo que originó un beneficio para el acusado en perjuicio de los perjudicados, lo que integra la estafa por la que, también, es condenado. No hay un solo bien jurídico afectado, ni una sola acción, sino que se trata de un cúmulo de actuaciones que van por dos direcciones típicas, culpables, antijurídicas y punibles. Existe un engaño para la imposición de condiciones laborales y de seguridad social a los trabajadores vulneradoras absolutamente de sus derechos, y, también, existe un engaño bastante para, por medio de falsas creencias, o apariencias de contratación real trasladar a los trabajadores que realizaban una actividad laboral en el marco de ajenidad causándoles un perjuicio evidente, tanto en la dedicación laboral que desempeñaban como en el perjuicio patrimonial constatado al que se refiere la sentencia”.

Por otro lado, “no se trató solo de una imposición de condiciones laborales y de seguridad social restrictivas de sus derechos laborales y de seguridad social, sino de una provocación de un desplazamiento patrimonial de los trabajadores llevado a cabo con engaño bastante, error en el sujeto pasivo, ánimo evidente de lucro claramente constatado y con nexo causal entre el engaño y el perjuicio que cita con acierto el tribunal. Recuerda a estos efectos el tribunal que: «dimos por probada la existencia de otro grupo de perjudicados, que no sólo firmaron la solicitud de entrada en la cooperativa siendo engañados por ese ardid usado por el Sr. Lorenzo, sino que además, efectuaron una serie de desplazamientos patrimoniales añadidos, pensando que tales aportaciones les serían devueltas como les prometió el acusado, no volviendo a ver el dinero entregado»”.

Agravante de que la estafa recaiga sobre bienes de primera necesidad (CP, art. 250.1.1º): “El trabajo debe tener la consideración de un bien de primera necesidad ... sin tener que efectuar una interpretación analógica extensiva, si se considera ... que el trabajo en un mercado y situación económica de paro endémico y estructural, puede y debe ser considerado como un bien de primera necesidad al igual que la vivienda, que en la mayoría de los casos, está condicionada a que se pueda disponer de un puesto de trabajo más o menos rentable. Esas expectativas serían suficientes para mover la voluntad de determinadas personas. En definitiva, pues, debe poder integrarse el trabajo y todas las estafas que tengan como objetivo el trabajo, tales como ofertas de empleo que den lugar a estafas en el subtipo agravado del art. 250.1.1º CP. No hay

que olvidar que resulta totalmente admisible que hoy en día el «trabajo» es un «bien de primera necesidad», pero más aún teniendo en cuenta si las actividades de estafa se llevan a cabo en «épocas de crisis» donde la necesidad de trabajar es mayor aún todavía, que es lo que sucede en el presente caso, sucediéndose los hechos en el periodo comprendido desde aproximadamente el mes de abril del año 2010 en adelante, momento de crisis económica. Pero en cualquier caso, en el momento temporal que sea, poner el trabajo como vía de atractivo para un determinado fin y utilizarlo como objetivo del estafado para llevar al fin personal de enriquecimiento ilícito del autor de la estafa lleva consigo necesariamente la agravación a la que se refiere el art. 250.1.1º CP, como acertadamente reconoce el tribunal de instancia. Por ello, cuando se habla de «cosas de primera necesidad» dentro del subtipo agravado del art. 250.1.1º CP tiene que hacerse con un espíritu amplio de proyección en cuanto a elementos de la vida de necesidad imperiosa que puede tener una persona y con carácter insustituible como puede ser el trabajo obviamente ... De esta manera, el aprovechamiento de la búsqueda de empleo por parte de una persona respecto de otra u otras, concurriendo los requisitos de la estafa, supone una agravación de la responsabilidad por el mayor reproche penal que se enraza en las circunstancias del problema de empleo que tienen muchos ciudadanos, y cuyo aprovechamiento por los autores de una estafa relacionada con este concepto implica una mayor perversidad basada en lo que constituye un bien de primera necesidad como es el empleo ... No puede tener el mismo reproche penal cuando el engaño bastante se proyecta sobre unas conductas con un objeto que respecto de otros que han sido recogidos por el legislador en el art. 250.1 CP como subtipos agravados para cualificar más la respuesta del derecho penal al sujeto autor del delito”.

Agravante de que la estafa revista especial gravedad (CP, art. 250.1.4º): “Resulta indudable que la conducta desplegada por el recurrente ponía a los trabajadores en una complicada situación, teniendo algunos, incluso, que realizar aportaciones económicas para admitir lo que consideraban un trabajo que más tarde se demostró no ser tal. El recurrente actuaba con el dolo eventual de saber que en esas condiciones las situaciones de afectación a la agravante del nº 4 del art. 250.1 CP eran más que evidentes y que en el devenir de los acontecimientos existía (una) alta (posibilidad) de que ello ocurriera, ya que concurrían tanto la situación de crisis, la corolaria necesidad de los perjudicados de trabajar, arriesgando lo que estuviera en sus manos, incluso poniendo dinero para conseguir lo que ellos pensaban que era un trabajo. La existencia del dolo necesario para la aplicación de la agravación en el caso concreto expuesto por el tribunal resulta evidente y aceptable”.

Agravante de que el valor de la defraudación supere los 50.000 euros (CP, art. 250.1.5º, esta agravante en relación con art. 74.2º): “Visto el extenso relato de hechos probados y la conducta desplegada a cabo en cuanto a aportaciones realizadas y sumas dejadas de abonar, si bien no existe un fraude concreto por encima de los 50.000 euros, sí que sumadas las cantidades se permite llegar a esta cantidad, aunque con el límite que ya señala el tribunal en el ámbito penológico en cuanto a la continuidad delictiva”.

3. Concurso real (no de leyes ni ideal / medial)

“La solución dada por el tribunal es correcta al apelar a la vía del concurso real, y no al de normas o ideal o medial, por afectar las conductas a dos bienes jurídicos y dada la pluralidad de las mismas que no pueden llevar consigo una absorción en un solo tipo penal, o considerar que se trata de un solo hecho, cuando son plurales y con diversidad en su proyección de perjuicio y afectación personal y económica a muchos trabajadores que declararon en el juicio oral y quedan reflejados en el extenso relato de hechos probados que reflejan la gravedad de lo ocurrido y la situación de imperiosa necesidad que tenían de trabajo los trabajadores y que fue el «anclaje» que utiliza el recurrente para llevar a cabo y ejecutar su ideación criminal en las dos direcciones que atraen el concurso real y no el de normas ni el ideal o medial que propone el recurrente”.

IX. Comentario

La problemática de las falsas cooperativas, seudocooperativas o cooperativas fraudulentas no es nueva. La Recomendación 193 de la OIT sobre la promoción de las cooperativas (2002) encomienda a las políticas nacionales “velar por que no se puedan crear o utilizar cooperativas para evadir la legislación del trabajo ni ello sirva para establecer relaciones de trabajo encubiertas, y luchar contra las seudo-cooperativas, que violan los derechos de los trabajadores, velando por que la legislación del trabajo se aplique en todas las empresas” (apartado 8.1.b). La actualización del memorando entre la OIT y la Alianza Cooperativa Internacional, acordada entre el Director general de la OIT y el Presidente de la ACI el 9 de mayo de 2018 en la sede de la OIT de Ginebra, preveía un plan de acción orientado a actividades concretas para “combatir falsas cooperativas, en asociación con gobiernos y sindicatos”. Lo que se inscribe en el marco del fomento del cooperativismo que encuentra especial mención en la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo (2019), donde se insta a la OIT a orientar sus esfuerzos a “apoyar el papel del sector privado como fuente principal de crecimiento económico y creación de empleo promoviendo un entorno favorable a la iniciativa empresarial y las empresas sostenibles, en particular ... las cooperativas y la economía social y solidaria, a fin de generar trabajo decente, empleo productivo y mejores niveles de vida para todos” (apartado II.A.ix).

Tampoco en España es nuevo el fenómeno de las falsas cooperativas. Pero sí que ha adquirido un papel protagonista en los últimos años a consecuencia de la reivindicación sindical que ha actuado en colaboración con las instancias oficiales (Inspección de Trabajo y Tesorería General de la Seguridad Social, que en el caso de la sentencia comentada ha actuado como acusación particular). Los medios también se han interesado en el tema (y buena prueba de ello es el interés mediático despertado por la sentencia objeto de nuestro comentario, como se puede fácilmente comprobar con un simple guleo en Internet).

Hay tres sectores en los cuales se ha centrado la problemática judicial en España (aunque los términos de este comentario no permiten un análisis detallado de sentencias): las cooperativas de facturación, las cooperativas cárnicas y las cooperativas de transporte (entre estas últimas está la cooperativa fraudulenta enjuiciada en la sentencia comentada).

Para fortalecer la lucha contra las falsas cooperativas, algunas Comunidades autónomas han afrontado cambios en su legislación cooperativista: es el caso de Cataluña (Ley 5/2017, de 28 de marzo, e medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público, que reformó el artículo 132 de la Ley 12/2015, de 9 de julio, de cooperativas) y de Extremadura (Ley 9/2018, de 30 de octubre, de sociedades cooperativas, artículo 149), ambas modificaciones en la línea de exigir el cumplimiento de las condiciones de trabajo aplicables al personal por cuenta ajena de la empresa cliente y la protección social propia del Régimen General de la Seguridad Social a aquellas cooperativas de trabajo asociado con más de 25 personas trabajadoras cuyo objeto sea la realización de servicios para terceras empresas en régimen de subcontratación, o que realicen una actividad económica para un cliente con una dependencia del 75% de la facturación anual de la cooperativa.

También el Estado quiere fortalecer los mecanismos de lucha contra el fraude cooperativo. Al efecto, en el Anteproyecto de Ley Integral de Impulso de la Economía Social (presentado el 11/04/2023 en Consejo de Ministros) se prevé la modificación de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas, con la finalidad, entre otras, de posibilitar la descalificación de la sociedad cooperativa “cuando la prestación del trabajo de las personas socias trabajadoras o socias de trabajo no se desarrolle de acuerdo con su estatuto jurídico, con participación efectiva en la gestión democrática y en el ámbito de organización y dirección de la cooperativa, así como cuando se encubra bajo la forma cooperativa finalidades propias de otras clases de sociedades o cuando se advierta la dependencia de otras entidades o personas”. Se trataría, en suma, de levantar el velo de la cooperativa. Con todo, en el Dictamen del Consejo de

Estado sobre el Anteproyecto (Dictamen 9/2023, de 3 de mayo) se manifiestan “dudas” sobre si las medidas son “adecuadas o suficientes”.

X. Apunte final

El combate contra las falsas cooperativas, seudocooperativas o cooperativas fraudulentas, que siempre ha existido, está recrudeciéndose a nivel internacional e interno pues solamente con adecuadas medidas de profilaxis frente a los supuestos desviados tendrá éxito la promoción del cooperativismo dentro de las políticas sobre trabajo decente.

La actuación coordinada de las personas afectadas, los sindicatos y las instancias oficiales está dando lugar a pleitos en la jurisdicción social (reclamando la existencia de cesión ilegal de trabajadores cuando una falsa cooperativa pone los formalmente socios trabajadores a disposición de empresas clientes) y en la contencioso-administrativa (cuestionando la calificación de las cooperativas como tales sociedades cooperativas).

También en el orden penal se está dando lugar a pleitos, obviamente reservados a los supuestos más infames. En este sentido, la STS, Sala Penal, 543/2023, de 5 de julio, conoce de un supuesto extremo de explotación de las personas formalmente socios laborales en una cooperativa de trabajo asociado en el sector del transporte por carretera, y anuda a ese supuesto extremo una acertada aplicación, en concurso real, de los delitos contra los derechos de las personas trabajadoras y de fraude agravado por ser el trabajo un bien de primera necesidad, por la gravedad de la conducta y por la cuantía defraudada.

Junto a estas estrategias judiciales, los Poderes legislativos autonómicos y estatal están afrontando el fortalecimiento de los mecanismos de lucha contra el fraude cooperativista, aunque de momento en el ámbito estatal la cuestión todavía está pendiente.

§ 63 ¿Puede exigirse una inscripción trimestral en desempleo para acceder a empleos públicos temporales?

Antonio V. Sempere Navarro

Director de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Universidad (s.e.)

Resumen: *Se discute la validez del requisito consistente en estar inscrito como demandante de empleo, al menos durante tres meses, para acceder a determinados empleos temporales en el sector público. La sentencia comentada reafirma la aplicación de los principios constitucionales (igualdad, mérito, capacidad) en el ámbito del empleo laboral de tipo temporal. Respecto de la necesidad de estar al menos tres meses inscrito como demandante de empleo, entiende que se trata de una exigencia compatible con todo lo anterior, máxime cuando ya la incorpora el vigente Convenio Colectivo.*

Palabras clave: *Empleos temporales en sector público. Principios constitucionales. Situación de desempleo y acceso a convocatorias públicas. Igualdad, mérito y capacidad.*

Abstract: *The validity of the requirement consisting of being registered as a job seeker for at least three months to access certain temporary jobs in the public sector is discussed. The commented ruling reaffirms the application of constitutional principles (equality, merit, capacity) in the field of temporary employment. Regarding the need to be registered as a job seeker for at least three months, he understands that this is a requirement that is compatible with all of the above, especially when it is already included in the current Collective Agreement.*

Keywords: *Temporary jobs in the public sector. Constitutional principles. Unemployment situation and access to public calls. Equality, merit and ability.*

I. Introducción

La selección de los empleados públicos ha de hacerse en virtud de criterios objetivos, pues todos los ciudadanos son iguales ante la ley y su aplicación, de manera que la Administración no puede expresar preferencias discriminatorias o fundadas en razones subjetivas de unos sobre otros. Dichos criterios objetivos deben basarse en el mérito y la capacidad, puesto que la Administración está obligada a gestionar los intereses públicos con eficacia. El fundamento constitucional de tales presupuestos, desarrollados en el art. 55.2 EBEP para funcionarios y laborales, se encuentra en dos preceptos clave: por una parte, el art. 23.2 CE, que reconoce el derecho de los ciudadanos a “acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes” y, por otra, el art. 103.3 CE, que se refiere a los criterios de mérito y capacidad para el acceso a la función pública.

Aunque deben aplicarse *procedimientos especialmente ágiles*, la selección de personal laboral temporal deberá respetar también los “*principios rectores*” del art. 55 del EBEP, de manera que su reclutamiento sin procedimiento previo de selección, publicitado y transparente, y sin un órgano de selección adecuado, imparcial y profesional no será conforme a Derecho^[1].

Las dudas han empezado a surgir cuando la Administración confía a los Servicios Públicos de Empleo la selección de personal (aunque de carácter temporal), cuando asigna a la antigüedad en la inscripción ante tales Servicios una puntuación dirimente en caso de empate o, cual ahora sucede, cuando la convocatoria exige como requisito que las personas concursantes lleven al menos tres meses inscritas como demandantes de empleo.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sección Cuarta de la Sala Tercera (De lo Contencioso-Administrativo) del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 958/2023 de 12 julio.

Tipo y número de recurso: Recurso de casación núm. 7815/2020.

ECLI:ES:TS:2023:3232

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión suscitada es puramente jurídica, de modo que apenas resulta necesario atender a las concretas circunstancias fácticas del caso.

1. Convocatoria pública de empleo temporal

Mediante Resolución de 18 de diciembre de 2018 la Subsecretaría de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social convocó proceso selectivo para la cobertura de determinadas plazas de personal laboral temporal^[2], encomendando la preselección a los Servicios Públicos de Empleo, y su listado provisional.

Como se trataba de atender una necesidad no permanente, la Administración la acometió mediante empleados públicos sujetos a contrato laboral eventual para así cubrir -en este caso- las 9 plazas que precisaría. Para ello, optó por el sistema selectivo del art. 36.2 del III Convenio Colectivo y encomendó a los Servicios de Empleo Público que hicieran una preselección entre demandantes de empleo inscritos en las oficinas de empleo, en concreto cinco candidatos por plaza, que reuniesen los requisitos generales de titulación, nacionalidad y edad más el requisito litigioso. Hecha tal preselección, los aspirantes pasaban ya al proceso selectivo.

La convocatoria tenía por objeto la cobertura de plazas de personal laboral temporal mediante contrato eventual de obra o servicio por circunstancias de producción, en concreto para la gestión del Proyecto de Ayuda de Emergencia, y con una duración de seis meses. Si no hubiera candidatos se podrá reducir el tiempo de desempleo exigido así como acudir a quienes desean una mejora de empleo.

Una ciudadana y la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (CCOO) impugnaron esa convocatoria. Le reprochaban que impedía concursar a quienes habían finalizado su prestación de servicios (poco antes) en la Secretaría de Estado de Migraciones.

2. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

Mediante su sentencia 233/2020, de 1 de julio, la Sección Tercera de la Sala de lo contencioso administrativo del TSJ de Madrid desestima el recurso. Son dos las razones de ello, de índole bien diversa por lo demás.

En primer término, por la ausencia de interés de la impugnante, al no haber acreditado su intención de participar en la convocatoria^[3]. Este potísimo argumento, equivalente a la ausencia de gravamen (de legitimación ad causam) es suficiente para descartar el éxito de la demanda. Sin embargo, al Tribunal de instancia no se detiene en él sino que razona detalladamente respecto del fondo del asunto^[4].

En segundo lugar recuerda varias líneas discursivas asumidas por anteriores sentencias propias: 1ª) Los artículos 23.2 y 103.3 CE no resultan aplicables pues la convocatoria no es para el acceso como funcionario ni como personal laboral fijo, sino para personal laboral temporal para gestionar un determinado proyecto. 2ª) El requisito cuestionado es conforme a Derecho; parece razonable fomentar el acceso a las plazas a personas desempleadas, priorizadas así respecto de quienes no lo están o lo están por un corto periodo de tiempo.

3. Auto de la Sala de Admisiones

Disconforme con esa solución, la trabajadora interpone el recurso de casación ahora resuelto. Mediante Auto de 24 de noviembre de 2022 la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo admite a trámite el recurso y precisa las cuestiones que poseen interés casacional:

1ª) Si los principios constitucionales de acceso al empleo público de publicidad, igualdad, mérito y capacidad resultan aplicables a la selección de personal laboral temporal.

2ª) Presuponiendo respuesta afirmativa, si el establecimiento del requisito consistente en estar desempleado, y haberlo estado, al menos, durante tres meses inmediatamente anteriores a la solicitud de la preselección por parte del centro gestor a los Servicios Públicos de Empleo, resulta conforme a los indicados principios y al art. 56.3 EBEP.

IV. Posición de las partes

1. La trabajadora recurrente

La demandante considera que no es lícito exigir la permanencia en desempleo durante tres meses como requisito para acceder a un empleo público (funcionario o no, temporal o no). Sostiene que la convocatoria que impugna no respetó los principios de publicidad y de igualdad, al establecer un requisito injustificado para el acceso al empleo.

Sostiene lo siguiente: 1º) Que el requisito cuestionado no aparece en el listado del art. 56.1 EBEP como uno de los exigibles para acceso al empleo público. 2º) Que resulta inaplicable el art. 56.3 EBEP. 3º) Que la inscripción trimensual como demandante de empleo tampoco implica especiales dificultades de inserción laboral, careciendo de justificación una supuesta discriminación positiva^[5].

Lo que acaba sucediendo, continúa, es que se impide el encadenamiento de contrataciones temporales y se limita injustificadamente el acceso a las ofertas de empleo. Hay, por tanto, un trato discriminatorio por razón de un requisito sin justificación objetiva, suficiente y razonable de manera que la convocatoria trata situaciones de hecho iguales -candidatos con iguales dificultades de inserción laboral- de manera desigual. Además, esto se hace sin una habilitación legal expresa y desconociendo la virtualidad de los principios que presiden el acceso al empleo público.

Como corolario interesa que se le abone una cantidad equivalente a los salarios que hubiera podido percibir de haber obtenido la plaza convocada.

2. La Administración convocante

La Abogacía del Estado, en la representación que ostenta, descarta que la exigencia incluida en la convocatoria vulnere precepto constitucional alguno (arts. 14, 23.2 y 103), pues se trata de supuesto subsumible en el art. 53.3 EBEP. Además, recalca el carácter temporal de las plazas convocadas, de forma que el requisito controvertido responde a la finalidad legítima de fomentar el empleo mediante esta contratación temporal.

Y la diferencia de trato se basa en un criterio jurídicamente relevante relacionado con el sentido de las plazas convocadas, por lo que es ajustada a los principios constitucionales de referencia.

V. Normativa aplicable al caso

1. Preceptos constitucionales

El art. 14 CE prescribe que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

El art. 23.3 CE dispone que los ciudadanos “tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

El artículo 103.3 CE establece que la ley regulará “el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad”.

2. Estatuto Básico del Empleado Público

El Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) Dedicar el Capítulo I de su Libro IV la “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio”. Comienza con el artículo 55 (“Principios rectores”) cuyo tenor es el siguiente:

1. Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico.

2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación:

a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases.

b) Transparencia.

c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.

d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.

e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.

f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

Asimismo, el artículo 56 EBEP (“Requisitos generales”) prescribe que para poder participar en los procesos selectivos será necesario reunir diversos requisitos (edad nacionalidad, titulación, ausencia de impedimento legal) y añade en su apartado 3 lo siguiente:

Podrá exigirse el cumplimiento de otros requisitos específicos que guarden relación objetiva y proporcionada con las funciones asumidas y las tareas a desempeñar. En todo caso, habrán de establecerse de manera abstracta y general.

Por otro lado, desde mitad de 2021 (primero por RDL 14/2021; luego por Ley 20/2021) el artículo 11 ("Personal laboral") cuenta con un apartado 3 que particulariza los principios generales de acceso al empleo y reza así:

Los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad. En el caso del personal laboral temporal se regirá igualmente por el principio de celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia

3. Convenio Colectivo

El IV Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado (BOE 17 mayo 2019) dedica su artículo 33 a la Selección de personal temporal y dispone lo siguiente en su primea parte:

1. Las necesidades no permanentes de personal se atenderán mediante la contratación de personal temporal a través de la modalidad más adecuada para la duración y el carácter de las tareas a desempeñar. En el supuesto de los contratos celebrados por circunstancias de la producción, la duración máxima de los mismos podrá ser de hasta 6 meses en un plazo máximo de 12, de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre.

2. Los sistemas selectivos para el personal temporal habrán de graduarse en su utilización en función de la duración del contrato.

Así, se recurrirá a los Servicios Públicos de Empleo para las contrataciones previsibles por su carácter estacional y siempre que las características de las tareas a desempeñar así lo aconsejen. Corresponderá a los Servicios Públicos de Empleo, a través de su responsable provincial, la preselección de personas candidatas de entre aquellas demandantes de empleo registradas en la provincia, o en ámbito superior siempre que sea conveniente, de acuerdo con los perfiles definidos por el órgano convocante, entre los que se incluirán los requisitos de titulación y/o conocimientos definidos en el Capítulo relativo a la clasificación. La preselección deberá ajustarse a los requisitos de la solicitud e incorporar cinco candidatos por puesto. Si hubiera más demandantes de empleo que cumplieran los requisitos, los Servicios Públicos de Empleo seleccionarán atendiendo al criterio de antigüedad en la demanda.

Además, quienes concurren deberán reunir los siguientes requisitos:

a) Estar en situación de desempleo y haberlo estado, al menos, durante los tres meses inmediatamente anteriores a la solicitud de la preselección por parte del Centro Gestor a los Servicios Públicos de Empleo.

b) En caso de no existir suficientes personas candidatas que cumplan el requisito anteriormente reseñado, se podrá reducir progresivamente el periodo exigido de permanencia en los Servicios Públicos de Empleo.

c) En caso de persistir la falta de suficientes personas candidatas, se podrá seleccionar a demandantes en los Servicios Públicos de Empleo en situación de mejora de empleo.

El órgano de selección realizará la selección final, que culminará con la propuesta de contratación al órgano convocante. En ningún caso el número de contratos que se formalicen podrá exceder el número de plazas convocadas.

VI. Doctrina básica.

1. Los principios de acceso al empleo público

El primer núcleo argumental de la sentencia comentada contradice lo afirmado por el TSJ. Para la Sala Tercera del Tribunal Supremo no cabe duda de que los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad para el acceso al empleo público son aplicables a la selección de personal laboral temporal. Se trata de personas que van a prestar servicios para la Administración.

Como estas personas participan del ejercicio de funciones públicas (aunque sea de forma limitada) la propia Constitución así lo exige: puesto que la Administración debe servir con objetividad a los intereses generales (art. 103.1 CE) sus empleados deben ser seleccionados según esos principios (art. 103.3 en conexión con art. 23.2 CE).

En concordancia con ello puede verse los artículos 11.3 y 55.2 EBEP, más arriba reproducidos.

2. Tipología de requisitos de acceso al empleo público

Para decidir sobre la validez del requisito cuestionado (permanencia de tres meses como demandante de empleo) desde la perspectiva de acceso a un empleo (por ser público) presidido por los principios recordados (publicidad, igualdad, mérito, capacidad) resulta necesario diferenciar dos tipos de requisitos:

- Requisitos de concurrencia al proceso selectivo: están sujetos a los principios de publicidad, lo que contribuye a satisfacer el de igualdad. Dado su carácter condicionante debe ser conocido por todos los potenciales aspirantes y exigido por igual a todos, salvo que concurren razones objetivas que justifiquen un trato diferente.
- Requisitos de valoración: su validez depende de que sean coherentes con los principios de mérito y capacidad, lo que lleva a tener que relacionarlos con esos conceptos y enjuiciar si cabe su integración en ellos atendiendo al cometido que se va a desarrollar.

Aquí se debate sobre el carácter discriminatorio del requisito de antigüedad en el desempleo. Se trata de un requisito de concurrencia y de carácter específico, no un mérito evaluable o baremable conforme a los anexos.

La exigencia del tiempo como desempleado, al cabo, valdrá si se considera que este requisito específico es congruente, no ya con el contenido funcional de la actividad desempeñada, sino con el tipo de relación de servicios de que se trate.

3. Razones de la validación

Son tres los argumentos que abocan a la solución acogida por la Sala Tercera, validando la previsión de las Bases: se trata de contrataciones para breve tiempo; es presumible una mayor necesidad en quienes permanecen como demandantes de empleo que en el resto; el requisito no es del todo impeditivo puesto que cabe la repesca en caso de insuficiencia de candidatos.

VII. Parte dispositiva

Tras haber expuesto los argumentos indicados, la sentencia concluye desestimando el recurso de casación interpuesto por la trabajadora.

Como la sentencia impugnada rechaza aplicar a la contratación laboral temporal los principios antes expuestos, habría que casarla. Pero sucede que, como se ha visto, esa resolución acaba estudiando la eventual vulneración de los principios (en especial el de igualdad), lo que implica admitir, implícitamente, su virtualidad.

Por ello, el Tribunal Supremo confirma la sentencia impugnada y considera válido el requisito litigioso, acorde con el principio de igualdad y, además, incorporado al IV Convenio Colectivo (artículo 33.2).

En cuanto a las costas procesales no se hace imposición, habida cuenta de las dudas de Derecho existentes, y a la vista de los artículos 93 y 139 LJCA^[6].

VIII. Pasajes decisivos

El final del Fundamento de Derecho Sexto contiene la respuesta a las cuestiones de interés casacional. Sostiene que el requisito litigioso limita los concurrentes a quienes estén en situación de desempleo al menos tres meses inmediatamente anteriores a la solicitud que la Administración contratante dirige a los Servicios de Empleo Público para que hagan la preselección. Tal limitación será admisible si obedece a una razón justificada, atendible y supera tal exigencia por las siguientes razones:

1º Se trata de una convocatoria para seleccionar a quienes vayan a ser contratados por un tiempo limitado y para un cometido concreto, no se trata de acceder a la condición de funcionario público de carrera ni a la de contratado laboral fijo.

2º Siendo tan limitado su objeto, las exigencias de tiempo y cometido justifican que la Administración ciña el abanico de aspirantes a quienes lleven más tiempo desempleados por presumirse en ellos una mayor necesidad de trabajar, al menos durante ese tiempo limitado, frente a los que llevan poco tiempo en esa situación.

3º Aun así, estos no quedan excluidos de raíz, pues pueden de ser preseleccionados en caso de insuficiencia de candidatos que cumplan el requisito general cuestionado y, en último término, puede acudir a los que estén en situación de mejora de empleo.

IX. Comentario

1. Concordancia con la STS-CONT 661/2023, de 23 de mayo

Poco antes de dictarse la sentencia comentada, esta otra entendió que nada impide que el Servicio Autonómico de Empleo, dentro de sus competencias de colocación, pueda llevar a cabo no sólo tareas de intermediación sino también de selección de posibles candidatos cuando se trate de cubrir vacantes en el sector público. Más en concreto, la STS-CONT 661/2023 valida la legitimidad de un criterio de desempate entre los candidatos más meritorios que atienda a la prioridad temporal en la presentación de sus candidaturas en el Servicio Público de Empleo, dado que la valoración primigenia de las solicitudes se ha realizado conforme a criterios objetivos.

En ambos casos, si bien se mira, la Administración empleadora concede valor a la relación que traba cada persona (potenciales candidatas a las plazas convocadas) con el Servicio Público de Empleo.

2. El radio aplicativo de los principios axiales en el acceso al empleo público

La STSJ recurrida en este caso había llegado a la conclusión de que en empleos públicos de tipo laboral no operan los principios constitucionales de acceso a la función pública. Se trata de doctrina contradicha expresamente por la Sala Tercera del Supremo.

Huelga recordar que la jurisprudencia laboral viene defendiendo inveteradamente la validez de esos principios. Más bien, la polémica se ha centrado en la extensión de estos principios a las sociedades mercantiles públicas. En la actualidad existe una vigorosa jurisprudencia^[7] cuyos postulados básicos son los siguientes:

- En las entidades del sector público el acceso se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad, de conformidad con lo dispuesto en la DA 1ª

en relación con el art. 55.1 del EBEP. La mentada DA amplía la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad a las "entidades del sector público estatal". Estos principios se aplican a entidades que no están mencionadas en el art. 2 del EBEP. El concepto jurídico "entidad del sector público estatal" incluye entidades privadas que, de conformidad con el art. 2 del EBEP, integran el sector público institucional.

- Es cierto que el art. 103 de la Constitución hace referencia al "acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad". Pero el hecho de que la Carta Magna solamente vincule el mérito y la capacidad con el acceso a la función pública no impide que normas con rango legal también puedan exigir el respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a empleo público distinto de la función pública, como ha hecho la disposición adicional 1ª en relación con el art. 55.1 del EBEP, ampliando el ámbito de aplicación de dichos principios a fin de evitar que la contratación temporal irregular permita el acceso a la condición de trabajador fijo de estas empresas del sector público.

3. *Los colectivos vulnerables*

Uno de los argumentos para legitimar la previsión litigiosa resalta que se trata de proteger a un colectivo necesitado de tutela, al menos en grado mayor que quienes no han cumplido todavía esos tres meses demandando empleo. Unas u otras acciones positivas son admisibles siempre que posean justificación objetiva y razonable. Lo que sucede es que el colectivo priorizado (quienes llevan esos tres meses o más como demandantes de empleo) no suele identificarse como prioritario.

El RDL 1/2023 de 10 enero reordenó los incentivos a la contratación y estableció como principios inspiradores, entre otros, los de impulso prioritario de la contratación y el mantenimiento del empleo estable y de calidad de las personas y colectivos considerados vulnerables o de baja empleabilidad; y de garantía del principio de igualdad y no discriminación en la regulación y aplicación de las medidas de fomento del empleo y la contratación.

El artículo 50 de la Ley 3/2023, de Empleo, relaciona los colectivos vulnerables de atención prioritaria y menciona a las personas en desempleo de larga duración, pero no a cualesquiera de las que se hallan en esa situación. Lo mismo hizo el RD 1369/2006 al regular la Renta Activa de Inserción. En similares términos el RDL 16/2014, al establecer un programa extraordinario y temporal de activación para el empleo que incluye políticas activas y ayudas de hasta el 80 por 100 del IPREM durante un máximo de seis meses a favor de desempleados de larga duración, financiadas por el SPEE^[8].

4. *Indirecta validación del convenio colectivo*

La sentencia comentada, aunque no hace especial mención de ello, viene a validar la previsión del Convenio Colectivo aplicable al caso, puesto que la Administración empleadora se ha limitado a actuar de conformidad a lo previsto en él.

La impugnación (total o parcial) de un convenio colectivo constituye una singular clase de proceso que debe seguirse ante el orden social de la jurisdicción y que combina la satisfacción de intereses particulares con la depuración del ordenamiento jurídico. En ese ámbito valen las siguientes pautas^[9]:

- A través de la impugnación del convenio colectivo solo cabe interesar su declaración de ilegalidad (total, parcial) o lesividad. No es posible interesar que se asuma o descarte determinada interpretación.
- El fallo de la sentencia ha de ser congruente con lo solicitado, concediendo, denegando o accediendo parcialmente a lo pedido.

- Para descartar la ilegalidad solicitada cabe evidenciar que una o varias interpretaciones así lo exigen, pero sin que ese razonamiento o condicionante acceda al fallo.
- La interpretación de los preceptos, mostrando su ajuste a Derecho y descartando su ilegalidad, vincula con los efectos propios de la cosa juzgada e impide ulteriores declaraciones de ilegalidad o inaplicaciones del convenio pero no otros entendimientos.
- Conflictos (individuales o colectivos) posteriores pueden versar sobre el significado o modo de aplicar el convenio en los extremos no declarados ilegales.

5. Competencia jurisdiccional

Se está cuestionando en la sentencia comentada una convocatoria de finales de 2018. Conforme al criterio de la Sala Cuarta del Supremo^[10] y al de la Sala de Conflictos de competencia^[11] el orden social es el competente para conocer de una cuestión como la ahora planteada desde que entró en vigor el

artículo 2 n) LRJS. El precepto atribuye a esta jurisdicción el conocimiento de las "demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional".

Así las cosas, la LPGE para 2022 introdujo un nuevo apartado en la LRJS conforme al cual "*Los actos administrativos dictados en las fases preparatorias, previas a la contratación de personal laboral para el ingreso por acceso libre, que deberán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo*". A su vez, la STC 145/2022 declaró la nulidad de esa innovación, habida cuenta del cauce a cuyo través se había introducido.

De ese modo, tanto al publicarse la convocatoria conteniendo el requisito cuestionado como al pronunciarse sobre el mismo la sentencia de TSJ o al hacerlo ahora el Tribunal Supremo la situación competencial es la misma.

X. Apunte final

No es necesario comentario especial alguno para evidenciar la necesidad de seguir perfilando las competencias en materia de empleo público. El control del convenio colectivo (aplicado en sus propios términos por la Administración convocante) y los actos preparatorios de la contratación laboral en el empleo público aparecen atribuidos al orden social de la jurisdicción. Sin embargo, supuestos como el aquí glosado son frecuentemente conocidos por la jurisdicción contenciosa.

Por otro lado, la referencia a los tres meses de permanencia en situación de desempleo no concuerda con las usuales referencias normativas al desempleo de larga duración. En el fondo del litigio late también el interrogante de si acaso el empleo público debe optar por un reparto del trabajo, de modo que el acceso al mismo no esté solo supeditado a los principios constitucionales de los artículos 23 y 103 CE sino que también tome en cuenta el acceso al trabajo (art. 35.1) y la promoción del empleo (art. 40.1).

Referencias:

1. ^ *Estos dos párrafos reproduce el final al Comentario de la STS-CONT 661/2023, de 23 de mayo, incluido en estas mismas páginas (a cargo de Susana Rodríguez Escanciano).*
2. ^ *En concreto, de la categoría de Titulado Superior de Actividades Específicas, grupo profesional 1, área funcional 3, sujeto al III Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Administración General del Estado en la Dirección General de Integración y Atención Humanitaria,*
3. ^ *“En la Oficina de Empleo... encargada de la preselección de la recurrente, no consta, ni esta lo acredita, que hubiese mostrado su interés en participar y así lo hubiese cristalizado mediante una comunicación válida, y en consecuencia tuviese el potencial derecho a ser incluida en el listado provisional”.*
4. ^ *Por tanto, en buena lógica procesal, la cuestión de interés casacional es ajena a la razón por la que la sentencia desestimó la demanda. Sin embargo, la STS-CONT comentada afronta el tema de fondo por así exigirlo El criterio fijado por el Pleno no jurisdiccional de la Sala de 3 de noviembre de 2021.*
5. ^ *Recuerda que estar desempleado durante tres meses o más, no cuenta con una especial protección dentro del ordenamiento, a diferencia de otros grupos (jóvenes, mujeres, parados de larga duración, mayores de 45 años, etc.); en concreto, no llega a identificarse con los parados de larga duración ya que son así considerados los que lleven desempleados doce meses.*
6. ^ *De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.3 LJCA, en relación con el artículo 93.4 LJCA , cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad al no apreciarse temeridad ni mala fe en ninguna de ellas.*
7. ^ *Arranca de la STS 474/2020 (Pleno) de 18 junio (rcud. 2811/2018), con VP; la STS 16/2023 de 11 enero (rcud. 907/2019) resume su contenido.*
8. ^ *STC 153/2017 declara inconstitucionales varios preceptos del citado RDL. Vid. también STC 156/2017.*
9. ^ *Véase al respecto las SSTS-SOC 438/2016, de 18 mayo 2016 (rec. 140/2015); 618/2016 de 6 julio (rc. 229/2015); 369/2918 de 4 abril (rc. 108/2017); 69/2020 de 8 enero (rc. 96/2019) y 173/2021 de 9 febrero (rec. 111/2019), entre otras.*
10. ^ **STS 853/2019.**- *La STS 853/2019 de 10 de diciembre (rcud. 3006/2017) aplica esa conclusión respecto del derecho preferente del demandante a ser contratado con contrato de relevo, por jubilación parcial de un trabajador, teniendo en cuenta el puesto que ocupaba en la Bolsa de trabajo de un determinado Ayuntamiento.***STS 575/2021.**- *La STS 575/2021 de 2 junio (rcud. 1973/2020) también proclama la competencia del orden social cuando se discute el derecho preferente del demandante a ser contratado, como relevo en jubilación parcial de otro trabajador, en atención al puesto ocupado en una bolsa de empleo del Ayuntamiento de Benalmádena.*
11. ^ *El Auto de la Sala de Conflictos de Competencia 3/2020 de 12 febrero concluye que tras la entrada en vigor de la LRJS debiera desaparecer cualquier discordancia sobre la materia porque sus claros mandatos, en concordancia con los de la LRJCA, abocan a que esos litigios como el presente deban ventilarse ante los Juzgados y Tribunales del Orden Social. No se trata de exigir responsabilidad de la Administración en los términos del artículo 2.º) LRJS; ni está impugnándose un acto de la Administración*

sujeto a Derecho Administrativo en materia de Seguridad Social encuadrable en el artículo 2.s) LRJS; ni siquiera el acto cuestionado es uno dictado por la Administración en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral que pueda subsumirse en el artículo 2.n LRJS. La materia sobre la que se debate es la referida a actos preparatorios o proceso selectivo de personal y encuentra acomodo natural entre los litigios que discurren entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo (art. 2.a LRJS).

§ 64 Mejora voluntaria de la prestación de IT prevista en el Convenio Colectivo de RENFE e inclusión o no en su importe de la prorrata de las pagas extras.

Belén García Romero

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

Resumen: *La Sala de lo Social del Tribunal Supremo resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina en el que debe determinar el contenido de la mejora voluntaria establecida en el convenio colectivo de RENFE como complemento de la prestación de incapacidad temporal, pronunciándose acerca de si dicha garantía adicional debe incluir las pagas extraordinarias.*

Palabras clave: *Mejora voluntaria. Prestación de incapacidad temporal. Contenido.*

Abstract: *The Social Division of the Supreme Court ruled on a cassation appeal for the unification of doctrine in which it had to determine the content of the voluntary improvement established in the RENFE collective agreement as a supplement to the temporary incapacity benefit, ruling on whether this additional guarantee should include the extraordinary payments.*

Keywords: *Voluntary improvement. Temporary incapacity benefit. Content.*

I. Introducción

Como bien es sabido, las “mejoras voluntarias” son obligaciones empresariales que nacen del propio contrato de trabajo o de la negociación colectiva, y cuya finalidad es complementar la acción protectora de la Seguridad Social, tratando de garantizar a sus beneficiarios la más alta tasa de sustitución de las rentas de activo.

Encuentran su reconocimiento constitucional en el artículo 41 CE como modalidad específica de la protección social complementaria. En desarrollo del citado precepto, el artículo 43 del vigente Texto Refundido de la LGSS establece, en su apartado 1, que “*La modalidad contributiva de la acción protectora que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas comprendidas en el artículo 7.1 podrá ser mejorada voluntariamente en la forma y condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General y de los regímenes especiales*”. En lo relativo al Régimen General de la Seguridad Social, su regulación se contiene en los artículos 238 a 241 LGSS.

De acuerdo con el artículo 238 LGSS, las mejoras voluntarias de la acción protectora de este Régimen General podrán efectuarse a través de la mejora directa de las prestaciones o bien, del establecimiento de tipos de cotización adicionales.

Aunque se trata de una medida voluntaria, en el sentido de que se instaura por decisión unilateral del empresario, a través del contrato de trabajo, o mediante la

negociación colectiva (la vía más habitual), una vez establecida resultan obligatorias (art. 239 LGSS).

La sentencia objeto de glosa versa precisamente sobre el contenido de la mejora voluntaria de la Seguridad Social, en este caso, de origen convencional. Concretamente, se centra en determinar si la garantía económica adicional en situación de incapacidad temporal prevista en el Convenio Colectivo de RENFE operadora para determinados trabajadores debe incluir o no la prorrata de las pagas extraordinarias cuando las retribuciones de los perceptores superan la base de cotización máxima.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia .núm. 406/2023, de 7 de junio.

Tipo y número recurso: RCUUD núm. 214/2020

ECLI:ES:TS:2023:2621.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. María Luz García Paredes.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Problema suscitado

La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si la garantía económica adicional en situación de incapacidad temporal que establece el Convenio Colectivo de Renfe-Operadora en su artículo 14 b) debe incluir la prorrata de pagas extraordinarias.

2. Hechos y antecedentes

Según se deduce del breve relato de hechos reproducido en la sentencia comentada, los demandantes son siete trabajadores que prestan servicios para la empresa RENFE VIAJEROS S.A., con categoría profesional de maquinistas jefes de tren, los cuales estuvieron en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes durante distintos periodos que se declaran probados y que abarcan desde finales de 2016 a julio de 2018. Reclaman que la garantía adicional de la incapacidad temporal que prevé el convenio colectivo se le abone con inclusión de las pagas extraordinarias.

El juez de lo social desestimó la demanda. Dicho pronunciamiento fue confirmado por la Sala de Suplicación, en sentencia del TSJ de Madrid de 21 de noviembre de 2019, rec. 339/2019. Contra dicha sentencia se formula recurso de casación para la unificación de doctrina por la parte recurrente para el que se identifica como sentencia de contraste la dictada por el TSJ de Castilla y León, sede en Valladolid, de 21 de febrero de 2018, rec. 1825/2017.

3. Sentencias recaídas en el procedimiento

El juez de lo social, mediante sentencia del Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid, de 22 de febrero de 2019, dictada en los autos 1296/2018, desestimó la demanda al entender que la base de cotización en la que reposa el complemento ya incluye la parte proporcional de las pagas extras, sin que, además, proceda abonar aquel concepto en periodo en que no se está prestando servicios. Tal pronunciamiento lo realiza partiendo del mandato convencional que regula la mejora voluntaria- el art. 14 b) del I Convenio Colectivo de Renfe Operadora (BOE de 14 de abril de 2008)- y de la

previsión del art. 133 del X Convenio Colectivo de Renfe (BOE de 26 de agosto de 1993) y asumiendo también la doctrina judicial que refiere la normativa de la base reguladora sobre la que se calcula el complemento, que se recoge en el art. 531 de la Normativa Laboral de Renfe e interpretada por la STS de 30 de enero de 2023, así como la previsión en relación con las pagas extraordinarias. Concluye que la base de cotización en la que reposa el complemento ya incluye la parte proporcional de las pagas extras, sin que, además, proceda abonar aquel concepto en periodo en que no se está prestando servicios.

La sentencia recurrida, confirmatoria del pronunciamiento de instancia, es la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 21 de noviembre de 2019, rec. 339/2019. En ella, la Sala, atendiendo al mandato de la cláusula 14 b) del I Convenio Colectivo de Renfe-Operadora, y rechazando que el enriquecimiento injusto pueda servir para denegar la pretensión actora, confirma el pronunciamiento de instancia, porque siendo el supuesto debatido afectante a trabajadores con salario real superior a la base máxima de cotización, el complemento hasta el 90 % del salario bruto, no es posible incrementarlo con la parte proporcional de las pagas extra ya que ello implicaría que se supere el propio importe fijado para el complemento que está topado, no cuestionándose en el recurso que los actores no hayan percibido el 90 % del salario bruto de referencia.

Como sentencia de contraste se aporta la sentencia dictada por el TSJ de Castilla y León, sede en Valladolid, de 21 de febrero de 2018, rec. 1825/2017. En ella se reclama por otro trabajador de la demandada, auxiliar de máquina, que el 90 % del salario de los tres meses anteriores a la incapacidad temporal se obtenga con inclusión de las pagas extras que la demandada no ha tomado en consideración para determinar el importe a abonar y ello a efectos de la mejora del subsidio de incapacidad temporal, correspondiente al periodo de 20 de diciembre de 2012 a 12 de octubre de 2014. El demandante, durante el periodo de incapacidad temporal, percibió las pagas extraordinarias. La sentencia referencial, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14.1 b) del I Convenio Colectivo de Renfe Operadora (2008), considera que, aunque los trabajadores perciban en la situación de incapacidad temporal las pagas extraordinarias, ello no impide que el complemento de la mejora deba incluir la parte proporcional de las mismas, ya que la regulación es esta, y no hace una expresa exclusión del concepto retributivo que se cuestiona cuando se está ante trabajadores que tienen una retribución mensual que supera la base máxima de cotización.

IV. Posición de las partes

Para la parte recurrente (los trabajadores de la empresa en situación de incapacidad temporal), en atención a la norma objeto de aplicación, no es posible entender que se deban excluir de la retribución bruta mensual a la que se aplica en complemento hasta el 90 % el concepto de pagas extraordinarias, ya que nada dice al respecto aquel mandato cuando sí excluye otros. La parte actora ha formulado recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 21 de noviembre de 2019, rec. 339/2019, que desestimó el interpuesto por dicha parte frente a la sentencia del Juzgado de lo Social 30 de Madrid, de 22 de febrero de 2019, dictada en los autos 1296/2018, que había desestimado la demanda.

La parte recurrida ha impugnado el recurso insistiendo en que es la sentencia recurrida la que contiene la doctrina correcta.

El Ministerio Fiscal emitió informe en el que considera que el recurso debe ser desestimado al considerar que es la sentencia recurrida la que contiene la doctrina correcta indicando que la falta de referencia en el precepto convencional a las pagas extraordinarias no permite entender que se encuentren incluidas en la referencia a la retribución mensual garantizada.

V. Normativa aplicable al caso

Las principales normas aplicables al caso son varias disposiciones del Convenio Colectivo de RENFE Operadora, en especial el artículo 14 b) del I Convenio Colectivo de esta entidad, y los artículos 133, 531 y 533 de la Normativa Laboral de Renfe:

- El 14 b) del citado Convenio Colectivo regula unas garantías para situaciones de incapacidad temporal, incorporando las siguientes mejoras: "Para aquellos trabajadores que su retribución mensual supere la base máxima de cotización a la Seguridad Social, se establece un esquema de garantías económicas adicionales en situaciones de Incapacidad Temporal, tratando aquellos casos de periodos dilatados y no acumulables, que complementa la diferencia entre las actuales prestaciones, de Renfe-Operadora y de la Seguridad Social y las retribuciones brutas mensuales. Este sistema de garantías no contempla conceptos indemnizatorios o que compensen mayores gastos del trabajador como consecuencia de la prestación de servicio. Por tanto, se detraerán de la retribución bruta mensual todas aquellas cuantías que retribuyan estos conceptos.

[...]

Para las situaciones de Incapacidad Temporal derivadas de Enfermedad Común, la garantía en los términos anteriormente descritos alcanzará el 90% y se devengará a partir del día 91 contado desde el día de inicio de la situación de IT y hasta un máximo de dieciocho meses.

[...]

El cálculo del salario Bruto conforme a lo establecido anteriormente se realizará con el promedio obtenido en los días de trabajo efectivo de los meses anteriores al día en que se produce la IT o los meses precisos para completar 20 días de trabajo efectivo".

- Art. 133: "Se establece para el personal comprendido en el ámbito de aplicación de esta normativa dos pagas extraordinarias equivalentes cada una a una mensualidad del nivel salarial correspondiente fijado en tablas, que serán acreditadas en los meses de junio y diciembre, respectivamente.

[...]

Incidirán en su cálculo las eventualidades del personal contabilizadas en nómina del propio mes de su abono y en la de los cinco meses anteriores, tales como licencias sin sueldo, ausencias, días sin abono, etc. Cada uno de estos días sin derecho al abono de la paga extraordinaria representará 1/180 de su valor.

Para su abono será tenido en cuenta el sueldo que tenga fijado el agente el día primero del mes a que corresponda su abono.

A los agentes que durante el semestre respectivo no hubieran prestado servicio por incapacidad temporal, se les computará el periodo comprendido en tal situación como servicio activo, a efectos de estas pagas extraordinarias".

- El art. 531 regula una mejora directa de la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes, señalando que "Los agentes en situación de incapacidad temporal por enfermedad común o accidente no laboral percibirán con cargo a la Red durante los dos primeros procesos al año, siempre que no sean en el mismo mes:

- El 90% de la base reguladora diaria durante los tres primeros días.

- El 15% de la base reguladora diaria a partir del cuarto día de la baja hasta el final de la situación.

Para los restantes procesos:

- El 60% de la correspondiente base reguladora durante los tres primeros días.
- Del día 14.º de la baja laboral al 20.º se complementará la prestación económica de la Seguridad Social con un 20%; Del día 21.º al 28.º se complementará dicha prestación con un 5%; A partir del día 29.º el complemento será del 25%, cualquiera que sea la duración de la incapacidad temporal.

Estas cantidades complementan a las prestaciones que por estas contingencias abone la Seguridad Social. La base de cotización a estos efectos será la correspondiente al mes anterior a la baja.

La base reguladora sobre la que la Empresa calculará los complementos será la misma que utilice la Seguridad Social para el cálculo de las prestaciones a su cargo".

- El art. 533, que recoge la mejora voluntaria de la prestación por IT derivada de contingencias profesionales, indica que "Los agentes que sufran incapacidad temporal por accidente de trabajo o enfermedad profesional en la Red percibirán mientras dure esta situación, y hasta un período máximo de dieciocho meses, el 90% de la base reguladora diaria para accidente de trabajo y enfermedad profesional".

VI. Doctrina básica

En el presente recurso de casación se suscita un debate acerca del alcance de la regulación convencional aplicable en materia de mejoras voluntarias. Ello lleva a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a recordar su doctrina constante y reiterada sobre la interpretación de los convenios colectivos, en cuanto norma de naturaleza mixta.

Así, de acuerdo con esta sólida jurisprudencia, dicha tarea hermenéutica debe hacerse acudiendo a los criterios de "La interpretación literal, atendiendo al sentido literal de sus cláusulas, salvo que sean contrarias a la intención evidente de las partes (arts. 3.1 y 1281 CC; STS 13 octubre 2004, Rec. 185/2003). La interpretación sistemática, atribuyendo a las cláusulas dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (art. 3.1 y 1285 CC). La interpretación histórica, atendiendo a los antecedentes históricos y a los actos de las partes negociadoras (art. 3.1 y 1282 CC). La interpretación finalista, atendiendo a la intención de las partes negociadoras (art. 3.1, 1281 y 1283 CC). No cabrá la interpretación analógica para cubrir las lagunas del convenio colectivo aplicable (STS 9 abril de 2002, Rec. 1234/2001). Y los convenios colectivos deberán ser interpretados en su conjunto, no admitiéndose el "espiguelo" (STS 4 junio 2008, Rec. 1771/2007)" (STS 533/2022, de 8 de junio, rec. 157/2020).

En relación con la función a cumplir por el Tribunal Supremo en el ámbito del recurso de casación en supuestos como este en el que se discute la interpretación realizada por la sentencia de instancia, vuelve a recurrir a la anterior doctrina de la que se deriva que "Frente a la opción de dar por buena, en todo caso, la interpretación efectuada por la sentencia de instancia, la Sala considera que lo que le corresponde realizar (...) consiste en verificar que la exégesis del precepto convencional efectuada por la sentencia recurrida se adecúa a las reglas de interpretación que se derivan de los artículos 3 y 1281 y ss. CC, tal como las ha venido analizando la Sala en la jurisprudencia recién expuesta". (SSTS de 13 de octubre de 2020, Rec. 132/2019 y de 21 de diciembre de 2020, Rec. 76/2019).

VII. Parte dispositiva

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a la vista de todo lo expuesto y, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, decide desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina y confirmar la sentencia recurrida dictada el 21 de noviembre por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 339/2019, sin imposición de costas, a tenor del art. 235 de la LRJS.

VIII. Pasajes decisivos

(...) la normativa laboral de Renfe fijó una mejora de la incapacidad temporal para todos sus agentes en las condiciones que marcan los arts. 531 y 533, para las respectivas contingencias de enfermedad común o accidente no laboral, y las profesionales. Esta mejora o prestación complementaria a cargo de Renfe toma como elemento de cálculo la base reguladora del subsidio de incapacidad temporal y sobre la base de cotización de un determinado momento. Junto a ello también se reconoce, para unos determinados trabajadores que estuvieran al servicio de Renfe Operadora, unas garantías adicionales, a las prestaciones a cargo de Renfe y de la Seguridad Social, cuya configuración toma como elemento la retribución bruta mensual y se cuantifica hasta el 90% de la misma, siempre y cuando éstos fueran perceptores de retribuciones superiores a la base máxima de cotización. Esto es, lo que los negociadores han querido tomar como referencia de aquella garantía no es una retribución en cómputo anual en la que se incluyen todas las retribuciones que la integran, incluidas las pagas extraordinarias, sino que la referencia que ha tomado es una retribución bruta mensual en la que, desde luego, no están las pagas extraordinarias, que no tienen esa condición. Retribución mensual con la que se quiere dar al trabajador una percepción económica en incapacidad temporal más cercana a la realidad retributiva que mensualmente se estaría percibiendo en caso de no estar en esa situación, una sustitución de rentas lo más próximo a lo que percibiría por su trabajo. El que la parte proporcional de las pagas extraordinarias se integre en las bases de cotización no significa que, a los efectos que aquí nos ocupan, esos conceptos retributivos deban también incluirse en la garantía que establece el art. 14.1 b) del Convenio Colectivo.

En efecto, el subsidio de incapacidad temporal, al tomar las bases de cotización ya integra en ellas las percepciones de vencimiento superior al mensual, prorrateadas a lo largo de los doce meses, como ya recoge la sentencia recurrida, aunque no ignoramos que al tratarse de un colectivo que tiene la base de cotización topada, esa parte proporcional que se integra no se correspondería con la realidad de las pagas extraordinarias a las que tuvieran derecho pero ello, de cara a configurar la base de cálculo de la garantía no permitiría, en todo caso, que ésta se configurase como pretende la recurrente, con la inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias que se pudieran percibir.

Es más, no debemos obviar que, según refieren los hechos probados, en incapacidad temporal, los trabajadores perciben también las pagas extraordinarias y no se cuestiona ni, en este caso se indica nada, que esas cuantías no lo sean en las ordinarias que a esos devengos superiores al mes corresponde percibir a los trabajadores. Por tanto, pretender incrementar el concepto retribución bruta mensual que configura la garantía del 90% con la inclusión de las pagas extraordinarias supone repercutir en la garantía lo que ya se percibe directamente en su importe total en los meses en los que se devengan aquellas pagas, de forma que con ello se estaría superando el 90% que constituye lo que se garantiza al trabajador según convenio. A ello se une el hecho de que el salario bruto sobre el que se obtiene esa garantía está en función de los días de trabajo efectivo, tal y como refiere la norma de referencia, lo que evidencia que no es otra configuración de retribución la que sirva a esos efectos.

IX. Comentario

La Sala de lo Social analiza la normativa laboral de Renfe reguladora de las pagas extraordinarias y de las mejoras voluntarias y llega a la convicción de que es la sentencia recurrida la que contiene ajustado en derecho.

En efecto, comprueba que el Convenio Colectivo de esta empresa contempla una mejora de la prestación de incapacidad temporal para todos sus agentes en las condiciones marcadas en los artículos 531 y 533 para las respectivas contingencias comunes y profesionales a cargo de Renfe. Estas prestaciones complementarias de las que reconoce la Seguridad Social, se calculan en un determinado porcentaje de la base reguladora del subsidio de incapacidad temporal, variable según el periodo de

baja y la causa y que cubre incluso el llamado “periodo de espera” de la IT por contingencias comunes en un porcentaje del 90%. La base reguladora diaria se obtiene a partir de la base de cotización mensual del trabajador del mes anterior, que ya incluye la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

Junto a ello, el artículo 14 b) de la misma normativa laboral reconoce una garantía adicional para aquellos trabajadores con salario superior a la base máxima de cotización y periodos dilatados de incapacidad temporal, dado que esta mayor retribución no tiene reflejo en la prestación de la seguridad Social ni en la mejora voluntaria, al estar ambas calculadas sobre la base de cotización que se encuentra topada. Con dicha finalidad se complementa la diferencia entre la prestación de la Seguridad Social y la mejora voluntaria con una cantidad adicional equivalente al 90 % del salario bruto y que se devengará a partir del día 91 de la baja y hasta un máximo de dieciocho meses.

A la vista de esta regulación, la Sala Cuarta infiere que lo que los negociadores han querido tomar como referencia de la garantía adicional no es la retribución bruta anual sino la retribución bruta mensual, en la que no están las pagas extraordinarias. Con este parámetro del salario bruto mensual lo que se pretende es asegurar al trabajador en situación de incapacidad temporal una renta de sustitución que se acerque lo más posible a la retribución que percibiría si estuviera trabajando.

Descarta con rotundidad que haya que establecer un paralelismo exacto entre la forma de cálculo de la mejora voluntaria generalizada que se calcula sobre la base de cotización que incluye la parte proporcional de las pagas extraordinarias y la garantía que establece el artículo 14.1 b) del Convenio Colectivo a partir del día 91 de la situación de incapacidad temporal, por lo que, en cualquier caso, no cabe incluir en la cobertura de esa garantía periodos que no estarían dentro de la misma.

Continúa razonando que el subsidio de incapacidad temporal, al tomar las bases de cotización ya integra en ellas las percepciones de vencimiento superior al mensual, prorrateadas a lo largo de los doce meses, como ya recoge la sentencia recurrida, aunque es consciente de que al tratarse de un colectivo que tiene la base de cotización topada, esa parte proporcional que se integra no se correspondería con la realidad de las pagas extraordinarias a las que tuvieran derecho. No obstante, considera que, de cara a configurar la base de cálculo de la garantía ello no permitiría, en todo caso, que ésta se configurase como pretende la recurrente, con la inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias que se pudieran percibir.

Es más, para la Sala no debe obviarse que, según refieren los hechos probados, en incapacidad temporal, los trabajadores perciben también las pagas extraordinarias y no se cuestiona ni, en este caso se indica nada, que esas cuantías no lo sean en las ordinarias que a esos devengos superiores al mes corresponde percibir a los trabajadores. Por tanto, pretender incrementar el concepto retribución bruta mensual que configura la garantía del 90% con la inclusión de las pagas extraordinarias supone repercutir en la garantía lo que ya se percibe directamente en su importe total en los meses en los que se devengan aquellas pagas, de forma que con ello se estaría superando el 90% que constituye lo que se garantiza al trabajador según convenio. A ello se une el hecho de que el salario bruto sobre el que se obtiene esa garantía está en función de los días de trabajo efectivo, tal y como refiere la norma de referencia, lo que evidencia que no es otra configuración de retribución la que sirva a esos efectos.

De otro lado, teniendo en cuenta los condicionamientos propios de un recurso extraordinario como el de casación, así como la propia doctrina de la Sala Cuarta sobre la exégesis de los convenios colectivos, el Alto Tribunal considera que debe aceptar la interpretación realizada por el órgano judicial de instancia del precepto convencional aplicable, una vez verificada que dicha interpretación se ha atendido escrupulosamente a las reglas hermenéuticas que se derivan de los artículos 3 y 1281 y siguientes del C.

En aplicación de dicha doctrina concluye que es la sentencia recurrida la que ha realizado una interpretación de la normativa en liza acorde con los criterios legales que rigen en la materia.

Finalmente, la Sala considera que los ejemplos traídos a la sede por la parte actora para que aquella se pronuncie en el sentido que propone, no están tomando parámetros adecuados a la hora de fijar el derecho que reclama ya que la garantía adicional lo es a partir de 90 días de incapacidad temporal y por un máximo de 18 meses de forma que a la hora de señalar lo percibido no pueden incluir en la cobertura de esa garantía periodos que no están dentro de la misma.

X. Apunte final

Esta sentencia resuelve un problema de interpretación de las disposiciones convencionales de la empresa RENFE. Concretamente, la controversia versa sobre el contenido y alcance de las mejoras voluntarias del subsidio de incapacidad temporal establecidas para los trabajadores de la entidad y se discute la interpretación realizada de dicha normativa por el juez de instancia.

La Sala Cuarta acepta la interpretación realizada por el órgano judicial de instancia una vez verificada que la exégesis del precepto convencional efectuada por la sentencia recurrida se adecúa a las reglas de interpretación que se derivan de los artículos 3 y 1281 y ss. CC. En consecuencia, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina y confirma la sentencia recurrida.

Si bien, hubiera sido deseable una mayor claridad a la hora de sistematizar la normativa aplicable al caso y de exponer los fundamentos de derecho en los que sustenta su decisión, compartimos absolutamente el fallo de la sentencia comentada.

§ 65 No vulnera el derecho de huelga la decisión empresarial de imponer al 100% del personal la realización de servicios mínimos cuando se limita a cumplir los servicios mínimos establecidos por la autoridad gubernativa.

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen: *No vulnera el derecho de huelga la empresa que impone a todo el personal la realización de un servicio mínimo cuando la Orden que fija los servicios mínimos no contempla ningún porcentaje, sino que exige que se garantice "el normal funcionamiento del servicio de coordinación de urgencias" ya que la vulneración sería imputable a dicha Orden -que no se impugnó- y no al acto empresarial.*

Palabras clave: *Huelga. Fijación de servicios mínimos. Designación de trabajadores por la empresa. Orden jurisdiccional competente.*

Abstract: *The company does not violate the right to strike by requiring all personnel to perform a minimum service when the Order establishing the minimum services does not contemplate any percentage, but rather requires that "the normal functioning of the emergency coordination service" be guaranteed, since the violation would be attributable to said Order - which was not challenged - and not to the company's act.*

Keywords: *Strike. Minimum services. Governmental authority. Designation of workers by the company. Competent jurisdiction.*

I. Introducción

La controversia radica en determinar si se vulneró el derecho fundamental a la huelga del sindicato Unió d'Infermeres de Catalunya cuando el Sistema d'Emergencies Mèdiques SA de la Generalitat de Catalunya (SEMSA) fijó los servicios mínimos de la huelga sanitaria convocada ejecutando los criterios establecidos por la Orden en la que se fijaban los servicios mínimos. Es decir, la sentencia aborda un supuesto en el que, no se ha impugnado la Orden de fijación de servicios mínimos por parte de la autoridad gubernativa y lo que se impugna, en el orden social, es la ejecución por la empresa (SEM) de dicha Orden imponiendo la prestación de trabajo al 100% del personal. El TS concluye que no se vulnera el derecho de huelga en tal caso.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 417/2023, de 9 de junio.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCO núm. 263/2021.

ECLI:ES:TS:2023:2607.

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Varios sindicatos (UldC, USGO, CATACT-CTS/IAC, CGT Catalunya, coordinadora Obrera Sindical y PSI Lluitem) convocaron el 9-2-2021 una huelga sectorial indefinida en forma de paros en todo el territorio de Cataluña. El inicio de la huelga estaba previsto para el día 10-3-2021, de 0.00 a 24.00 horas, y había de continuar el 15-3-2021, con paros de dos horas en las franjas horarias de 4:00 a 6:00, de 8:00 a 10:00 y de 18:00 a 20:00, y se repetiría todos los lunes de forma indefinida en las mismas franjas horarias en todos los centros y empresas sanitarias y socio-sanitarias públicas y privadas de Cataluña. En el D.O.G.C. del 10-3-2021 se publicó la Orden TSF/56/2021, de 9-3-2021 por la que se garantiza el servicio esencial en todos los centros y empresas sanitarias, socio-sanitarias y residencias para la gente mayor públicas y privadas de Catalunya, en cuyo art. 1.2.a) 11 se estipulaba que "Se tendrá que garantizar el normal funcionamiento del servicio de coordinación de urgencias y los sistemas de emergencias médicas, en atención a las especiales características de la asistencia prestada" y en su art. 2 que "La dirección de los centros afectados, una vez escuchado el Comité de Huelga, debe determinar el personal estrictamente necesario para el funcionamiento de los servicios mínimos que establece el artículo anterior, excluido el del Comité de Huelga. Éstos servicios mínimos los tiene que prestar preferentemente, si lo hay, el personal que no ejerza: el derecho a huelga. La dirección debe asegurarse que las personas designadas para hacer los servicios mínimos reciban una comunicación formal y efectiva de la designación".

La empresa Sistema d' Emergencies Mèdiques SA de la Generalitat de Catalunya (SEMSA) tomó conocimiento de la existencia de una huelga que afectaba a la empresa el mismo día de su inicio el 10-3-2021, por medio de la publicación oficial de la referida Orden, no habiendo recibido antes ningún aviso de su convocatoria. Se celebró un acto de mediación el 3-3-2021 en la Dirección General de Relacions Laborals, Treball Autònom, Seguretat i Salut Laboral, ante la que comparecieron diversas patronales y los Sindicatos convocantes de la huelga, para recoger las distintas propuestas sobre servicios mínimos, pero en ella no participó, ni consta que fuera citado, el SEMSA. Antes del 10-3-2021 se registran dos comunicaciones del Sindicato demandante de 9-3-2021, una a Narciso (miembro de los Comités de Empresa y de Huelga) y otra a la Lista SEM Tots (buzón de correo interno de los trabajadores), en la que se informaba a los trabajadores del comienzo de la huelga para el día siguiente y de que no se han impuesto por la empresa servicios mínimos. La empresa no pudo modificar el turno de trabajo del 10-3-2021 ni designar servicios mínimos para esa jornada de huelga. Es decir, el SEMSA tuvo conocimiento de la existencia de una huelga que afectaba a la empresa el mismo día de su inicio y por ello no pudo designar servicios mínimos para esa jornada de huelga. El día 11 de marzo de 2021 el SEMSA comunicó a los trabajadores que, para garantizar el normal funcionamiento del servicio de coordinación de urgencias y de los sistemas de emergencias médicas, en atención a las especiales características de la asistencia prestada, los servicios médicos habían de ser del 100% del personal del turno y horario; por el mismo medio reiteró el día 18-3-2021 la comunicación general, que también se hizo de manera personalizada a los trabajadores que debían prestar servicios el día 22.

No hubo reunión entre la empresa y el Comité de Huelga antes de la segunda jornada de huelga, prevista para el día 15-3-2021. La primera comunicación, por correo electrónico, de un miembro del Comité de Huelga (Sr. Narciso) a la jefa de Relaciones Laborales de SEMSA, en la que le pide información sobre los trabajadores que secundaron la huelga los días 10 y 15 de marzo, tiene lugar el 17-3-2021. Correo

que es respondido el mismo día, proponiendo la empresa una reunión de las partes para el día 19 y que a propuesta del Sr. Narciso se pospuso y se celebró el día 22 en la que la empresa se reafirmó en su postura de que trabajara el 100% del personal asistencial de central, calle y estructura. La huelga del 10-3-2021 fue secundada por tres trabajadores del SEMSA, de los 248 trabajadores con turno y horario para ese día. Los días 15 y 22 de marzo del total de trabajadores (248 y 241 respectivamente) adscritos al turno de trabajo y horario, ninguno secundó la huelga. La huelga sectorial en la Sanidad de Cataluña fue desconvocada el 25-3-2021.

La sentencia del TSJ de Cataluña 11/2021, de 19 de abril (procedimiento 19/2021) declaró que, al fijar esos servicios mínimos, el SEMSA violó el derecho fundamental a la huelga de la parte actora y condenó a la empresa a abonarle una indemnización de 6.251 euros. El SEMSA interpuso recurso de casación ordinario que es el que ahora resuelve el Tribunal Supremo estimándolo parcialmente.

IV. Posición de las partes

1. De la empresa recurrente

El SEMSA interpuso recurso de casación ordinario denunciando la infracción del art. 28.2 de la Constitución y del art. 1.2ª.11 de la Orden del Departamento de Trabajo TSF/56/2021, porque al fijar unos servicios mínimos del 100%, se limitó a cumplir lo dispuesto en la citada Orden que le obligaba a garantizar el normal funcionamiento de este servicio

2. De la parte demandante

La Unió dInfermeres de Catalunya impugna el recurso alegando la existencia de una causa de inadmisión y la confirmación de la sentencia declarando vulnerado el derecho de huelga por imponer servicios mínimos del 100%.

3. Del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal informó en contra de la estimación del recurso de casación de la empresa.

V. Normativa aplicable al caso

- Art. 28.2 CE
- Art. 10 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo
- Art. 3.d) LRJS
- Orden del Departamento de Trabajo TSF/56/2021, que fijaba los servicios mínimos:

Art. 1.2.a) "Se tendrá que garantizar el normal funcionamiento del servicio de coordinación de urgencias y los sistemas de emergencias médicas, en atención a las especiales características de la asistencia prestada".

Art. 2 " La dirección de los centros afectados, una vez escuchado el Comité de Huelga, debe determinar el personal estrictamente necesario para el funcionamiento de los servicios mínimos que establece el artículo anterior, excluido el del Comité de Huelga. Éstos servicios mínimos los tiene que prestar, preferentemente, si lo hay, el personal que no ejerza el derecho a huelga. La dirección debe asegurarse que las personas designadas para hacer los servicios mínimos reciban una comunicación formal y efectiva de la designación".

VI. Doctrina básica

No vulnera el derecho de huelga la empresa que impone a todo el personal la realización de un servicio mínimo cuando la Orden que fija los servicios mínimos no contempla ningún porcentaje, sino que exige que se garantice "el normal

funcionamiento del servicio de coordinación de urgencias" ya que la vulneración sería imputable a dicha Orden -que no se impugnó- y no al acto empresarial.

VII. Parte dispositiva

Estima el recurso de casación ordinario interpuesto por la empresa (SEMSA), revoca la STSJ de Cataluña, desestima la demanda formulada por el sindicato Unió d'Infermeres de Catalunya contra el Sistema de Emergencias Médicas de la Generalitat de Catalunya y la pretensión de que se declare vulnerado el derecho fundamental a la huelga de los trabajadores de la empresa demandada, absolviendo a la parte demandada de las pretensiones formuladas en su contra. No condena en costas.

VIII. Pasajes decisivos

- "La autoridad gubernativa no fijó ningún porcentaje, sino que la Orden TSF/56/2021 estableció: "Deberá garantizarse el normal funcionamiento del servicio". El funcionamiento normal del servicio significa que deberá prestarse en las mismas condiciones en que se hace habitual u ordinariamente. El adjetivo antepuesto enfatiza su significado. El SEM se limitó a garantizar que ese servicio funcionaba con normalidad, lo que exigía que prestasen servicios el 100% los trabajadores. Al no haberse impugnado esa orden de la autoridad gubernativa que fijaba los servicios mínimos, no es dable condenar a la empresa por vulnerar el derecho fundamental a la huelga de estos trabajadores. No se puede condenar a una empresa por vulnerar el derecho fundamental a la huelga si dicho empleador se ha limitado a cumplir los servicios mínimos establecidos por la autoridad gubernativa".

- "El art. 2.a).7 de la referida Orden TSF/56/2021 dispone: "El servicio de limpieza mantendrá su actividad normal en las áreas de alto riesgo, con la totalidad de la plantilla." Esa orden distingue: a) Respecto del servicio de urgencias, unidades especiales, atención primaria en el circuito asistencial COVID-19, el SEM y los equipos especializados en la campaña de vacunación de la COVID-19; la orden fija servicios mínimos que garanticen el "normal funcionamiento" del servicio. b) En cuanto al servicio de limpieza, la orden no menciona el normal funcionamiento del servicio, sino que hace referencia a la actividad normal en las áreas de alto riesgo, con la totalidad de la plantilla. El hecho de que la Orden TSF/56/2021 precise el alcance de los servicios mínimos de limpieza utilizando unos términos diferentes a los que usa con los servicios médicos, mencionando respecto de la limpieza a la totalidad de la plantilla; no significa que los servicios mínimos del SEM, que garantizan el "normal funcionamiento" de ese servicio vital, deban interpretarse en el sentido de que la orden no se refiere a que se presten con el 100% de la plantilla. El tenor literal de la orden es claro. 6.- En definitiva, si la autoridad gubernativa fijó unos servicios mínimos que debían garantizar el normal funcionamiento del SEM y dicha orden no fue impugnada judicialmente, cuando la empresa fijó unos servicios mínimos del 100% del personal de ese servicio se limitó a cumplir lo acordado por la autoridad. No se puede condenar a una empresa por vulnerar el derecho fundamental a la huelga de sus trabajadores, así como al pago de una indemnización de daños y perjuicios, cuando el empleador se ha limitado a cumplir la orden de la autoridad gubernativa que fijaba los servicios mínimos, la cual no ha sido impugnada judicialmente"

IX. Comentario

La sentencia que se comenta ofrece un prolijo estudio de la doctrina constitucional y de la jurisprudencia más relevante del orden contencioso administrativo y del orden social en relación con la determinación y el alcance de los servicios mínimos en supuestos en los que la huelga afecta a servicios esenciales para la comunidad. En primer lugar, el TS resume la doctrina del TC sobre la vulneración del derecho de huelga cuando la autoridad gubernativa fija servicios mínimos que suponen el normal funcionamiento del servicio esencial sin ponderar los derechos en juego. Dichos derechos no son los intereses empresariales, sino que se debe ponderar el derecho de huelga con los derechos y bienes constitucionales que satisface el servicio esencial en cuestión haciéndolos compatibles, de modo que la determinación de las garantías

precisas para asegurar dicho servicio en general no puede llegar a la fijación del 100% de servicios mínimos ya que ello supondría privar integralmente el derecho de huelga. Por otro lado, sintetiza la jurisprudencia contencioso-administrativa -como jurisdicción competente para el conocimiento de la impugnación de las resoluciones administrativas de fijación de servicios mínimos- declarando nulos los servicios mínimos fijados al 100% en urgencias hospitalarias, extrahospitalarias y en sanidad, por falta de justificación suficiente y desproporcionados. Finalmente, la sentencia repasa la doctrina de la Sala Cuarta contraria a una interpretación restrictiva del derecho fundamental de huelga, sobre la importancia de la carga de la prueba y sobre la necesaria justificación de la fijación de los servicios mínimos por parte de la autoridad gubernativa en cada caso concreto en tanto es quién limita el derecho de huelga con el objetivo de satisfacer las necesidades vitales de los beneficiarios del servicio. En concreto se centra en la STS 929/2017 que confirma la vulneración del derecho de huelga por parte de una empresa que fijó los servicios mínimos al 100% del personal que habitualmente prestaba dichos servicios por considerar que con ello se había extralimitarse de los establecidos por la Orden que los fijaba y que establecía mínimos haciendo referencia al “persona necesario e imprescindible” y al “estrictamente necesario”, aunque no fijara un parámetro numérico-porcentual.

Tras esta obertura, el lector avezado pensaría que el acto final sería condenar a la empresa que decidió que el 100% del personal prestaría los servicios mínimos. Y como en toda obra relevante, el final sorprende, aunque de inmediato se averigua su desarrollo argumental de modo que su final se revela como consecuencia natural del mismo. En efecto, inicialmente cuando piensas en una empresa fijando el 100% de servicios mínimos el primer pensamiento no es otro sino el de una clara vulneración del derecho de huelga aplicando los criterios generales en la materia. Pero también el primer interrogante al leer el problema que planteaba la litis no podía ser otro que el de preguntarse por qué resolvía el orden social la cuestión en la medida en que no se estaba ante una designación concreta de trabajadores, sino de una fijación refleja de servicios mínimos. Es precisamente esta cuestión la que centra el desarrollo de la sentencia de la Sala Cuarta que subraya que cuando la autoridad gubernativa fija unos servicios mínimos que garantizan la prestación del servicio esencial de la forma habitual, la pretensión de que se declare su nulidad debe articularse mediante una demanda ante el orden contencioso- administrativo pero clarificando que, en el presente caso, no se ha impugnado la Orden que fijaba los servicios mínimos en la que no se fijaba ningún porcentaje, sino que se establecía que debería “garantizarse el *normal funcionamiento del servicio*”. Para el TS “el funcionamiento normal del servicio significa que deberá prestarse en las mismas condiciones en que se hace habitual u ordinariamente” por lo que la empresa “se limitó a garantizar que ese servicio funcionaba con normalidad, lo que exigía que prestasen servicios el 100% los trabajadores”. Al no haberse impugnado esa Orden de la autoridad gubernativa que fijaba los servicios mínimos, el TS considera que no se puede condenar a la empresa por vulnerar el derecho fundamental a la huelga de estos trabajadores cuando la empresa se ha limitado a cumplir los servicios mínimos establecidos por la autoridad gubernativa. Para el TS el supuesto es distinto al abordado por la sentencia de la Sala Social del TS 929/2017, de 27 de noviembre (rcud 1/2017) ya que en ella la autoridad gubernativa había fijado unos servicios mínimos del “personal *necesario e imprescindible* para poder atender las comunicaciones telefónicas” sin exigir que se garantizara “el normal funcionamiento, ni el rendimiento habitual”, de modo que la empresa vulneró el derecho fundamental a la huelga al interpretar que el personal necesario e imprescindible ascendía al 100% de los trabajadores. La presente litis, por el contrario, suponía una Orden en la que la autoridad gubernativa fija unos servicios mínimos que debían garantizar “el normal funcionamiento” del SEM, Orden que no fue impugnada judicialmente, de modo que cuando la empresa fijó unos servicios mínimos del 100% del personal de ese servicio se limitó a cumplir lo acordado por la autoridad, sin que por obedecer deba ser condenada por vulneración de un derecho fundamental con pago de daños y perjuicios.

La presente sentencia es relevante. En primer lugar, porque clarifica la competencia del orden social, no solo adecuada para los conflictos derivados de la

determinación concreta de personas designadas a mínimos, sino también para examinar la propia determinación interna o refleja por parte de la empresa de esos servicios mínimos. De este modo, cuando el art. 3.d LRJS establece que no conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social de “las disposiciones que establezcan las garantías tendentes a asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga y, en su caso, de los servicios o dependencias y los porcentajes mínimos de personal necesarios a tal fin” pero “sin perjuicio de la competencia del orden social para conocer de las impugnaciones exclusivamente referidas a los actos de designación *concreta* del personal laboral incluido en dichos mínimos”, dicha designación concreta abarcaría no sólo a la designación individualizada de los trabajadores que han de atender esos servicios mínimos, sino también la designación general de éstos. Ello resulta coherente con el hecho de que cuando se establece el 100% del personal en mínimos lo que se está diciendo es que dicha “concreta designación” es la de todos y cada uno de los trabajadores designados. En el presente caso no se impugna ante el orden social la resolución de fijación de servicios mínimos, lo que corresponde al orden jurisdiccional contencioso administrativo porque sus destinatarios son los usuarios del servicio público que se presta y no los trabajadores en huelga (STS 3ª núm. 199/2023, de 16 de febrero, rec. 7222/2020), sino que lo que se impugna es la decisión empresarial de ejecución de los ya establecidos, lo que compete al orden social (STS 4ª núm. 1092/2021, de 4 de noviembre de 2021, rec. 129/2021, con cita de la STS de 27 de noviembre de 2017, rec. 1/2017). En palabras de la sentencia del TSJ recurrida, “si la Orden hubiera dicho que en el ámbito de las emergencias médicas los servicios mínimos habrían de fijarse en el 100%, el carácter abusivo o desproporcionado de tal regulación lo habría tenido que resolver la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero esa norma reglamentaria se limita a decir que en ese ámbito deberá garantizarse el normal funcionamiento durante la huelga. Sin enjuiciar en modo alguno la norma, lo que no nos incumbe, sí compete sin embargo a la jurisdicción social resolver si la actuación de la empresa, fijando unos servicios mínimos del 100%, constituye un exceso en la interpretación y aplicación de la norma vulnerador del derecho de huelga”.

Junto a ello, sobre todo, es relevante porque adopta una posición novedosa (no se vulnera el derecho de huelga por el empresario que “cumple” los servicios mínimos), aunque en exceso formalista y, en algún momento, incluso, algo forzada en su razonamiento jurídico. El argumento es simple: si no se va contra la norma que impone los servicios mínimos, no puede entonces actuarse contra la empresa que los ejecuta “fielmente” alegando vulneración de un derecho fundamental que no le es imputable directamente, sino de modo reflejo en tanto el acto empresarial constituye tan solo un cumplimiento de una disposición normativa. Pero las cosas no son siempre tan sencillas. Y no lo eran en el caso. En general, la autoridad gubernativa que determina los servicios mínimos trata de realizar una ponderación adecuada de los derechos en juego para cada caso determinado. Pero la anulación de muchas de esas regulaciones es prueba manifiesta de que tal determinación nunca es fácil, ni cerrada, al depender del concreto litigio y de la concurrencia de variadas circunstancias fácticas, así como del análisis sobre la valoración de una correcta ponderación jurídica de derechos cuya competencia le ha sido asignada al orden contencioso administrativo y que, como vemos en la práctica, se caracteriza, sobre todo, por la inexistencia de certeza jurídica. La duda que presenta la resolución judicial comentada es que para alcanzar la simple conclusión a la que llega, parte de una premisa mayor (la Orden, no impugnada, exigía el funcionamiento normal del servicio) y de una premisa menor (ello obligaba a la empresa a establecer ese 100% del personal) que pudieran ser, cuanto menos, cuestionables.

En relación con el hecho de que la Orden exigía ese funcionamiento normal, la interpretación realizada por la Sala Cuarta, debe ser considerada como cuestión prejudicial, al irrogarse competencias propias de la Sala de lo Contencioso-administrativo única competente para calificar como conforme o no a Derecho la regulación de la autoridad gubernativa. Y al interpretarla lo hace de un modo altamente restrictivo, pues no quedaba tan clara esa exigencia indubitada de funcionamiento normal de los servicios esenciales. Aun siendo cierto que su art. 1.2.a) 11 estipulaba

que "se tendrá que garantizar el *normal funcionamiento* del servicio de coordinación de urgencias y los sistemas de emergencias médicas, en atención a las especiales características de la asistencia prestada", también lo es que, inmediatamente después, su art. 2 precisaba que "*la dirección* de los centros afectados, una vez escuchado el Comité de Huelga, *debe determinar el personal estrictamente necesario* para el funcionamiento de los servicios mínimos que establece el artículo anterior," y señalaba que dichos mínimos preferentemente los tenía que prestar el *personal que no ejerza el derecho a la huelga*". Con estos mimbres fácil hubiera sido entender que esa referencia al normal funcionamiento no permitía la castración completa del derecho de huelga, sino que lo que la empresa debía, oído el Comité de Huelga, era designar exclusivamente el personal "estrictamente necesario" partiendo de la base, como se infiere sin dificultad de la Orden, de que habrá trabajadores que querrán hacer huelga y otros no, priorizando a estos últimos en su determinación. Pero nada más, al menos como cuestión prejudicial, pues no se impugnaba la Orden de servicios mínimos en una huelga sectorial de toda Cataluña (probablemente para no afectar a todos los servicios mínimos reflejos), sino tan solo la determinación e interpretación cicatera interna de éstos realizada por una concreta empresa. Por otro lado, que el funcionamiento normal obligaba a la empresa a forzar al 100% del personal a no realizar huelga y ocuparse de los servicios mínimos, resulta también cuestionable en un supuesto donde no se fijaban expresamente porcentajes. Y ello porque la empresa también se encuentra obligada a respetar el derecho fundamental de huelga, de modo que cualquier interpretación restrictiva y cicatera de una norma jurídica contrariando un derecho fundamental debe tener su respuesta sancionadora.

En fin, el eco que deja la doctrina de esta sentencia es que cuando las disposiciones sobre servicios mínimos no estén muy perfiladas y acotadas (es decir, siempre o mayoritariamente, si tenemos en cuenta, además, que se pueden repetir determinaciones de servicios mínimos de una huelga a otra a pesar de haber sido declaradas nulas en una de ellas y cada orden ha de impugnarse, de nuevo, incesantemente, en el orden contencioso administrativo: STS 4ª núm. 1092/2021, de 4 de noviembre de 2021, rec. 129/2021), la empresa puede realizar una interpretación favorable a sus intereses e imponer desproporcionados servicios mínimos sin vulnerar el derecho fundamental de huelga. Este alegato parece contradecir la máxima de la Sala Cuarta sobre la interpretación menos restrictiva del derecho de huelga y, a mi juicio, contribuye a ahondar en la ya tradicional disfuncionalidad que presenta la dualidad jurisdiccional del derecho de huelga desde la perspectiva de una eficaz garantía de este derecho fundamental. Se restringe el derecho de huelga (¿se permite una vulneración legal de un derecho constitucional?) o, mejor, se admite implícitamente la vulneración existente en la Orden de servicios mínimos, pero no se repara mediante el criterio formal de que debió impugnarse la orden de la que trae causa la concreta ejecución empresarial. A mi juicio la conclusión del alto tribunal podría ser acertada sólo en un caso: cuando no haya duda ni posible interpretación múltiple de la Orden de mínimos y el empresario cumpla a rajatabla la misma simplemente reproduciéndola (por ejemplo, cuando el porcentaje del 100% venga establecido por la propia Orden). Pero no creo que pueda sostenerse cuando la Orden no es indubitada en su criterio y el empresario opta, entre las interpretaciones posibles, por la más restrictiva del derecho de huelga, confundiendo la *ratio* de la fijación de los servicios mínimos, que no suponen la ponderación del derecho de huelga con los intereses empresariales, sino con respecto a los derechos de los ciudadanos. Una interpretación tan estrecha que anula prácticamente el derecho fundamental reconocido podría, entonces, verse, como en la discriminación indirecta, como una vulneración indirecta del derecho de huelga. En todo caso, habrá que esperar, en el caso de que sea recurrida ante el Tribunal Constitucional, si el razonamiento, existente y congruente, cumple también con la motivación reforzada exigida cuando se afecta a un derecho fundamental sustantivo.

§ 66 **La concreción de los efectos económicos de las pensiones de Seguridad Social.**

Susana Molina Gutiérrez

Magistrada de la jurisdicción social (TSJ de Madrid).

Resumen: *Aborda nuestro Alto Tribunal cuál ha de ser la fecha de efectos económicos que haya de darse a la pensión de viudedad que ha sido reconocida por la Entidad Gestora, tras una inicial decisión desestimatoria del derecho, sin haberse producido entre ambos tiempos una variación de las circunstancias fácticas y jurídicas.*

Palabras clave: *Pensión de viudedad. Fecha de efectos económicos.*

Abstract: *Our High Court addresses what should be the date of economic effects to be given to the widowhood pension that has been recognized by the Managing Body, after an initial decision rejecting the right.*

Keywords: *Widow's pension. Date of economic effects.*

I. Introducción

El estudio de la determinación del momento en que hayan de surtir sus efectos económicos las pensiones de Seguridad Social no ha sido una cuestión pacífica para la doctrina judicial, lo que ha conducido a que la Sala Cuarta haya tenido que sentar criterio al respecto al abordar diversas dimensiones de la cuestión.

Recordar, que muy recientemente el complemento de aportación demográfico (disciplinado en el artículo 60 de la LGSS) y que fue declarado por el TJUE^[1] como lesivo del derecho de igualdad^[2], ha dado lugar a diversos pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal, en orden a determinar cuándo ha de desplegar sus efectos económicos en los casos de ser solicitado por hombres.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia número 418, de 12 de junio de 2023.

Tipo y número recurso o procedimiento: RECUR. Núm. 538/2021.

ECLI:ES:TS 2023:2622

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Doña María Luz García Paredes.

Votos Particulares: Carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La resolución que analizamos aborda cuál ha de ser la fecha de efectos económicos que haya de darse a la pensión de viudedad que ha sido reconocida por la Entidad Gestora, tras una inicial decisión desestimatoria del derecho, cuando entre ambos tiempos no se ha producido una variación de las circunstancias fácticas y jurídicas.

En concreto, nos encontramos con que el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) desestimó en diciembre de 2013 la solicitud de reconocimiento de pensión de viudedad interesada por la actora tras el fallecimiento de su esposo en el extranjero (en concreto en Ecuador), razonando que no se había aportado el certificado de defunción expedido por el Registro Civil español. Presenta nueva reclamación la viuda en mayo de 2017, siendo nuevamente desestimada.

Resulta acreditado que la esposa, tras la primera denegación de su derecho, inició una serie de actuaciones ante el Registro civil de la localidad de su residencia para solicitar auxilio registral y disponer del referido documento. Ante la falta de respuesta, el 21 de mayo de 2014 la actora presentó denuncia ante el *Sindic del Greuges*, dando lugar a expediente de queja ante el defensor del Pueblo.

La sentencia del Juzgado de lo Social^[3] estimó la demanda formalizada por la viuda condenando a la entidad gestora a abonarle la pensión de viudedad por ella interesada con fecha de efectos económicos de la primera solicitud, esto es el 1 de noviembre de 2013.

Frente a tal resolución, se alza en suplicación la entidad gestora, dictando sentencia la Sala territorial en fecha 4 de noviembre de 2020^[4], y revocando la resolución de instancia acordó fijar la fecha de efectos económicos controvertida el 10 de febrero de 2017.

La Sala del Tribunal Superior razona que *“debemos estimar el recurso de la entidad gestora, en la medida en que la demandante no interpuso demanda alguna contra resolución denegatoria de 24 de enero de 2.014 como pudo haber hecho. Y es esa dejación de su derecho lo que entendemos impide el reconocimiento de efectos retroactivos hasta aquella fecha, pues se mantiene más de tres años inactiva y no olvidemos que es quien solicita la prestación quien está obligada por ley a acreditar los elementos básicos de la prestación que solicita. Ninguna responsabilidad puede atribuirse a la administración de la seguridad social española en este punto. Cuando reanuda nuevamente su pretensión el 10 de mayo de 2.017, tampoco dispone de la certificación, pero actúa correctamente y acude a la jurisdicción. Y no olvidemos que finalmente es ella misma quien acredita la defunción, sin que se haya aportado ningún dato sobre mala praxis por la demandada.*

Cita también el escrito de impugnación la sentencia de 9-11-17 de esta misma Sala, Recurso 5353/2017 en la que se otorgó una prestación de orfandad, con efectos retroactivos hasta la fecha en que se había solicitado del registro civil la inscripción de la hija beneficiaria, varios meses después de la fecha del fallecimiento del padre, por entender que era una tardanza imputable a la administración: Sin embargo, entendemos no aplicable por no ser comparable en la medida en que en aquel existía un reconocimiento de patria potestad en el testamento del fallecido que requería un trámite judicial previo, y la prestación se solicitó tan sólo un mes y 10 días más tarde a la obtención de los documentos necesarios para tramitar la pensión, por lo que no se consideró que la demora en la solicitud de la prestación fuera imputable a la solicitante, sino que se produjo por la necesidad de obtener el reconocimiento judicial de la filiación paterna no matrimonial en testamento”.

IV. Posición de las partes

Recurre la actora en casación unificadora frente a dicha resolución denunciando como infringido el art. 53.1 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), en relación con el art. 230 del mismo texto legal, y art. 39.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas.

La parte recurrente sostiene que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste^[5], no siendo admisible las afirmaciones que realiza la sentencia recurrida sobre la dejadez de derechos por no haber impugnado la resolución denegatoria de 2014, cuando se encuentra justificada en su caso al no haberse registrado la defunción del causante en el Registro Civil español, no siendo hasta el 2 de octubre de 2019 cuando la pudo obtener de la República de Ecuador el citado documento, que no ha sido impugnado por la entidad gestora que era quien exigía que fuera emitida por un organismo español. En todo caso, añade, la pensión fue reconocida existiendo los mismos hechos que cuando le fue denegada y por ello demanda la fecha de efectos que interesa, siguiendo la doctrina de esta Sala, recogida en la sentencia de contraste. Se opone la representación procesal de RTVM a la estimación del recurso invocando la Sentencia de la Sala Cuarta de 26 de noviembre de 2021 (Recud.536/2012), incidiendo en las diferencias entre una relación laboral y un mero arrendamiento de servicios.

El Ministerio Fiscal considera que el recurso ha de ser desestimado al no existir contradicción entre las resoluciones confrontadas.

V. Normativa aplicable al caso

Como hemos anticipado, la Sala interpreta de manera central el alcance del artículo 53.1 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) en cuya virtud *“El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud.*

Si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas, los efectos económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud. Esta regla de retroactividad máxima no operará en los supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos ni cuando de la revisión derive la obligación de reintegro de prestaciones indebidas a la que se refiere el artículo 55”.

VI. Doctrina básica

La sentencia que analizamos reitera la doctrina de la Sala^[6] relativa a la interpretación del precepto referido en orden a la fijación de efectos económicos de las pensiones de Seguridad Social, inicialmente denegado, cuando ulteriormente sí son reconocidas sin haberse experimentado una alteración del marco normativo y fáctico en consideración.

Colige el Tribunal que *“si bien una interpretación literal del artículo en cuestión permitiría estar a la última solicitud, no obstante el texto de la norma tampoco excluye que tal cualidad -punto de partida pueda igualmente atribuirse a una reclamación anterior indebidamente denegada, o al menos no lo hace con la claridad que es exigible para exceptuar la previsión -en favor del administrado contenida en el citado art. 57.2 LRJ-PAC”*

En la primera de tales sentencias^[7], la cuestión controvertida se centraba en determinar si, solicitada una prestación de la Seguridad Social que es inicialmente denegada sin impugnación del beneficiario, luego reiteradas, cuando finalmente se reconoce el derecho del beneficiario en los términos inicialmente solicitados y con

base en los mismos datos fácticos e idéntica normativa jurídica de los que disponía la Entidad Gestora y de la que regía en el momento de la inicial solicitud, puede otorgarse eficacia retroactiva a los actos dictados en sustitución de los revisados o anulados, siempre que la retroactividad no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas.

Allí se concluía que no puede equiparse un supuesto de revisión o anulación de actos administrativos denegatorios anteriores fundados en datos fácticos anteriormente inexistentes o no justificados, o en un cambio de la normativa vigente entre el momento inicial y el de la solicitud ulterior; con aquellos otros casos en los que las normas jurídicas aplicables no hayan variado y los datos fácticos ya estuvieran plenamente alegados y acreditados tanto en el momento inicial que originó una resolución desestimatoria como en el momento ulterior, en el que, con base en idénticos datos fácticos y jurídicos, se dicta una resolución estimatoria, tanto más si en el interin el beneficiario ha ido reclamando sucesivamente el reconocimiento de su derecho.

Las normas administrativas generales ya contemplan y regulan la diversidad de supuestos, así, en esta línea, el art. 57.3 de la Ley 30/1992 de 26-XI (de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), dispone, como excepción a la regla general que establece de eficacia de los actos desde la fecha en que se dicten, que "excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas".

Continuaba razonando la Sala que la jurisprudencia unificadora de esta Sala ha sido también sensible a esta diversidad de supuestos, habiendo abordado esta problemática especialmente en relación con la efectividad de las solicitadas modificaciones de contenido económico de una pensión de jubilación previamente reconocida y si debe retrotraerse a los tres meses anteriores a la petición deducida o debe retrotraerse a la fecha del reconocimiento del derecho a la pensión, sin perjuicio de que, en su caso, pueda operar la prescripción respecto de tales efectos económicos.

La solución^[8], ha sido la de entender, en interpretación de los arts. 153 y siguientes de la LGSS/1974, que "*si el contenido económico de la prestación (de jubilación), por un error inicial de la entidad gestora - que está en condiciones más favorables que el propio beneficiario para su adecuada determinación - quedó minusvalorado, corrigiéndose ello más tarde por sentencia firme, que estimó la pretensión del trabajador beneficiario, es lógico mantener - a falta de norma expresa de sentido contrario - que sus efectos deben retrotraerse a la fecha del reconocimiento del derecho, afectado por error en su contenido económico, sin que sea válido deducir, de una norma que consagra la imprescriptibilidad del derecho y su retroacción máxima a tres meses, la misma limitación en cuanto al contenido económico del derecho ya reconocido anteriormente en cuantía inferior, y ello independientemente de la prescripción que, en su caso, pudiera operar frente a las concretas percepciones de la prestación económica*", y, por lo que se refiere a la prescripción, se establece^[9] que el plazo aplicable, por criterios de analogía, es el quinquenal del art. 54 de la expresada LGSS/1974.

Concluye el Alto Tribunal que La aplicación de esa doctrina de la sentencia de contraste y posteriormente reiterada, es la que debió aplicar la sentencia recurrida ya que el hecho de que la demandante no acudiera a la vía judicial en solicitud del derecho no puede interferir en este caso para aplicar aquella doctrina cuando resulta que la denegación lo fue por no presentar una determinada prueba documental que, finalmente, no ha sido necesaria para obtener el derecho demandado.

VII. Parte dispositiva

Atendiendo a lo expuesto la Sala estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la actora, casando y anulando la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 4 de noviembre de 2020 en recurso de suplicación 2269/2020, corrigiendo la fecha de efectos económicos de la pensión de viudedad interesada por aquella, y fijándola en la de 13 de noviembre de 2011.

VIII. Pasajes decisivos

Centra el Tribunal sus razonamientos jurídicos más relevantes en los fundamentos de derecho primero y segundo, donde sintetiza su doctrina unificada sobre la cuestión que nos ocupa.

IX. Comentario

La sentencia analizada aborda una de las cuestiones, quizá más complejas, a la hora de enfrentarnos al estudio de las pensiones de Seguridad Social, cual es la de la determinación de los efectos económicos de las distintas prestaciones garantizadas por el sistema público social.

Como se evidencia en este caso, los supuestos de hecho a los que se enfrentan los operadores jurídicos pueden ser de lo más variopintos, presentando singularidades que muchas veces dificultan la literal aplicación de las normas contenidas en la LGSS. Entre ellas el artículo 53 que, bajo la rúbrica de "prescripción", disciplina no sólo las particulares reglas del perencimiento de las acciones en materia de Seguridad Social derivadas de la dejación de su ejercicio por las personas beneficiarias; sino las relativas a la determinación de cuál ha de ser el momento en que se dote de efectos económicos a las mismas.

En esta ocasión comprobamos cómo la Sala territorial parte de la doctrina general dictada por el Tribunal Supremo^[10] en la que se concluye que "hay una clara distinción de naturaleza y efectos entre la acción tendente al reconocimiento inicial de las prestaciones (art. 43.1.I: el derecho al reconocimiento de las prestaciones...) y las acciones mediante las que se pretenda la revisión del contenido económico de las prestaciones ya reconocidas (art. 43.1.II: si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas...". Sentado lo cual, añade: "A su vez, en una y otra, debe distinguirse entre el plazo de ejercicio de la correspondiente acción y el plazo de retroacción de los posibles efectos económicos del respectivo reconocimiento". Todo lo cual no queda contradicho sino que se confirma por la reforma introducida a partir del 1/1/2007 por la Ley 42/2006 en el artículo 43.1 EDL 2006/324546, añadiendo un párrafo segundo a dicho artículo 43.1, que queda así: "1. El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquél en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente Ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud.- Si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas, los efectos económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud. Esta regla de retroactividad máxima no operará en los supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho, o aritméticos ni cuando de la revisión derive la obligación de reintegro de prestaciones indebidas a la que se refiere el artículo 45 ". ...De acuerdo con todo ello, la citada STS de 29/3/2010 sintetiza así el estado actual de la doctrina unificada en su FD Sexto: " Así, tratándose de la acción tendente al reconocimiento inicial de prestaciones, como es dable deducir del art. 43.1.I LGSS EDL 1994/16443 y jurisprudencia que lo interpreta, resulta que: a) el plazo de ejercicio, salvo en los supuestos excepcionales de imprescriptibilidad (prestación contributiva de jubilación - art. 164 LGSS , o prestaciones por muerte y supervivencia - art. 178 LGSS), es como

regla, de prescripción y de cinco años computados a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate; y b) el plazo de retroacción de los efectos económicos del reconocimiento inicial se limita, en todo caso (sea prescriptible o imprescriptible la referida acción), a los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud". "Por otra parte, cuando se trata de la acción de revisión del contenido económico de prestaciones de Seguridad Social ya reconocidas, como es dable deducir del art. 43.1.II LGSS y jurisprudencia que lo interpreta en su redacción efectuada con vigencia a partir del 1-enero-2007, resulta que: a) en cuanto a su plazo de ejercicio, no existe un límite temporal para el mismo (no siendo, por tanto, aplicable el de cinco años fijado en la sentencia de contraste, como se ha indicado); y b) por lo que respecta al plazo de retroacción de los efectos económicos del incremento ulteriormente reconocido, se limita ahora, a partir del 1-enero-2007 (Ley 42/2006 EDL 2006/324546), como regla, a los tres meses desde la fecha de presentación de la solicitud de revisión, con las excepciones previstas en el propio precepto (rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos o revisión derivada de acción de reintegro ex art. 45 LGSS), sin que, por imperativo de la reforma legal, con posterioridad a dicha fecha, resulte ya aplicable la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta sobre este concreto extremo ((en cuanto retrotraía tales efectos económicos a la fecha del reconocimiento inicial, con independencia de que la prescripción pudiera operar frente a las concretas cantidades reclamadas y fijándose dicha prescripción en cinco años))"

Esta doctrina ha sido posteriormente reiterada por la Sala en Sentencias núm.860/2023 de 22 de febrero (recud.4471/2019), o la núm.2622, de 12 de junio (recud.538/2021).

Resulta también relevante reseñar en este caso, que como destaca el Tribunal no cabe hablar de dejación alguna del derecho por parte de la actora, quien tan pronto le fue denegada la pensión de viudedad, activó todos los "mecanismos a su disposición para obtener lo que la entidad gestora le reclamaba para el reconocimiento del derecho prestacional, no estando ya a su alcance la debida conformación del documento requerido, cuyo retraso en la obtención, por serle ajeno, no podía hacer recaer sobre ella perjuicio alguno".

No obstante ello, y sin el documento del Registro Civil español, volvió a solicitar la pensión que, en este caso y sin la oposición de la parte demandada, ha tenido por acreditado el fallecimiento con un documento distinto al que la entidad gestora le requería.

X. Apunte final

Del análisis de la doctrina expuesta se comprueba cómo lo relevante a los efectos que nos ocupan no es tanto la prestación en concreto sobre la que se controvierta (pues la misma ha sido construida en torno a distintas pensiones del Sistema como son las de orfandad, viudedad e incapacidad permanente); sino como el hecho de reconocer aquéllas tras una primera denegación, cuando no han variado entre ambos tiempos las circunstancias fácticas o jurídicas que resultaban de aplicación.

Esta doble identidad es la que ha conducido a la construcción de una doctrina que parte de las elementales normas del derecho administrativo relativas a la validez de los actos administrativos, pues el artículo 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (antiguo artículo 57.1 de la Ley 30/92) dispone que "Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa" añadiendo el inciso tercero que "excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, así como cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas".

Esa referencia a la causación de perjuicios a los interesados cuando la situación de hecho no se hubiera mutado entre el momento de la anulación del acto y el de su dictado, es la que determina en casos como el que nos ocupa la no aplicación de la regla general contenida en el artículo 53.1 de la LGSS de retroacción de efectos económicos a los tres meses anteriores al de la segunda solicitud, sino al de los tres meses anteriores al de la primera solicitud.

Referencias:

1. ^ *En sentencia de 14 de septiembre de 2023 (asunto C-113/22).*
2. ^ *Sobre el mismo ver <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/09/complemento-por-aportacion-demografica.html>, diariolaley.laleynext.es/dli/2022/06/14/complemento-por-aportacion-demografica-y-fecha-de-efectos-una-nueva-vuelta-de-tuerca, www.laboral-social.com/El-TJUE-en-sentencia-de-12-diciembre-2019-decide-que-no-solo-las-mujeres-tienen-derecho-al-complemento-de-pensiones-por-aportacion-demografica.html*
3. ^ *Sentencia de 27 de noviembre de 2019 del Juzgado de lo Social de Barcelona nº12 en autos 567/2017.*
4. ^ *Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en recurso de Suplicación 2269/202020.*
5. ^ *A saber, la STS núm57/2017, de 25 de enero de 2017, rcud.2729/2015 en la que se abordaba la fecha de efectos a partir de la cual ha de reconocerse al demandante la prestación de orfandad solicitada. En concreto, lo sucedido fue que, tras una primera solicitud de las prestaciones, estas fueron denegadas administrativamente sin que el actor impugnara judicialmente la decisión. Ello, no obstante, transcurrido el tiempo, presenta una nueva solicitud reclamando la misma prestación, que es de nuevo denegada en vía administrativa, siendo concedida finalmente por una resolución judicial. Presentada solicitud de ejecución de la sentencia estimatoria, se dictó Auto por el Juzgado que fijó como fecha inicial de efectos la de tres meses anteriores a la última solicitud en vía administrativa. Impugnado judicialmente dicho auto, resulta confirmada la decisión por la sentencia de suplicación recurrida en casación unificadora. La Sala IV, reiterando doctrina, entiende que los efectos han de retrotraerse a la fecha en la que hubiera correspondido reconocer el derecho en la primera solicitud planteada, puesto que no puede aplicarse la regla que prevé la retroacción máxima a tres meses cuando el no reconocimiento de la prestación deriva de un error de la propia Administración competente. Y dicho criterio debe mantenerse aún tras la reforma del art. 43.1 de la LGSS llevada a cabo por la Ley 42/2006, porque la nueva redacción de la norma no excluye que los efectos del reconocimiento de la prestación puedan retrortraerse a la 1ª solicitud.*
6. ^ *Sentada en SSTS 157/2023, de 22 de febrero (rcud.4471/2019), de 1 de febrero de 2000 (rcud.3214/1998) de 28 de noviembre de 2007 (rcud.5083/2006) y la aquí invocada como contradictoria STS 1080/2020, de 3 de diciembre (rcud.1518/2018).*
7. ^ *La de 28 de noviembre de 2007 (rcud.5083/2006).*
8. ^ *Reflejada, entre otras, en las SSTS/IV 25-III-1993 (recurso 690/1992), 7-VII-1993 (recurso 1193/1992, Sala General, voto particular), 23-I-1995 (recurso 1130/1994), 22-XI-1996 (recurso 3348/1995).*

9. ^ En la sentencia la citada sentencia de 7- VII-1993 (recurso 1193/1992, de Pleno).
10. ^ Entre otras en sentencia de 16-1-2014 (recud.254/2013) que reitera de 29/03/2010 (recud.1130/2009)

§ 67 ¿Determina la falta de autorización administrativa para volar en los tripulantes de cabina de pasajeros el reconocimiento de la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual?

Ángel Arias Domínguez

Subdirector de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura

Resumen: *El INSS es el órgano competente para la evaluación, calificación, y, en su caso, revisión, de las situaciones impeditas para el ejercicio de la actividad profesional (en cualquier de los grados de incapacidad permanente en que dicha inhabilidad se concrete). También es competente para la determinación de la contingencia, así como para concretar el derecho a las prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social. La circunstancia de que para el ejercicio de una profesión determinada (auxiliares de vuelo, en este caso) se exija una autorización administrativa que tenga en consideración el estado de salud de la persona trabajadora no modifica el aserto anterior, pues la competencia del INSS en esta cuestión es exclusiva. La discordancia de pareceres con respecto a la habilitación para el ejercicio de una profesión entre el organismo público (INSS) y el privado (el sistema de reconocimientos médicos ideado para los auxiliares de vuelo) debe solventarse desde un principio básico: el INSS es el único órgano competente para conceder el acceso a la prestación por incapacidad permanente.*

Palabras clave: *Incapacidad permanente total para la profesión habitual. Autorización administrativa para ejercer la profesión habitual. Competencias del Instituto Nacional de la Seguridad Social.*

Abstract: *The INSS is the competent body for the evaluation, qualification, and, where appropriate, review, of situations that prevent the exercise of professional activity (in any of the degrees of permanent disability in which said disability occurs). It is also competent to determine the contingency, as well as to specify the right to contributory economic benefits from Social Security. The fact that the exercise of a specific profession (flight attendants, in this case) requires an administrative authorization that takes into consideration the health status of the worker does not modify the previous statement, since the INSS's jurisdiction in this case question is exclusive. The disagreement of opinions regarding the authorization to practice a profession between the public organization (INSS) and the private one (the medical examination system designed for flight attendants) must be resolved from a basic principle: the INSS is the only body competent to grant access to permanent disability benefit.*

Keywords: *Total permanent incapacity for the usual profession. Administrative authorization to practice the usual profession. Powers of the National Social Security Institute.*

I. Introducción

Una trabajadora auxiliar de vuelo intima la declaración de incapacidad permanente total por accidente de trabajo. La Dirección Provincial del INSS de Madrid acordó, por resolución de abril de 2018, denegar dicha calificación, al no presentar reducciones anatómicas o funcionales que disminuyan o anulen su capacidad laboral. El Dictamen Propuesta del EVI apreciaba, no obstante, un cuadro clínico residual en el que se atestiguaban determinadas dolencias, concretamente: "*Cervicalgia postraumática (AT 10/16). Discopatía degenerativa C4-C5 y C5-C6. Hernia discal C6-C7. Prótesis discal C6-C7 (diciembre de 2016). Discopatía degenerativa lumbar de L3 a S1. Radiculopatía crónica C6-C7. Patología discal L3 a S1*".

La trabajadora interpuso la reclamación administrativa previa que fue desestimada en agosto de 2018. En ella se recogía el previo Dictamen Propuesta del EVI de ese mismo mes que concluía "*mantener a Doña YYYY no afecta de Incapacidad permanente por la contingencia de Accidente de Trabajo*", reiterándose el cuadro de dolencia residuales.

La SJS núm. 34 Madrid, de 17 de junio de 2019 (autos 979/2018) desestima íntegramente la demanda de la trabajadora para la consideración de incapacidad permanente.

La resolución fue recurrida en suplicación, y la STSJ-SOC Madrid de 14 de mayo de 2020 (rec. núm.963/2019) desestimó el recurso, confirmando en su integridad la sentencia de instancia.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala Cuarta.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 435/2023, de 15 de junio.

Tipo y número recurso: RCUUD núm. 1956/2020

ECLI:ES:TS:2023:2858.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. María Luz García Paredes.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema suscitado consiste en determinar si puede accederse a la prestación de incapacidad permanente, como situación protegida por el sistema de Seguridad Social, por la mera declaración de un órgano de naturaleza privada que analiza la idoneidad laboral de la persona trabajadora, desde el punto de vista de su salud física y síquica, para el ejercicio de dicha actividad, o si, por el contrario, dicha declaración es competencia exclusiva del INSS. En segundo lugar, aunque intrínsecamente relacionado con lo anterior, en la resolución comentada se debate cuál es el papel que juega en el procedimiento de análisis y valoración de las lesiones impeditas para el idóneo ejercicio de la actividad laboral, estos informes privados que tienen en consideración la situación médica de la persona trabajadora. Y, por último, de manera tangencial, se estudia qué ocurre desde el punto de vista del contrato de trabajo de la persona trabajadora cuando la habilitación privada para el ejercicio de la actividad laboral no se renueva (u obtiene) pero tampoco se accede a la prestación pública de incapacidad permanente. En definitiva, concretar qué consecuencias tiene para la determinación de la incapacidad permanente la pérdida de la habilitación para el ejercicio de una actividad laboral por motivos médicos o psicofísicos.

La declaración de la situación de incapacidad permanente tradicionalmente se ha residenciado en la entidad gestora de la prestación, por lo que asumir que otros órganos (administrativos, o privados) al margen de los institucionales pueden reconocer la inhabilidad para el ejercicio de una profesión supondría, sin más, romper con el monopolio que obstante el INSS para la declaración de incapacidad (en cualquiera de sus grados). Nada impide, no obstante, que la declaración de idoneidad laboral para el ejercicio de una profesión u oficio quede residenciada en un ente de naturaleza privada, como de hecho sucede en el asunto tratado, en el que un órgano externo al ente público competente para determinar la incapacidad permanente tras analizar la situación médica de la persona trabajadora concluye que no se encuentra habilitada para desarrollarla por motivos médicos. Pero esta declaración debe tener efectos únicamente en el ámbito laboral, y no en el de Seguridad Social.

La Agencia Estatal de Seguridad Aérea emitió una resolución con fecha 9 de abril de 2018 mediante la cual se acordó *“la denegación del certificado médico a la actora”, “estableciendo a tal efecto el siguiente cuadro de lesiones y secuelas de la actora: Cervicalgia derecha resistente al tratamiento médico y rehabilitador, tras cirugía hernia C6-C7 de 2016, lordosis invertida, síndrome de fatiga crónica y fibromialgia”*. En estas condiciones se deniega la renovación de la licencia oportuna para el ejercicio de la profesión habitual (asistente de vuelo) al no haber superado la valoración médica imprescindible para la concesión de la licencia.

Lo singular del caso es que esta resolución de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea fue tenida en consideración tanto por la resolución de instancia como la de suplicación, pero no se entendió, en ninguna de las instancias, que tuviese validez a efectos de la concesión del intimado grado de incapacidad. La resolución de suplicación reitera el criterio que había adoptado en otras decisiones antecedentes, conformando un parámetro interpretativo estable al respecto.

Lo que se cuestiona, en definitiva, es el monopolio del INSS para la declaración de la incapacidad laboral, cuestionando si la apreciación de órganos externos a la entidad gestora (y naturalmente interesados en el devenir de la cuestión) puede ser vinculante para la declaración de tal situación, naturalmente con las consecuencias asociadas a la misma. Especialmente en un asunto como el analizado, en el que la propia resolución denegatoria de la solicitud de incapacidad permanente reconoce un *“cuadro clínico residual”* coincidente con el apreciado por la entidad privada que es, precisamente, el que le inhabilita desde el punto de vista laboral para desarrollar su actividad profesional.

La resolución de suplicación elegida es la sentencia dictada por la misma Sala, de 19 de mayo de 2017 (rec.253/2017) en la que se resuelve una demanda sobre el reconocimiento de incapacidad permanente total para la profesión habitual de la demandante, también tripulante de cabina de pasajeros, que le fue denegada en vía administrativa por no presentar reducciones anatómicas o funcionales que disminuyeran o anulasen su capacidad laboral. A los pocos meses es nuevamente evaluada fijándose como cuadro clínico residual lesiones vasculares crónicas *“vistas en RMN cerebral llamativas para su grupo de edad, por lo que deberán llevarse a estudio los sincopes de repetición”*.

El examen que posteriormente efectúa la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (EASA), concretamente la Dirección de seguridad de aeronaves y División de Licencias al personal aeronáutico, deniega a la actora el certificado médico necesario para ejercer su actividad profesional, lo que determina que la trabajadora no puede volver a incorporarse a su puesto de trabajo, *“puesto que no cuenta con la autorización (licencia de vuelo) para poder subir a una aeronave”*. La sentencia de instancia desestimatoria fue revocada por la sentencia de contraste, que, a su vez, reproduce el criterio de una sentencia de otro tribunal (STSJ-SOC del País Vasco, de 22 de diciembre de 2015 [rec. 2282/2015]) al entender, básicamente, que la resolución emitida por la Dirección General de Aviación Civil de no considerar apto a la trabajadora para atender su actividad profesional característica permite reconocer el grado de invalidez que se postula en su demanda.

Una vez apreciada la contradicción entre las resoluciones, de lo que se trata es de resolver ahora si el alcance de una denegación de licencia de vuelo, por no haber obtenido la declaración de apto, permite, sin más, que se reconozca al trabajador la situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, pues esta competencia está residenciada en la Entidad Gestora de la prestación y no en un organismo privado que se encuentra al margen del organigrama de la Seguridad Social.

IV. Posición de las partes

Entiende la parte recurrente que la peculiaridad del régimen jurídico que rige la profesión de que se trata, que tiene un organigrama propio y articulado de concreción de las inhabilitaciones profesionales para el ejercicio de la actividad, exigiendo la concesión de una autorización o licencia que garantice la capacidad psicofísica para el desempeño del puesto de trabajo, conlleva, ineludiblemente, que la pérdida de dicha habilitación suponga la declaración de la incapacidad permanente para el ejercicio de dicha profesión.

V. Normativa aplicable al caso

* Reglamento (UE) No 1178/2011 de la Comisión de 3 de noviembre de 2011 por el que se establecen requisitos técnicos y procedimientos administrativos relacionados con el personal de vuelo de la aviación civil en virtud del Reglamento (CE) no 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE 25.11.2011)

- Subparte C: Requisitos de aptitud psicofísica para la Tripulación de Cabina.

MED.C.005 Evaluaciones aeromédicas: *“a) Los miembros de la tripulación de cabina se someterán a evaluaciones aeromédicas para comprobar que no padecen ninguna enfermedad, física o mental, que pudiera provocar incapacitación o impedir la realización de las tareas de seguridad y responsabilidades asignadas. b) Todo tripulante de cabina deberá someterse a una evaluación aeromédica antes de ser asignado por primera vez a realizar tareas a bordo de una aeronave, y posteriormente a intervalos máximos de 60 meses”.*

MED.C.035 Limitaciones: *“a) Si los titulares de un certificado de tripulante de cabina no cumplen en su totalidad los requisitos médicos especificados en la Sección 2, el AME, AMC u OHMP deberá considerar si están en condiciones de ejercer sus funciones de forma segura observando la limitación o limitaciones impuestas...”*

* Reglamento (UE) 2015/340 de la Comisión de 20 de febrero de 2015 por el que se establecen requisitos técnicos y procedimientos administrativos relativos a las licencias y los certificados de los controladores de tránsito aéreo en virtud del Reglamento (CE) no 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) no 923/2012 de la Comisión y se deroga el Reglamento (UE) no 805/2011 de la Comisión (DOUE 6.3.2015).

* XVII Convenio colectivo Iberia, LAE, SA, Operadora, S. Unipersonal y sus tripulantes de cabina de pasajeros (Resolución de 23 de abril de 2014, de la Dirección General de Empleo, BOE 8.5.2014).

- Art. 10: *“La incapacidad definitiva supondrá la cancelación definitiva de la relación con la Compañía”.*

- Art. 17: *“En el supuesto de incapacidad definitiva para la profesión de TCP, el TCP se integrará como trabajador fijo discontinuo de tierra, pasando a regirse en sus condiciones de trabajo, por lo regulado en la tercera parte del Convenio Colectivo del personal de tierra”.*

- Anexo 2: *“Cese temporal y definitivo en vuelo”*: *“Se producirá el cese en vuelo, con carácter definitivo, por alguna de las causas siguientes: 1. No apto indefinido y/o Invalidez permanente total para su profesión habitual”...“En el caso de que al TCP le sea denegado o suspendido el certificado médico, requerido para ejercer sus*

funciones como TCP, y tal situación sea considerada por el Servicio Médico de la Compañía o por el Centro Médico Aeronáutico que ésta determine como una condición de NO APTO indefinido, el trabajador pasará a ocupar el puesto en tierra que le asigne la Dirección de la Compañía”.

VI. Doctrina básica

La LGSS atribuye al INSS, cualquiera que sea la entidad gestora o colaboradora que cubra la contingencia, la competencia para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente (en cualquier de sus grados), reconocer el derecho a las prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social, así como determinar la contingencia causante de las mismas.

VII. Parte dispositiva

Se desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto, confirmándose la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia.

VIII. Pasajes decisivos

“A dicha entidad gestora es a quien la LGSS atribuye, cualquiera que sea la gestora o colaboradora que cubra la contingencia de que se trate, la competencia para evaluar, calificar y revisar la incapacidad y reconocer el derecho a las prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social por incapacidad permanente, en sus distintos grados, así como determinar las contingencias causantes de la misma”.

“Se trata de una atribución exclusiva, que se aparta de aquellos otros supuestos en los que la voluntad legislativa -siguiendo una interpretación sistemática- ha sido, por ejemplo, la de abrir paso a los organismos autonómicos gestores de las prestaciones sociales no contributivas, atribuyéndoles la competencia para declarar el grado de discapacidad de una persona en su vertiente de necesidad de asistencia de tercero”.

“...en determinadas actividades o profesiones tituladas concurre una intervención o control administrativo para su desempeño. Quienes desean desarrollar tareas profesionales (por cuenta propia o por cuenta ajena) precisan de unos títulos, permisos o licencias sin cuya posesión resulta legalmente imposible hacerlo; es frecuente también que normas administrativas, o incluso penales, contemplen severas sanciones a quienes infringen tales exigencias”.

“...aunque socialmente sea razonable que si se priva de una autorización administrativa para atender una actividad profesional no pueda desarrollarse la misma.../...lo cierto es que nuestro ordenamiento jurídico no asume esa automaticidad en el acceso a la condición pensionista de IPT cuando ya no puede ejercerse la profesión habitual”.

“La resolución del INSS no aparece como un acto debido o ancilar del que pueda emitir el órgano sectorial que conoce sobre las licencias para conducir vehículos. Es evidente que ese dato debe ser ponderado, al igual que el resto de los que consten en el expediente tramitado, pero concederle valor determinante comportaría contradecir el mandato de la LGSS y trasladar a un tercero la facultad de decidir sobre la existencia de una IPT”.

“...la pérdida de una licencia que habilita para atender una determinada actividad profesional no lleva al reconocimiento automático de la situación de incapacidad permanente para la profesión habitual”.

“Y tal conclusión no se altera por las previsiones que se contemplan en las normas que la parte recurrente invoca para justificar su pretensión porque, al margen que sobre las mismas no ha efectuado una específica identificación de los preceptos de la normativa europea que se entiende infringidos, lo cierto es que, son las entidades gestoras de la seguridad social (INSS) las que debe reconocer, bajo el procedimiento administrativo establecido, y a la vista de los informes y demás pruebas que sean oportunas, la existencia de una situación de incapacidad permanente, sin que ello le

venga establecido por decisiones administrativas que, en otros ámbitos, puedan privar, como en el caso que nos ocupa, de poder desempeñar la actividad profesional, aunque dichas decisiones sean emitidas valorando una situación psicofísica...”.

“Como dispone la regulación del convenio colectivo que rige la relación de Iberia LAE; SA y sus tripulantes de cabina de pasajeros.../...además de las funciones que el art. 17 refiere de los tripulantes de cabina de pasajeros, indicando que deben estar en posesión del certificado y habilitación correspondiente, en su Anexo 2, destinado al cese temporal y definitivo en vuelo, se indica que la pérdida de la licencia de vuelo puede ser temporal, así como producirse el cese definitivo en vuelo no apto indefinido y/o incapacidad permanente total para la profesión habitual, estableciendo que la situación de no apto indefinido permite pasar de forma inmediata al escalafón de TCP en el lugar que les corresponda de no haber perdido la licencia y pasar a ocupar el puesto en tierra que le signe la Dirección de la Compañía, con percepción de las retribuciones que allí se indican. Lo anterior pone de manifiesto, además, que el ser no apto por pérdida definitiva de la licencia de vuelo no es una situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual sino que una puede existir sin la otra o coexistir, y ello al margen de que se mantiene una actividad profesional en tierra...”

IX. Comentario

No hay la menor duda de que el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, determina, con claridad, que la competencia para declarar la situación de incapacidad permanente corresponde al INSS, cualquiera que sea la entidad gestora de la prestación.

Su art. 1 precisa, de manera cristalina, que “Será competencia del Instituto Nacional de la Seguridad Social, cualquiera que sea la Entidad gestora o colaboradora que cubra la contingencia de que se trate: a) Evaluar, calificar y revisar la incapacidad y reconocer el derecho a las prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social por invalidez permanente, en sus distintos grados, así como determinar las contingencias causantes de la misma”. En consonancia, naturalmente, con las revisiones de los arts. 66.1.a) y 42.1.c) LGSS.

Para ejercer su competencia se auxilia de los informes técnicos emitidos por los Equipos de Valoración de las Incapacidades, cuyo desarrollo funcional abarca, según indica el art. 3.1 de la referida norma: “Examinar la situación de incapacidad del trabajador y formular al Director provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social los dictámenes-propuesta, preceptivos y no vinculantes, en materia de: a) Anulación o disminución de la capacidad para el trabajo por existencia de situaciones de invalidez permanente, calificación de estas situaciones en sus distintos grados, revisión de las mismas por agravación, mejoría o error de diagnóstico, y contingencia determinante”.

Dicho informe será acompañado del “alta médica de asistencia sanitaria y del historial clínico, previo consentimiento del interesado o de su representante legal, remitido por el Servicio de Salud o, en su caso, por la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o empresa colaboradora, cuando se trate de afiliados que tengan cubierta la incapacidad temporal por dichas entidades o, en su defecto, informe de la Inspección Médica de dicho Servicio de Salud” (art. 5.1.a)]. Historial clínico en el que, en buen hacer, deberán figurar los informes sobre el estado de salud de la persona trabajadora que haya evacuado la entidad privada que analiza la idoneidad laboral para la renovación (o concesión) de la licencia burocrática necesaria para desarrollar la profesión de que se trate.

Más allá de la posible aportación voluntaria por parte de la persona trabajadora afectada, no parece que el diseño del mecanismo técnico de aportación del historial médico al procedimiento que se desarrolla en el INSS sea especialmente ágil o eficaz. Es inexistente, por decirlo claramente, la coordinación entre el ente institucional competente para la declaración de la incapacidad permanente en el ámbito de la

Seguridad Social con aquellos otros de naturaleza privada que analizado la salud de la persona trabajadora y su relación con la actividad laboral evacuen resolución con transcendencia laboral.

X. Apunte final

La lectura de la resolución provoca dos sensaciones, hasta cierto punto contrapuestas. Seguridad e insatisfacción. Seguridad, porque apuntala el monopolio del INSS en la declaración de las situaciones impeditivas del ejercicio de una profesión u oficio. Insatisfacción porque el informe de la autoridad aeroportuaria que declara que la persona trabajadora no es 'apta' para el desarrollo de la profesión que ha venido desarrollando tiene consecuencias laborales inmediatas.

El resultado es ciertamente contradictorio. La autoridad aeroportuaria no considera que la trabajadora pueda ejercer su actividad de manera segura, pero, al mismo tiempo y analizando los mismos datos médicos, la Seguridad Social no entiende oportuno que pueda concedérsele la prestación por incapacidad permanente, básicamente por no ser las lesiones que padece impeditivas para el ejercicio de dicha profesión. No por otra razón relacionada con la falta de carencia o el cumplimiento de cualquier otro requisito formal en su solicitud.

Con ello nos encontramos, desde el punto de vista de la trabajadora afectada, en una madeja realmente incómoda y muy difícil de desenhebrar. No puede ejercer su actividad, porque no se la considera apta para ello, pero tampoco puede acceder a la prestación de incapacidad permanente, pues no ha sido así declarada. Se supone, además, que no ha sido despedida por ineptitud sobrevenida (aunque sobre este punto no podemos afirmarlo categóricamente, porque no era motivo del recurso y, además, porque no se deduce implícitamente de la lectura de la resolución) por lo que su contrato continúa en vigor, pero, como se comenta, no puede ejercer su actividad profesional, porque lo que se supone que no percibe la remuneración de su contrato de trabajo.

Es cierto que para esta circunstancia el Anexo 2 del Convenio Colectivo aplicable dispone que *"En el caso de que al TCP le sea denegado o suspendido el certificado médico, requerido para ejercer sus funciones como TCP, y tal situación sea considerada por el Servicio Médico de la Compañía o por el Centro Médico Aeronáutico que ésta determine como una condición de NO APTO indefinido, el trabajador pasará a ocupar el puesto en tierra que le asigne la Dirección de la Compañía"*, produciéndose una singular movilidad funcional por obra y gracia del Convenio que permite compatibilizar, hasta cierto punto, ambas circunstancias: la imposibilidad de volar, pero el mantenimiento del contrato con ejercicio de alguna actividad profesional. El problema, no se esconde, radica en cuál es la diferencia remuneratoria entre ambos puestos de trabajo, pues es de suponer que es superior cuando se desarrolla la actividad característica principal, esto es, volar como auxiliar de vuelo.

Más allá de que pueda someterse a otro control médico pasado un tiempo para apreciar si han sanado sus dolencias, lo que nos llevaría a volver a admitir a la trabajadora como personal de vuelo por la dificultosa vía de los arts. 48.2 y 49.1.e) ET, lo que la resolución confirma es la vigencia de dos principios.

Uno positivo: que la declaración de la situación de incapacidad permanente sólo puede ser decretada por el INSS.

Otro negativo: que los únicos informes realmente trascendentes que deben tenerse en consideración para resolver este tipo de pretensiones son los emitidos por los EVI 's, pues la dinámica enjuiciadora de estas situaciones es muy poco permeable a la admisión de otro tipo de documentación que muestre el estado de salud de la persona trabajadora, como son, en este caso, los que ha evacuado la Autoridad Aeroportuaria, que sí entienden como impeditivas para el ejercicio de la actividad profesional las dolencias padecidas por la persona trabajador, que, para más complejidad, son consideradas residuales por la propia resolución de la Seguridad Social.

Es cierto que el art. 5.1.c) RD 1300/1995 prevé que una vez “emitido el dictamen-propuesta” se “concederá audiencia a los interesados para que aleguen cuanto estimen conveniente”, y también es cierto que cuando “*las características clínicas del trabajador lo aconsejen, o resulte imposible la aportación de los documentos señalados en el párrafo a) de este artículo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá solicitar la emisión de otros informes y la práctica de pruebas y exploraciones complementarias, previo acuerdo con los centros e instituciones sanitarias de la Seguridad Social u otros centros sanitarios*” (art. 5.3), pero de ambas posibilidades no se asegura la concesión de un trámite de audiencia claro y diáfano dirigido expresamente a la aportación de informes sobre el estado de salud del sujeto que pueden avalar su pretensión. El primero de los aquí comentados, está previsto únicamente para cuando ya se haya emitido el dictamen-propuesta, y el segundo únicamente si la aportación de la historia clínica no resulta posible.

Parece razonable que se permitiese con más facilidad la aportación de informes por parte de la persona interesada, especialmente antes de la formalización del dictamen-propuesta. Singularmente en profesiones u oficios en los que la no idoneidad laboral apreciada por otros entes privados conlleva la pérdida del puesto de trabajo, por más que en este caso se la acomode en otro con un singular mecanismo de movilidad funcional prevista en el convenio colectivo de aplicación.

§ 68 La aplicación de la figura del indefinido no fijo a las fundaciones del sector público.

Francisco A. Vila Tierno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga.

Resumen: *En las fundaciones que pertenecen al sector público institucional, a pesar de su configuración como entidad privada, debe aplicarse la misma doctrina jurisprudencial respecto a la figura de indefinido no fijo que se establece a partir de la aplicación de la disposición adicional primera del EBEP.*

Palabras clave: *Acceso al empleo público. Contratación laboral. Sector público.*

Abstract: *Nelle fondazioni che appartengono al settore pubblico istituzionale, nonostante la loro configurazione come entità privata, si dovrebbe applicare la stessa dottrina giurisprudenziale rispetto alla figura del contratto a tempo indeterminato non permanente stabilito dall'applicazione della prima disposizione aggiuntiva dell'EBEP.*

Keywords: *Acceso al pubblico impiego. Assunzioni. Settore pubblico.*

I. Introducción

La resolución judicial que ahora es objeto de comentario tiene el especial interés de delimitar el ámbito de aplicación de la disposición primera del EBEP y, por consiguiente, la posible aplicación de la doctrina relativa a los indefinidos no fijos, respecto a unas entidades cuya naturaleza ha planteado serias dudas en cuanto a su normativa aplicable. La confluencia de caracteres propios del Derecho Privado y del Público, sometían a un margen de incertidumbre la gestión de personal de estas instituciones, así como las consecuencias jurídicas de los posibles incumplimientos en materia de contratación laboral, pero, fundamentalmente, y lo que es objeto de esta sentencia, respecto a la necesaria aplicabilidad -o no- de los principios constitucionales de acceso al empleo público.

La trascendencia de esta última cuestión es de una significativa importancia porque, de una parte, condiciona el propio modo de celebración de las pruebas de acceso a las mismas, presididas, como se ha dicho, por los principios recogidos en el art. 55 EBEP (por remisión de la citada disposición adicional primera) y, de otra, que la ignorancia de los mismos, conducen, necesariamente, a la consideración de la existencia de una persona trabajadora indefinida no fija.

En este sentido, la tan reiterada disposición del EBEP, lo que hace es acotar el radio de aplicación de esta norma a aquellas entidades que no forman parte de su ámbito objetivo (art. 2), pero que sí lo son en cuanto pertenecientes al sector público. Del conjunto de la normativa administrativa y de la interpretación de los propios Tribunales debe determinarse quienes conforman ese sector y, si entre ellas, podemos incluir a las Fundaciones.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 441/2023, de 20 de junio.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ núm. 2508/2020.

ECLI:ES:TS:2023:3131

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema que se contempla y sobre el que se falla en esta Resolución parte de una serie de premisas básicas reseñadas en los Hechos Probados y Fallo de la sentencia de instancia:

- Una trabajadora que presta servicios para la Fundación que ha sido demandada, lo hace al amparo de un contrato por obra o servicio determinado desde el 15 de febrero de 2005 (HH.PP. 1 y 3).
- La actora interpone una demanda en reconocimiento de derechos, cuyo fallo en el Juzgado de lo Social determina que la naturaleza de la relación es de carácter indefinido.
- “La empresa demandada es una organización privada de naturaleza fundacional perteneciente al sector público autonómico, sin ánimo de lucro y cuyo patrimonio se haya afectado, de modo duradero, a la realización de los fines de interés general propios de la institución” (H.P. 4º).

La cuestión, por tanto, es, si teniendo tal naturaleza la entidad, cabe la calificación jurídica como relación de naturaleza indefinida o si, sin embargo, debe matizarse a la indefinida no fija propia de las entidades del sector público.

En este sentido, esta sentencia no puede entenderse sin las conclusiones a la que se llega en la determinante, para el fallo de la resolución que ahora nos ocupa, de la STS 319/2023, de 26 de abril (rcud. 2220/2020) - ECLI:ES:TS:2023:1890- que es la que resuelve sobre la referida naturaleza de la Fundación, verdadero elemento básico que condiciona la solución adoptada.

IV. Posición de las partes

Por la parte actora, como se refleja de manera literal en el FJ1º de la resolución analizada, se defiende que “la citada fundación es un ente jurídico-privado, constituido y financiado por los poderes públicos, incluido de alguna manera en el denominado “sector público”, pero que sus relaciones jurídico externas y la contratación se rige por el derecho privado, lo que le lleva definitivamente a considerar que no cabe integrarla “en el ámbito subjetivo del art. 2 de la ley 7/2007, lo que determina que a su personal le es aplicable la normativa del Estatuto de los Trabajadores y del Convenio Colectivo correspondiente”. Dicha posición es la que asume tanto el Magistrado a quo, como el Magistrado ad quem en la sentencia de suplicación que confirma la anterior “por entender que se trata de una entidad de derecho privado a la que no le resulta aplicable la normativa legal sobre contratación en el sector público, sino la regulación ordinaria del ET”.

Por la parte demanda, sin embargo, se viene a denunciar la “infracción del art. 55 y DA 1ª EBEP, para sostener que su naturaleza jurídica es la de una entidad integrada a estos efectos dentro del sector público, en la que resultan aplicables las reglas sobre

contratación de sus trabajadores que conducen a calificar la relación laboral en fraude de ley como indefinida no fija. Posición compartida por el Ministerio Fiscal que entiende aplicables los principios de igualdad, mérito y capacidad en la contratación de esta entidad y, ante su ausencia, se debe aplicar la doctrina jurisprudencial sobre el indefinido no fijo.

Sentadas las bases de las partes, la contradicción entre ellas es evidente: ¿se trata o no de una entidad del sector público en el marco de la disposición adicional primera del EBEP? La respuesta en uno u otro sentido es la que predetermina el Fallo y esta viene dada, como hemos adelantado, por la STS 319/2023, de 26 de abril (rcud. 2220/2020) - ECLI:ES:TS:2023:1890-.

V. Normativa aplicable al caso

Como preceptos básicos de aplicación a este supuesto de hecho, podemos citar los siguientes que, sin embargo, en su mayoría no son los que se aplican en la sentencia ahora analizada, sino en la que acabamos de citar en el párrafo precedente (STS 319/2023, de 26 de abril):

-Art. 2 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y art. 2 Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público:

Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación.

1. La presente Ley se aplica al sector público, que comprende [...]

d) El sector público institucional.

2. El sector público institucional se integra por [...]

b) Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas, que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas.

3. Tienen la consideración de Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público previstos en la letra a) del apartado 2 anterior.

-Art. 3 Ley 9/2017, Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público (no citada en la resolución comentada pero que resulta especialmente clarificadora y complementaria):

“1. A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público las siguientes entidades [...]

e) Las fundaciones públicas. A efectos de esta Ley, se entenderá por fundaciones públicas aquellas que reúnan alguno de los siguientes requisitos:

1.º Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución.

2.º Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente.

3.º Que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público [...]

“2. Dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas las siguientes entidades:

a) Las mencionadas en las letras a), b), c), y l) del apartado primero del presente artículo.

b) Los consorcios y otras entidades de derecho público, en las que dándose las circunstancias establecidas en la letra d) del apartado siguiente para poder ser considerados poder adjudicador y estando vinculados a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas, no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado. Se entiende que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado cuando tengan la consideración de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas”.

-Art. 2 EBEP: “Ámbito de aplicación.

1. Este Estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas [...]”

-Art. 7 EBEP: “Normativa aplicable al personal laboral.

El personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”.

-Disposición adicional primera EBEP: “Ámbito específico de aplicación.

Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica”.

-Art. 55 EBEP: Principios rectores.

1. Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico.

2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación [...]”

VI. Doctrina básica

La conclusión básica a la que llega la presente sentencia es la de aplicar los efectos que se derivan en el “sentido de extender la figura del indefinido no fijo a todas las entidades del sector público comprendidas en el ámbito de afectación de la DA1ª EBEP” (FJ 2º).

En este sentido, el hecho de que una entidad no forme parte de lo que de un modo estricto se considera Administración Pública -y lo excluya, por tanto, del marco convencional que ampare a la misma, p.ej. sobre esta misma Fundación y la no aplicación del del VIII Convenio Colectivo del personal laboral del Gobierno de Cantabria por STS 319/2023, de 26 de abril (rcud. 2220/2020)-, no implica que no entre a constituir lo que se denomina sector público institucional.

A pesar, incluso, de que la Fundación pueda tener el carácter de ente jurídico-privado y que en estos casos el TS ha sido reticente a la hora de reconocer la aplicabilidad de la DA 1ª, las STS/4º/Pleno de 18 junio 2020 (rcuds. 1911/2018, 2005/2018 y 2811/2018) resuelven ampliar este ámbito de aplicación a otros entes que también pueden situarse en esa misma esfera del sector público, las sociedades mercantiles, de forma que no cabe entender una solución distinta para un ente que encuadramos y reconocemos en el mismo ámbito.

VII. Parte dispositiva

Tras retomar la doctrina que el propio TS ha ido elaborando respecto de las personas trabajadoras indefinidas no fijas, especialmente de manera reciente en lo que respecta a su aplicación a las sociedades mercantiles integradas en el sector público, entiende que otra entidad, como hemos señalado en el epígrafe anterior, que comparte ese mismo carácter, tiene que aplicar la misma doctrina.

En consecuencia, reconoce que una Fundación que forme parte del sector público -en este caso autonómico- conforma el conglomerado de entes que constituye el sector público institucional, al que alcanza la necesidad de cumplir con los principios constitucionales de acceso al empleo público y, como en el caso objeto de enjuiciamiento ello no se produce, debe reconocerse una relación indefinida no fija, estimando, por tanto, la posición de la Fundación en este proceso y, en consecuencia, el recurso de casación.

VIII. Pasajes decisivos

Prácticamente el contenido completo del Fundamento Jurídico Tercero es lo esencial para el fallo de esta sentencia, en el mismo, se expresa lo siguiente: *"Por citar tan solo alguna de las más recientes, la STS 22/2023, de 24 de enero (rcud. 1701/2019), recuerda la ya consolidada y uniforme doctrina en esta materia, para reiterar que "esta Sala ha venido señalando que era difícil sostener que el personal de una sociedad de derecho privado pudiera ser calificado como indefinido no fijo, "al ser ésta una calificación jurisprudencialmente establecida para garantizar la situación de quienes prestaban servicios para entidades públicas, buscando preservar los principios que rigen el acceso a la función pública".*

Sin embargo, tal doctrina ha sido objeto de revisión y modificación por las STS/4ª/ Pleno de 18 junio 2020 (rcuds. 1911/2018, 2005/2018 y 2811/2018) para declarar, en suma, que la figura del indefinido-no-fijo es también aplicable a las sociedades mercantiles públicas. Las indicadas sentencias han sido seguidas por la STS/4ª de 2 julio 2020 (rcud. 1906/2018), 10 septiembre 2020 (rcud. 3678/2017) y 17 septiembre 2020 (rcud. 1408/2018), entre otras muchas.

2. - *Por elementales razones de seguridad vamos a reproducir lo que en todas ellas se razona, siendo la sentencia referencial la que se acomoda a dicha doctrina, mientras que la recurrida sigue una jurisprudencia que ha sido alterada y ha devenido obsoleta.*

En las precitadas sentencias¹ hemos concluido que: "el contrato de trabajo indefinido no fijo no se aplica exclusivamente a las Administraciones públicas ni a las entidades de derecho público, sino que también opera en las entidades del sector público en las que el acceso se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional 1ª en relación con el art. 55.1 del EBEP. Cuando el EBEP ha querido referirse a las entidades del sector público lo ha hecho así expresamente. La mentada disposición adicional amplía la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad a las "entidades del sector público estatal". Estos principios se aplican a entidades que no están mencionadas en el art. 2 del EBEP. El concepto jurídico "entidad del sector público estatal" incluye entidades privadas que, de conformidad con el art. 2 del EBEP, integran el sector público institucional.

2. *La relación laboral indefinida no fija tiene como finalidad salvaguardar los principios que deben observarse en el acceso al empleo público (no solo a la función pública) a fin de evitar que el personal laboral temporal contratado irregularmente por una entidad del sector público adquiera la condición de trabajador fijo en el puesto que venía desempeñando. Para impedirlo, su condición pasa a ser la de trabajador contratado por tiempo indefinido con derecho a ocupar la plaza hasta que se cubra por el procedimiento previsto o se amortice. Dicha finalidad debe cumplirse también en las*

entidades públicas cuya normativa prevé el acceso respetándolos criterios de igualdad, mérito y capacidad.

3. Es cierto que el art. 103 de la Constitución hace referencia al "acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad". Pero el hecho de que la Carta Magna solamente vincule el mérito y la capacidad con el acceso a la función pública no impide que normas con rango legal también puedan exigir el respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a empleo público distinto de la función pública, como ha hecho la disposición adicional 1ª en relación con el art. 55.1 del EBEP, ampliando el ámbito de aplicación de dichos principios a fin de evitar que la contratación temporal irregular permita el acceso a la condición de trabajador fijo de estas empresas del sector público. Se trata de salvaguardar el derecho de los ciudadanos a poder acceder en condiciones de igualdad al empleo público en dichas entidades".

2.- La aplicación de esa misma doctrina al caso de autos obliga a afirmar la naturaleza indefinida no fijada la relación laboral de la demandante, al ser la empleadora una fundación que forma parte del sector público autonómico y pertenece en consecuencia al sector público institucional, a la que le resulta aplicable la disposición adicional 1ª EBEP en los términos expresados en el apartado anterior".

Para aplicar esta conclusión, no obstante, parte de una premisa básica que se incluye en el Fundamento Jurídico segundo, y que es, precisamente, la que identifica la naturaleza de la Fundación como entidad del sector público institucional: "En la reciente STS 319/2023, de 26 de abril (rcud. 2220/2020), hemos tenido ocasión de analizar la naturaleza jurídica de la fundación IDIVAL al resolver un asunto en el que se peticionaba la aplicación a su personal del VIII Convenio Colectivo del personal laboral del Gobierno de Cantabria.

Y a efectos de decidir si está incluida en el ámbito de aplicación de dicho convenio colectivo razonamos que no es "una Administración pública, ni un organismo público, ni una entidad de derecho público" y "que su régimen jurídico es distinto del que tienen esas personas jurídicas públicas", lo que nos lleva a negar que "tenga la naturaleza de entidad de derecho público" y por esa razón no está sometida a las previsiones de esa norma convencional.

Ahora bien, igualmente afirmamos que IDIVAL "pertenece al sector público institucional", y en lo que ahora interesa a los efectos de este litigio, esa consideración supone que se encuentra en la misma situación jurídica que la fundación a la que se refiere la sentencia de contraste en orden a la aplicación de la normativa legal en la contratación de su personal".

Al respecto, la reiterada STS 319/2023, de 26 de abril, había reconocido que los argumentos sobre el carácter de la entidad barajados en la misma "no suponen que la Fundación IDIVAL tenga la naturaleza de entidad de derecho público. Se trata de una organización privada de naturaleza fundacional, no de una entidad de derecho público. El hecho de que esté sometida a normas de derecho privado, incluido el Derecho del trabajo, no transmuta su naturaleza. Si que pertenece al sector público institucional. Pero es que dicho sector se integra por personas jurídicas muy diversas, incluyendo determinadas entidades de derecho privado y las Universidades públicas. La pertenencia al sector público institucional no supone que las fundaciones públicas se conviertan en entidades de derecho público".

IX. Comentario

No resulta novedosa, en esta sentencia, la doctrina sobre la relación como indefinido no fijo^[2], que aquí se reitera y reproduce, pero sí la determinación del alcance de la Disposición Adicional primera del EBEP. En este sentido, lo más relevante es que si ya se realizó la pertinente aclaración respecto a que dicha disposición abarcaba todo el sector público institucional, a través de la interpretación realizada respecto a las sociedades mercantiles públicas, ahora lo hace con relación a

las Fundaciones que, a pesar de tener una conformación y origen privado, por su adscripción y caracteres, resultan también subsumibles en ese campo de lo público. Siendo así, no pueden aplicar de un modo estricto el Derecho Privado, sino que deben conjugarse, de un modo equilibrado los ordenamientos públicos y privados, para atender a los intereses de uno y otro orden.

En este sentido, atendiendo al régimen jurídico de la entidad demandada, una Fundación, se desprende que ésta carece de la consideración de Administración Pública en sentido estricto, en tanto que, el art. 2.3 Ley 40/2015, reserva tal carácter, además de las Administraciones General, Autonómica y Entidades que integran la Administración Local, a los "organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas"^[3].

Es preciso, a partir de esta afirmación, destacar tres elementos claves:

- No tienen la misma consideración las entidades de derecho público y otras entidades como las Fundaciones que aun teniendo de ente jurídico-privado, no pierden su adscripción a lo público;
- Que respecto a la regulación de las relaciones laborales se tomará como marco de aplicación la ordenación por el ordenamiento jurídico privado en lo que respecta a su personal, de manera concreta y, en especial, el Estatuto de los Trabajadores (ET) y las normas convencionales en cuyo ámbito funcional se integre, si bien...
- Como integran el sector público se les aplica determinadas prescripciones, concretamente como la normativa presupuestaria o respecto de la normativa de acceso al empleo público ya que, aunque no se incluyen en el marco del art. 2 EBEP, sí lo hacen, como hemos reiterado, en su DA 1ª;

Y así lo ha expresado de manera literal el TS cuando ha afirmado que las entidades de esta naturaleza "se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y de contratación" (STS núm. 618/2016 de 6 julio, ECLI: ECLI:ES:TS:2016:3613).

Siendo así, a una entidad de derecho público, les aplicable íntegramente el EBEP, pero a otra que no tenga tal naturaleza pero se incluya en el Sector Público Institucional (como una Fundación), únicamente se aplicará la parte del mismo relativa al acceso al empleo, lo que supone modular las reglas de contratación que el Estatuto de los Trabajadores fija en su art. 15, así como las consecuencias de su incumplimiento.

X. Apunte final

En un número significativo de casos, muchas entidades que responden a la naturaleza de entes jurídico-privados desconocen si están adscritas de algún modo al sector público institucional. Este punto resulta absolutamente relevante a los efectos de determinar la aplicación de los principios de acceso al empleo público.

En esta línea, este apunte final cobra especial trascendencia, ya que nos sirve para destacar que lo complejo de su regulación -o la ausencia de ésta en algunas circunstancias-, con una normativa estatal que carece del carácter de básica^[4], obliga a un estudio pormenorizado de los Estatutos de tales entidades para determinar la naturaleza de las mismas y, en consecuencia, su régimen jurídico.

Y ello es precisamente lo que se había hecho con carácter previo la reiterada STS 319/2023, de 26 de abril -sin la que es imposible entender el fallo de la que ahora se comenta-, con reconocimiento expreso de la naturaleza de la Fundación como integrante de sector público.

Siendo así, la conclusión es evidente: no toda Fundación, de manera automática, queda vinculada por la DA 1ª y el art. 55 EBEP, sino solo aquella que se reconozca, de

manera definitiva, como integrante del sector público institucional. Éstas, y solo éstas, deberán respetar los principios de acceso al empleo público.

Referencias:

1. [^] *La doctrina del Tribunal Supremo a la que se refiere, se ha ido formulando sobre la figura del trabajador indefinido no fijo y que queda resumida, v.gr. en la STS 4295/2021, de 23 de noviembre o en el ATS 1668/2022, de 2 de febrero. Concretamente, se dispone que “la reciente jurisprudencia de la Sala Cuarta sobre la calificación de indefinidos no fijos y no de fijos a los trabajadores contratados en fraude de ley en sociedades públicas estatales (SSTS 10 de junio de 2020, R. 1911/2018; R. 2811/2018; R. 2005/2018; R. 2811/2018; 2 de julio de 2020, R. 1906/2018 y 17 de septiembre de 2020, R. 140820/18), por lo que no pueden tener favorable acogida las alegaciones de la recurrente en trámite de inadmisión. Así, dichas resoluciones aplican el mandato de los arts. 2, 55 y, especialmente, de la Disposición Adicional Primera del EBEP, al disponer en ella que la normativa de acceso al empleo público es de aplicación a las entidades del sector público estatal, autonómico y local que no estén incluidas en el art. 2 del citado texto, y que están definidas así en su normativa específica. Como refiere esas resoluciones “Dicho precepto hace referencia, entre otras, a las entidades de derecho público y la Sala Cuarta concluye que la expresión entidades del sector público es más amplia que entidades de derecho público [...] En definitiva, en la medida en que Canal de Isabel II comparte naturaleza jurídica con AENA, las consideraciones vertidas por las sentencias de la Sala Cuarta sobre la aplicación a AENA de los principios de acceso al empleo público son extrapolables a la empresa Canal de Isabel II” (STS 30/6/2021, Rec 1607/20 y 1517/20; 5/7/2021, Rec 1492/20; 15/9/2021; Rec 4808/19 y 20/9/2021, Rec 1326/20, entre las más recientes y relativas al Canal Isabel II)”.*
2. [^] *De hecho, la doctrina básica al respecto se desarrolla por Prof. Sempere Navarro en un artículo anterior de esa misma Revista - Sempere Navarro, A.V. “Inaplicación de la categoría “indefinido no fijo” para el personal estatutario”. Revista de Jurisprudencia Laboral. Número 5/2023- que viene a indicar que “La jurisprudencia laboral viene ocupándose también con reiteración de este problema. Su construcción del personal indefinido no fijo (PINF) obedece a la necesidad de brindar una solución a la aparente contradicción que sendos bloques normativos propician cuando se examinan las consecuencias de que un empleador de naturaleza pública haya incumplido las reglas sobre contratación temporal: mientras que las previsiones del Derecho del Trabajo tienden hacia la fijeza de la relación laboral (art. 15 ET y concordantes), desde la perspectiva del Derecho del Empleo público se insta a mantener la relación con las características (temporalidad) que gobernaron su acceso en régimen de publicidad y mérito (arts. 1.3.b EBEP y concordantes). La categoría, como tantas veces se ha explicado, vino a resolver una compleja concurrencia de preceptos: los que abocan a declarar la fijeza del contrato de trabajo y los que exigen respeto a principios constitucionales (igualdad, mérito, capacidad) para acceder a un empleo fijo en el sector público [...] El contrato del PINF se separa del estrictamente temporal. La prototípica causa de finalización por*

llegada del término final previsto desaparece [...]Las razones que han abocado a nuestra jurisprudencia a proyectar esta categoría conceptual sobre determinadas relaciones laborales son las siguientes:Nuestra Constitución exige que el acceso al empleo público esté presidido por el respeto a los principios de igualdad mérito y capacidad.El acceso a un empleo público de carácter fijo solo es posible respetando esos principios.Los abusos o fraudes en materia de temporalidad, que en el ámbito privado comportan la conversión del contrato en fijo, no pueden tener esa consecuencia en el ámbito del empleo público.La jurisprudencia viene considerando como una solución armónica con las diversas normas en presencia la atribución de la condición de PINF a quienes han sido víctimas de abuso o fraude en la contratación desde la perspectiva de las normas laborales. De este modo se concilian derechos heterogéneos:Las personas perjudicadas por los abusos contractuales acceden a un estadio diverso al de personal estrictamente temporal:Ya no cabe la válida terminación del contrato por la llegada del término final, la expiración de la obra o servicio.Pese a que hubiera finalizado la duración prevista de su contrato o la máxima legalmente admitida para la contratación temporal, poseen derecho a seguir prestando la actividad hasta que se convoquen pruebas para el acceso definitivo al empleo [...]Las Entidades empleadoras del sector público también ven reforzada de este modo su posición institucional:Los principios de mérito y capacidad permiten el reclutamiento de las personas con mejor preparación para desempeñar las tareas correspondientes.Se impide la incorporación de personas fijas respecto de las que la entidad empleadora no ha emitido un consentimiento válidamente formado, en línea con lo expresado en ocasiones por el TJUE respecto del acceso a las propias Instituciones comunitarias”.

3. *^ A estos efectos, podría resultar clarificador el contenido del art. 3.2 Ley 9/2017 frente al apartado primero de ese mismo precepto. En el mismo debe distinguirse entre sector público en sentido amplio (art. 3.1), y Administraciones Públicas en un sentido estricto (art. 3.2). Una Fundación se podría situar en la esfera del apartado 3.1 e) Ley 9/2017 y, por tanto, fuera de la regulación más estricta del art. 3.2 en sus apartados a) y b).*
4. *^ Vid. arts. 130 y 133, así como la disposición final 14ª Ley 40/2015.*

§ 69 El espejismo de la percepción duplicada del complemento de maternidad por ambos progenitores por aplicación de la DT 33ª del TRLGSS.

Inmaculada Ballester Pastor

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón.

Resumen: *El RDL 3/2021 incorpora en la DT 33ª del TRLGSS un precepto que fija las reglas referidas a la compatibilidad entre el complemento por aportación demográfica y el complemento por brecha de género, de manera que se obliga a minorar en su cuantía uno de los estos dos complementos cuando comienza a percibirse el otro. El Alto Tribunal entiende que esta previsión es aplicable en el supuesto que aquí aparece; en cambio, el Voto particular que incorpora el pronunciamiento sostiene lo contrario, por cuanto el hecho causante del complemento minorado es anterior al RDL 3/2021.*

Palabras clave: *Complemento por maternidad. Complemento por aportación demográfica. Complemento de brecha de género. Minoración. Cuantía. Normas transitorias.*

Abstract: *RDL 3/2021 incorporates in its DT 33 a precept that requires the reduction of the maternity supplement due to the demographic contribution that would be received if the other parent is later recognized with the supplement due to the gender gap. The High Court resolves that, in the particular case discussed here, the supplement must reduce its amount, but the dissenting opinion that incorporates the ruling maintains the opposite, since the causative event predates RDL 3/2021.*

Keywords: *Maternity supplement. Demographic contribution supplement. Gender gap supplement. Reduction. Amount. Transitional rules.*

I. Introducción

El conflicto planteado en el presente recurso de casación de unificación de doctrina versa acerca de si, en el caso de que el complemento de maternidad contemplado en el art. 60 LGSS haya sido reconocido a ambos progenitores -algo perfectamente posible a la vista de la Sentencia 362/2023, de 17 de mayo- debe minorarse la cuantía del segundo complemento, en cumplimiento de lo dispuesto en la DT 33ª del TRLGSS redactada por el RDL 3/2021, o si, en cambio, tal DT 33ª no resultaría aplicable a este supuesto y, por tanto, ambos progenitores tienen derecho a la percepción completa del suyo. Como se verá, el Alto Tribunal, dando la razón a la Entidad Gestora recurrente, responde aquí afirmativamente y entiende que el complemento del segundo progenitor sí debe rebajarse en su cuantía.

El pronunciamiento contiene un Voto particular que formula la Magistrada Excmá Sra. Dª Rosa Virolés Piñol. La Magistrada discrepante entiende que el actual caso no

se encuentra bajo la vigencia del RDL 3/2021, por cuanto el hecho causante es anterior, motivo por el que el complemento que se reconoce al segundo progenitor no debiera ser objeto de minoración, en concordancia con la Sentencia del TS de 17 de mayo de 2023, con la STJUE de 12 de diciembre de 2019 y con las Sentencias del Alto Tribunal 160, 163 y 487/2022, debiendo hacerse una interpretación con perspectiva de género y extenderse la protección del sistema de seguridad social y la percepción de las correspondientes prestaciones a supuestos -como éste- que no están expresamente contemplados por la normativa de seguridad social.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: Resolución nº 461/2023, de 29 de junio.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina.

ECLI:ES:TS:2023:3052.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: María Luz García Paredes.

Votos Particulares: Si cuenta.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Nicolás tiene dos hijos, nacidos ambos en octubre de 1980 y en julio de 1985, y tiene reconocida una pensión de jubilación con fecha de 8 octubre 2018, sobre una base reguladora mensual de 2.100,85 euros, con porcentaje del 100% y con efectos económicos desde el 5 octubre 2018. El 4 de febrero de 2021 solicita el complemento por maternidad previsto en el art. 60.1 LGSS con efectos desde el día del reconocimiento inicial de su pensión de jubilación. El complemento es denegado por Resolución del INSS de fecha 11 febrero 2021 y, formulada reclamación previa, la misma es igualmente denegada por Resolución de 24 febrero 2021.

Nicolás reclama, entonces, judicialmente, el pago del complemento y la Sentencia de 14 de enero de 2022, del Juzgado de lo Social nº 2 de Santander, estima la demanda declarando su derecho a percibir el mismo en el porcentaje del 5% aplicable sobre la cuantía inicial de la pensión de jubilación y con efectos económicos desde el 4 noviembre 2020 -tres meses antes de la presentación de la solicitud que está fechada el 4 de febrero de 2021-. Añadido a ello, el Juzgador entiende que el importe del complemento de Nicolás debe reducirse porque la mujer de Nicolás, también pensionista de jubilación, viene percibiendo el complemento por brecha de género con los mismos efectos económicos iniciales que la pensión que ella percibe, es decir, desde el 8 de noviembre de 2021.

Nicolás recurre el mentado pronunciamiento en suplicación y la STSJ de Cantabria, de 1 de abril de 2022, revoca parcialmente la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Santander, reconociendo a Nicolás el derecho al complemento, fijando como fecha de efectos económicos del mismo el 5 de octubre de 2018, es decir, coincidiendo su pago con la fecha de reconocimiento inicial de la pensión de jubilación de Nicolás y concediendo, asimismo, el derecho al pago del complemento en su cuantía íntegra, sin minoración alguna por la incidencia del complemento por brecha de género reconocido a su esposa.

La Sala de suplicación entiende, para no restar importe alguno al complemento que percibe Nicolás, que la pretensión está bajo la normativa vigente anterior al RDL 3/2012, y que, por tanto, al no existir ninguna previsión sobre la minoración que tal

precepto contempla, no hay régimen transitorio aplicable a este caso, motivo por el que sí procede el abono íntegro del complemento.

El presente recurso de casación para la unificación de doctrina se formaliza por el letrado de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social. El recurrente formula un motivo de infracción normativa en el que identifica como preceptos legales objeto del mismo el art. 60 de la LGSS, en la redacción anterior al RDL 3/2021. Se admite a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y dado que la parte recurrida no se persona, no se abre trámite de impugnación del recurso.

IV. Posición de las partes

1. La posición de la entidad gestora recurrente

Según la Entidad Gestora recurrente, el complemento de aportación demográfica era único y no podía reconocerse a ambos progenitores por los mismos hechos, lo que se desprende de su propia configuración inicial ya que solo estaba pensado a favor de uno de los progenitores o asimilados. Aduce el recurrente, además, que, al estar en el ámbito de la seguridad social, corresponde al legislador ordinario fijar su ámbito prestacional en atención a los recursos y situaciones de necesidad a proteger y si bien, a raíz de la doctrina europea, se debe ampliar el marco protector a los hombres, ello no altera la naturaleza del complemento que, al atender a la aportación demográfica, impide que un mismo hijo puede generar una doble protección o, lo que es lo mismo, una doble pensión, nada de lo cual se obtiene de aquella doctrina comunitaria. A ello une la reforma o respuesta del legislador a aquella doctrina, que avala la condición de prestación única a favor de uno de los progenitores, tal y como se obtiene de las reglas que lo configuran y de la propia regulación transitoria, tal y como resolvió en este caso la sentencia de instancia y no la sentencia recurrida que contiene una doctrina errónea, debiendo atenderse, por tanto, a las reglas de transitoriedad que son las que ha seguido la sentencia de contraste.

2. La posición del ministerio fiscal

El Ministerio Fiscal, por su parte, considera que el recurso debe ser estimado al ser correcta la doctrina que recoge la sentencia referencial que considera aplicable la DT 33ª del TRLGSS, haciéndose eco de la doctrina recogida en la STC 27/1981, de 20 de julio, donde se considera que es admisible que una nueva ley pueda afectar a situaciones nacidas al amparo de la norma que se deroga.

V. Normativa aplicable al caso

Disposición transitoria trigésima tercera del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la ley general de seguridad social.

Mantenimiento transitorio del complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social. Quienes en la fecha de entrada en vigor de la modificación prevista en el artículo 60, estuvieran percibiendo el complemento por maternidad por aportación demográfica, mantendrán su percibo. La percepción de dicho complemento de maternidad será incompatible con el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género que pudiera corresponder por el reconocimiento de una nueva pensión pública, pudiendo las personas interesadas optar entre uno u otro. En el supuesto de que el otro progenitor, de alguno de los hijos o hijas, que dio derecho al complemento de maternidad por aportación demográfica, solicite el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género y le corresponda percibirlo, por aplicación de lo establecido en el artículo 60 de esta ley o de la disposición adicional decimotava del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril, la cuantía mensual que le sea reconocida se deducirá del complemento por maternidad que se viniera percibiendo, con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente al de la resolución,

siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasado dicho plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes siguiente a esta.

VI. Doctrina básica

1. El punto de partida: aparece la contradicción pues existe identidad entre la sentencia recurrida y la aportada de contraste

En el recurso de unificación de doctrina se formulan dos puntos de contradicción pero el punto que tiene que ver con la fecha de efectos económicos del complemento se inadmite por falta de contenido casacional, por lo que solamente se da respuesta a si el complemento por maternidad debe, o no, minorarse, cuando se percibe por ambos progenitores.

A tal efecto, se identifica como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Aragón, de 22 de octubre de 2021, pronunciamiento en el que se resuelve el caso de un pensionista de jubilación desde 11 de julio de 2017 que solicita, en enero de 2021, el complemento de aportación demográfica y, posteriormente, su esposa pasa a ser pensionista de jubilación y se le reconoce, el 15 de marzo de 2021, el complemento por reducción de la brecha de género. La Sala de Aragón entiende que el derecho del demandante debe verse afectado, desde el primer día del mes siguiente a la fecha de la resolución en que se le reconoció a su esposa el complemento de reducción de la brecha de género de forma que el derecho del demandante debe verse minorado con el importe, en ese caso, de 81 euros, que percibe la esposa.

Antes de adentrarse en el fondo del asunto, estima el Alto tribunal que entre las sentencias recurrida y la aportada de contraste existe la identidad necesaria para apreciar que sus pronunciamientos son contradictorios, ya que, claramente, en el caso de la sentencia recurrida se ha mantenido íntegro el importe del complemento de aportación demográfica a favor del demandante, mientras que en la sentencia de contraste se reduce su importe en la cuantía que la esposa percibe como complemento por brecha de género, siendo en ambos casos objeto de debate el régimen transitorio que se introdujo por el RDL 3/2021.

2. La cuestión planteada

La cuestión planteada, aclara el Alto Tribunal como premisa inicial, no se centra en el derecho al complemento, ni tampoco en los efectos del complemento reconocido, dado que una y otra cuestión han quedado firmes; tampoco se solventa aquí lo que puede percibir el demandante tras la entrada en vigor del RDL 3/2021, sino que lo que ha de resolverse es la cuantía le corresponde al recurrente a partir de que a su esposa se le reconoce el complemento por reducción de brecha de género.

3. La concurrencia de beneficiarios se produce bajo el régimen del rdl 3/2021, por lo que son de aplicación sus normas transitorias aunque incidan sobre relaciones jurídicas preexistentes: debe aplicarse la minoración que solamente afecta a la cuantía del complemento

Esta Sala, aduce el Tribunal, recientemente se ha pronunciado en la Sentencia 362/2023, de 17 de mayo^[1] sobre el derecho del complemento por aportación demográfica a favor de los progenitores que reunieran los requisitos de acceso al mismo sin tener en consideración la circunstancia de que el otro progenitor (o persona asimilada) tuviera también derecho a su percepción. Entonces, no se suscitó debate alguno como el que aquí nos ocupa en tanto que en el caso que allí se resolvió lo que se cuestionaba era si tanto el padre como la madre podían generar el complemento de aportación demográfica. Pues bien, dado que la concurrencia de los dos beneficiarios se ha producido bajo el régimen del RDL 3/2021, debemos analizar sus normas transitorias para poder ver si en las mismas tenemos la respuesta que se precisa para el supuesto de hecho planteado.

Además, añade el Alto Tribunal que, como refiere la doctrina constitucional contenida en la STC 27/1981, a la que alude el Ministerio Fiscal: "El Ordenamiento jurídico, por su propia naturaleza, se resiste a ser congelado en un momento histórico determinado: ordena relaciones de convivencia humana y debe responder a la realidad social de cada momento, como instrumento de progreso y

de perfeccionamiento. Normalmente, lo hace así, al establecer relaciones *pro futuro*. Pero, difícilmente, una norma puede evitar que la regla de futuro incida sobre relaciones jurídicas preexistentes, que constituyen el basamento de las relaciones venideras; y es por ello que, a menudo, tales normas deben contener unas cautelas de transitoriedad que reglamentan el ritmo de la sustitución de uno por otro régimen jurídico. La incidencia de la norma nueva sobre relaciones consagradas puede afectar a situaciones agotadas. Entonces puede afirmarse que la norma es retroactiva, porque el tenor del art. 2.3 del Código Civil no exige que expresamente disponga la retroactividad, sino que ordene que sus efectos alcanzan a tales situaciones. Pero la retroactividad será inconstitucional sólo cuando se trate de disposiciones sancionadoras no favorables o en la medida que restrinja derechos individuales"

Del mismo modo, sigue argumentando el Tribunal, debemos recordar que las normas transitorias pretenden regular el paso de una legislación a otra, de forma temporal, y, como ha señalado también la Sala 3ª de este Tribunal, en ellas "también se pueden incluir normas llamadas a regular una situación o relación jurídica que no se agota o concentra en un único instante temporal sino que nace, se mantiene, produce sus efectos, se transforma y extiende a lo largo del tiempo"^[2].

VII. Pasajes decisivos

Esta Sala, aduce el Tribunal, ya indicó en la STS de 17 de mayo de 2023 que no se puede trasladar la configuración del complemento para la reducción de la brecha de género al de aportación demográfica, pero ello no impide que, establecido el derecho y surgiendo nuevas prestaciones ambas puedan estar conectadas, la nueva con la preexistente, y por ello se fijen, en palabras de la doctrina constitucional, cautelas de transitoriedad que reglamentan la sustitución de los regímenes jurídicos. Así pues, en la DT 33ª se prevé que quienes tengan reconocido el complemento de aportación demográfica lo seguirán percibiendo, siendo ya consciente de la situación que su regulación había generado. De forma que, pudiendo tener reconocido el derecho los dos progenitores o personas asimiladas, éstos siguen percibiéndolo sin que se vean afectados por el nuevo régimen que se instaura.

Pero, junto a ello, la norma contempla el supuesto que nos ocupa. Esto es, un beneficiario -en este caso el padre- al que se le ha reconocido el derecho al complemento de aportación demográfica y, ya bajo el nuevo régimen el otro beneficiario -en este caso la madre- accede al complemento por reducción de la brecha de género. Y, a tal efecto, se prevé que el nuevo complemento se alimente en su cuantía del que venía percibiendo el otro progenitor o persona asimilada, de forma que éste se ve minorado en su cuantía a partir de que surge un nuevo beneficiario.

Es evidente que el legislador, al margen de aquellas singularidades que solo afectan al complemento por aportación demográfica que no confluya con el nuevo régimen, y que se mantienen intactos, ha querido solventar, por medio de la DT 33ª la incidencia de los derechos ya reconocidos bajo el régimen anterior con el nuevo, acudiendo a una regla de minoración cuantitativa del derecho prestacional anterior cuando concurre con el redefinido, lo que no se cuestiona en su constitucionalidad ya que tan solo está afectando a la cuantía del complemento, que no al derecho que sigue vigente y que puede, incluso, verse restaurado en caso de que se extinga la pensión del otro beneficiario.

Esto es, como prestación pública con cargo a la seguridad social, sus derechos no quedan alterados aunque puedan ser modificados en un contenido concreto por vía legislativa que encuentra justificación ante la nueva ordenación o redefinición de la prestación que, no solo no se configura como vitalicia sino que al tratarse de un

complemento que va a desaparecer cuando la brecha de género lo haga, y, en lo a la cuantía del complemento se refiere, no viene determinada ya por el porcentaje de la pensión a la que se anuda -como sucede con el de aportación demográfica-, sino a una cuantía fijada en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

VIII. Parte dispositiva

Concluye, así, el Alto Tribunal, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, que el recurso debe ser estimado, casando parcialmente la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación en relación con la cuantía del complemento de aportación demográfica, desestimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la parte actora, debiendo mantener el pronunciamiento de instancia que fijaba el importe del complemento en el 5%, aplicable a la cuantía inicial de la pensión de jubilación, con efectos desde el 5 de octubre de 2018, si bien, y dado que el complemento por brecha de género lo está percibiendo la esposa del demandante desde el 8 de noviembre de 2021, tal y como exponen los hechos probados y en atención a lo que dispone la norma transitoria, es a partir de entonces cuando, al confluir los dos en los respectivos derechos, el demandante debe ver minorando su complemento en el importe del que percibe la esposa, por reducción de la brecha de género,

IX. El voto particular

El pronunciamiento incorpora el Voto particular formulado por la Magistrada Excm. Sra. D^a. Rosa María Virolés Piñol, Magistrada que parte de que al supuesto que aquí se plantea no se encuentra dentro de la vigencia del referido RDL 3/2021, por cuanto, el hecho causante es, en todo caso, anterior a su vigencia. Y tal circunstancia no nos conduce al resultado adoptado por la sentencia, ni al interesado por la recurrente, en coherencia con la STS 17 de mayo de 2023^[3], pronunciamiento que resuelve interpretando las normas aplicables con perspectiva de género, en concordancia con la doctrina de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 y nuestras SSTS 160, 163 y 487/2022 y en concordancia también con la actuación de la Sala de lo Social juzgando con perspectiva de género, a partir de la sentencia del Pleno de 21 de diciembre de 2009^[4], un juicio con perspectiva de género que aparece, sostiene la Magistrada en su Voto, al menos en la SSTS n^o 864/2018, de 26 de septiembre de 2018^[5]; la STS n^o 778/2019, 13 de noviembre de 2019^[6]; la STS n^o 815/2019, de 3 de diciembre de 2019^[7]; la STS n^o 79/2020, de 29 de enero de 2020^[8]; la STS n^o 115/2020, de 6 de febrero de 2020^[9]; la STS n^o 580/2020, de 2 de julio de 2020^[10]; la STS n^o 908/2020, de 14 octubre 2020^[11]; la STS n^o 645/2021, de 23 junio 2021^[12]; y la STS n^o 747/2022, de 20 de septiembre de 2022^[13].

A los efectos del presente recurso, lo destacable de la mayoría de las sentencias que se acaban de citar, completa el Voto particular, es que, por la vía de la interpretación con perspectiva de género, éstas extienden la protección del sistema de Seguridad Social, y la percepción de las correspondientes prestaciones, a supuestos no expresamente contemplados por la normativa de seguridad social. Así, las sentencias antes referidas, han extendido la protección del sistema de Seguridad Social, sin realizar ahora mayores precisiones, y entre otros supuestos, al extinguido régimen del SOVI a determinados efectos; al momento del ejercicio de la opción de la madre de cesión al otro progenitor; a las prestaciones en favor de familiares; al cómputo del periodo de realización del servicio social de la mujer; a la consideración como accidente no laboral (y no como enfermedad común) de las lesiones sufridas en el parto; a la pensión de viudedad de parejas de hecho, eximiendo del requisito de la unión y convivencia con el causante en el momento de su fallecimiento en casos de violencia de género; o, en fin, para calificar de profesionales las dolencias de una limpiadora de profesión, aun cuando la citada profesión no aparece en la enumeración de actividades que pueden generar enfermedad profesional. Y similar ausencia de previsión expresa ocurre en el presente caso.

En consecuencia, sigue diciendo el Voto particular, debía de haberse concedido la prestación reclamada porque restringir el beneficio a un solo progenitor (sin que tampoco exista un criterio para determinar quién deba ser) o su reparto entre ambos, bajo el argumento de que los causantes de la prestación son los menores, no solo desconoce las exigencias contributivas, sino que acabaría actuando sin habilitación normativa para ello, en contra de la contemplación igualitaria de una norma, que no puede ampararse en las excepciones destinadas a restablecer previos desequilibrios, tal como se ha entendido en la STS de 17 de mayo de 2023^[14].

En consecuencia, finaliza el Voto particular señalando que el complemento sí puede ser obtenido por quien cumpla los requisitos legalmente previstos, sin tomar en consideración la circunstancia de que el otro progenitor (o persona asimilada, mujeres u hombres)), tenga o pueda tener derecho a su percepción, y ello, sin minoración alguna por el percibo del complemento de reducción de la brecha de género por parte de alguno de los progenitores, debiendo haberse desestimado el recurso formulado por el INSS.

X. Comentario

El nuevo régimen del complemento de pensión por brecha de género derivado del RDL 3/2021 incorpora la regulación de una Disposición transitoria en el TRLGSS, la 33^a, de acuerdo con la cual, una vez reconocido el complemento por aportación demográfica a un progenitor, si el otro progenitor accede al complemento por brecha de género, la cuantía mensual de este último se deduce del complemento por maternidad que se viniera percibiendo. Dice, así, exactamente, la DT 33^a que: (...) *En el supuesto de que el otro progenitor, de alguno de los hijos o hijas, que dio derecho al complemento de maternidad por aportación demográfica, solicite el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género y le corresponda percibirlo, por aplicación de lo establecido en el artículo 60 de esta ley o de la disposición adicional decimoctava del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril, la cuantía mensual que le sea reconocida se deducirá del complemento por maternidad que se viniera percibiendo, con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente al de la resolución, siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasado dicho plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes siguiente a esta.*

Como se puede apreciar, el precepto parece estar pensado para aquellos casos en los que se concede, primero, el complemento por aportación demográfica y, después, el de brecha de género para el otro progenitor, debiendo menguarse, este último, pero, al aplicar la DT 33^a al supuesto aquí planteado la minoración se lleva a cabo realmente sobre el complemento por aportación demográfica. La razón de ello tiene que ver con la necesidad de operar el reconocimiento del complemento de maternidad para todas las pensiones causadas por la STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto WA,-Caso WA- con efectos ex tunc; ello ha significado que, como ya ha entendido el Alto Tribunal -STS de 17 de febrero de 2022- los efectos económicos del complemento coinciden con el momento del reconocimiento inicial de la pensión a la que van ligados, y el pago del complemento se efectúa -y existe- desde entonces.

Por ello, en el supuesto aquí planteado, primero se concede el complemento de pensión por brecha de género a la esposa -8 de noviembre de 2021- y después se concede al otro progenitor el complemento de aportación demográfica -ya extinto-, aunque con efectos desde 2018. Así, al reconocerse el complemento de brecha de género para la mujer -bajo el dictado del RDL 3/2021- “desaparece” la duplicación de ambos complementos, un doble complemento que pasa a ser un espejismo si uno de estos complementos se causa bajo el régimen del RDL 3/2021, que es lo que aquí sucede.

El Tribunal insiste en que el presente recurso de casación por unificación de doctrina se centra en determinar si el derecho del progenitor al complemento por aportación demográfica de su pensión de jubilación, causada el 8 de octubre de 2018,

debe percibirse en su totalidad o si, por el contrario, éste debe minorarse en atención a que la otra progenitora ha devengado, con efectos de 8 de noviembre de 2021, el complemento por brecha de género, aplicando el dictado de tal DT 33ª destacando que no es objeto de controversia si el actor tiene derecho al complemento mismo, cuáles son los efectos económicos de éste^[15] ni tampoco su cuantía exacta sino, simple y llanamente, qué cuantía le corresponde percibir a Nicolás partir de que a su esposa le es reconocido el complemento de brecha de género. No obstante, lo cierto es que, al aplicar dicha DT 33ª estamos privando a un progenitor de su complemento -pro futuro-, lo que supone dar vuelta atrás a la argumentación sostenida en la STS de 13 de mayo de 2023, pronunciamiento en el que se concluía que el complemento previo al RDL 3/2021 -el de aportación demográfica -no es único: si el otro complemento se regula por el RDL 3/2021 esta previsión “contagia” el carácter único del nuevo complemento, minorando su cuantía -desde la fecha de vigencia del RDL 3/2021- .

Para evitar ese efecto perverso sobre el complemento de contribución demográfica -que no sobre el otro complemento, lo que equivale a su efectiva desaparición, la STSJ recurrida había entendido que la mentada DT 33ª no resulta aplicable porque la actual pretensión se encuentra bajo la normativa previa al RDL/2021 dado que el actor genera un complemento por contribución demográfica, no por reducción de la brecha de género, y no es posible la aplicación retroactiva del RDL 3/2021^[16]. En esencia, decía el pronunciamiento anulado que la regulación del complemento por maternidad que ha de considerarse es la que se encontraba vigente en la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación del actor, una fecha que es previa a la reforma llevada a cabo por el RDL 3/2021. Y este mismo argumento es el que se maneja en el Voto particular.

Pero el Alto Tribunal revoca la Sentencia recurrida y resuelve el debate dando la razón a la Entidad Gestora recurrente, obligando a rebajar el complemento de Nicolás, dando por sentado que la concurrencia de los dos beneficiarios -perceptores de ambos complementos, cada uno de ellos regido por una regulación diferente- se ha producido bajo el régimen del RDL 3/2021 y por ello hay que acudir al régimen transitorio previsto en el RDL 3/2021^[17].

A continuación, el Alto Tribunal indaga en la propia naturaleza de las propias normas transitorias, establecidas para reglamentar la sustitución de un régimen jurídico por otro, naturaleza predicable de la DT 33ª cuestionada, matizando a este respecto que la incidencia de una norma nueva sobre relaciones consagradas puede afectar a situaciones agotadas y que, además, difícilmente una norma puede evitar que la regla de futuro que ésta introduce afecte a relaciones jurídicas preexistentes, añadiendo a lo anterior que las normas transitorias pretenden regular el paso de una legislación a otra, de forma temporal, y en ellas también se pueden incluir normas llamadas a regular una situación o relación jurídica que no se agota o concentra en un único instante temporal sino que nace, se mantiene, produce sus efectos, se transforma y extiende a lo largo del tiempo.

Pero, sobre todo, el Tribunal insiste en que, aunque la STS de 17 de mayo de 2023 ya señaló que no se puede trasladar la configuración del complemento para la reducción de la brecha de género al de aportación demográfica -una idea que servía para no aplicar el régimen de incompatibilidad entre los complementos que implementaba el RDL a los complementos que estaban regidos por la legislación previa- ello no impide que, establecido el derecho y surgiendo nuevas prestaciones, ambas puedan estar conectadas, la nueva con la preexistente, y por ello se fijen, en palabras de la doctrina constitucional, cautelas de transitoriedad que reglamentan la sustitución de los regímenes jurídicos, apareciendo dichas cautelas en la propia DT 33ª. Por ello, concluye el Alto tribunal, la DT 33ª contempla el supuesto que nos ocupa, esto es, un beneficiario -en este caso el padre- al que se le ha reconocido el derecho al complemento de aportación demográfica y, ya bajo el nuevo régimen, el otro beneficiario -en este caso la madre- accede al complemento por reducción de la brecha de género.

Así, a juicio del Tribunal, la DT 33^a introduce singularidades que afectan al complemento por aportación demográfica para que éste no confluya con el nuevo régimen, para que se mantenga intacto^[18]; pero, además, la DT 33^a solventa la incidencia de los derechos ya reconocidos bajo el régimen anterior con el nuevo, acudiendo a una regla de minoración cuantitativa del derecho prestacional anterior cuando concurre con el redefinido, lo que no se cuestiona en su constitucionalidad ya que tan solo está afectando a la cuantía del complemento, que no al derecho que sigue vigente y que puede, incluso, verse restaurado en caso de que se extinga la pensión del otro beneficiario. La DT 33^a, pues, sostiene el Alto Tribunal, no va dirigida a alterar el derecho al complemento del actor sino a alterar su cuantía, en un contexto de redefinición u ordenación de esta prestación económica cuya percepción tiene una fecha de finalización -cuando desaparezca la brecha de género- y cuya cuantía misma ha sido establecida de forma diferente en cada regulación.

A estos efectos, como se recordará, la Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto WA, había posibilitado que el complemento de maternidad por aportación demográfica del art. 60.1º del TRLGSS de 2015 -un precepto de defectuosa configuración legal incorporado a la LGSS por la Ley 48/2015, de Presupuestos Generales del Estado para 2016- se percibiera por los hombres; tras ello, la gran pregunta era si ello significaba que éste podía abonarse, entonces, por duplicado, y esta gran pregunta surgía cuando ya se había aprobado el nuevo complemento por brecha de género en el RDL 3/202 y ocurría, también, que la nueva normativa ya contemplaba que el reconocimiento al segundo progenitor comportaba la extinción del ya reconocido, adoptando reglas específicas sobre este particular.

En conjunción con ello, es claro que las cautelas de transitoriedad implementadas por la DT 33^a a las que alude el Tribunal Supremo pretenden *cerrar el grifo* cuando cada uno de ellos haya sido causado con arreglo a regímenes diferentes, de forma que, así, se ordenaría su concurrencia en el tiempo y el futuro de su devengo. Así, lo que consigue la DT 33^a es, realmente, lograr que el complemento duplicado sea un espejismo, lo que ocurre si uno de ellos se ha percibido con el régimen nuevo, afectando la DT 33^a a la percepción del propio complemento, que se reduce en su cuantía dependiendo del otro.

Y el Tribunal Supremo parece, también, contradecirse, aquí, con la STS de 17 de mayo de 2023, pronunciamiento donde se concluía que, en primer lugar, el complemento de maternidad por aportación demográfica del art. 60 TRLGSS en la redacción del precepto previa al RD-ley 3/2021 no es único^[19]. Pues bien, esta afirmación solamente va a ser aplicable cuando ambos complementos se hayan reconocido antes del RDL 3/2021; pero, además, el TS también señalaba en su Sentencia de 17 de mayo de 2023 que no se puede trasladar la construcción legislativa posterior a las pensiones causadas bajo la vigencia de la anterior porque colisionaría con la retroacción de efectos que hemos defendido y con la seguridad jurídica (art. 9.3º CE). Y el propio Real decreto Ley 3/2021 que instaura el nuevo complemento de maternidad para la reducción de la brecha de género, advierte que el mismo se reconoce sólo a las pensiones causadas a partir de su entrada en vigor (DA 1ª). Es claro que la DT 33^a del RDL 3/2021, en el supuesto aquí planteado, está afectando al complemento surgido con arreglo a la normativa anterior.

La solución a este debate no es, de cualquier forma, sencilla, y la aparición de un Voto particular discrepante es buena prueba de ello. En dicho Voto particular se sostiene que el supuesto que aquí se plantea no se encuentra dentro de la vigencia del referido RDL 3/2021, por cuanto, el hecho causante es, en todo caso, anterior a su vigencia. Y, dado que esta cuestión no es tratada por la norma debería haberse usado la perspectiva de género para extender la protección del sistema de Seguridad Social, y la percepción de las correspondientes prestaciones, a supuestos no expresamente contemplados por la normativa de seguridad social. Nótese que, en esencia, el Voto particular y la STS parten de percepciones diferentes, mientras el Voto particular entiende que la STS, al aplicar la DT 33^a, lo que hace es restringir el derecho a un solo progenitor, decretando el reparto de éste entre ambos, y desconociendo la doctrina

contenida en la STS de 17 de mayo de 2023, y no aplicando la perspectiva de género en la interpretación de las normas, el Alto Tribunal considera que la DT 33ª no afecta al reconocimiento del derecho de cada progenitor, sino que lo que hace es solventar una situación de transición entre dos ordenamientos diferentes, ofreciendo una solución al caso planteado, que navega entre dos aguas, conjugando, así, regímenes diversos.

XI. Apunte final

Por tanto, tal cual se concluía comentando la STS de 17 de mayo de 2023^[20], el complemento de maternidad por aportación demográfica del art. 60 TRLGSS en la redacción previa al RD-ley 3/2021 sí puede reconocerse a ambos progenitores. Pero esta doctrina sería aplicable sólo a los supuestos en los que los dos progenitores son beneficiarios de una pensión contributiva causada desde el 1 de enero de 2016 al 3 de febrero de 2021, puesto que desde el 3 de febrero se accede al complemento de brecha de género, y este complemento tiene fijadas sus propias reglas de compatibilidad entre progenitores en el art. 60.2º TRLGSS. Pero, junto a ello, existen reglas referidas a la compatibilidad entre el complemento por aportación demográfica y el complemento por brecha de género contenidas en la DT 33ª del TRLGSS. Según el Alto Tribunal, el acudir al dictado de la DT 33ª del TRLGSS implica que, cuando uno de estos progenitores acceda al complemento de brecha de género, el anterior complemento -aunque hubiese nacido durante la subsistencia del régimen anterior- debe minorarse en su cuantía, lo que hace que, desde entonces, este segundo complemento pueda convertirse en un espejismo^[21].

Referencias:

1. ^ *RCUD 3821/2022*
2. ^ *STS, Sala 3ª, de 18 de septiembre de 2014, rec. 382/2012*
3. ^ *RCUD 3821/2022*
4. ^ *rcud 201/2009*
5. ^ *RCUD 1352/2017.*
6. ^ *RCUD 75/2018.*
7. ^ *RCUD 141/2018.*
8. ^ *RCUD 3097/2017.*
9. ^ *RCUD 3801/2017.*
10. ^ *RCUD 201/2018.*
11. ^ *RCUD 2753/2018*
12. ^ *RCUD 161/2019.*
13. ^ *RCUD 3353/2019.*
14. ^ *RCUD3821/2022.*
15. ^ *Realmente, en el recurso de unificación de doctrina se formularon dos puntos de contradicción, aunque uno de ellos, sobre la fecha de efectos económicos, fue inadmitido por falta de contenido casacional.*
16. ^ *FJ 2º STSJ (Sala de lo Social) de Cantabria, Santander, de 1 de abril de 2022, nº 236/2022, nº rec. 213/2022.*
17. ^ *Señala, sin mayores reflexiones el Tribunal, que: (...) Pues bien, dado que la concurrencia de los dos beneficiarios se ha producido bajo el régimen del RDL 3/2021, debemos analizar sus normas transitorias para poder ver si en las mismas tenemos la respuesta que se precisa para el supuesto de hecho planteado.*
18. ^ *Alude el Tribunal, aquí a la primera parte de la DT 33ª, que señala que: Quienes en la fecha de entrada en vigor de la modificación prevista en el artículo 60, estuvieran percibiendo el complemento por maternidad por aportación demográfica, mantendrán su percibo.*

19. ^ *Tal conclusión derivaba de Criterios de Gestión del INSS que subrayaban el carácter unitario del complemento, de forma que cuando los varones pudieron percibir el complemento se reconocía el mismo, si bien condicionando dicha percepción a que la mujer no lo estuviera cobrando. Vid, más ampliamente, MALDONADO MOLINA, J.A., La jurisprudencia del TJUE sobre el complemento por maternidad y su aplicación por la jurisprudencia española, en VICENTE PALACIO, M.A., Aplicación por los Tribunales españoles de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea en materia social, Barcelona, Atelier, 2023, p. 354 y ss.*
20. ^ *Vid, el comentario de esta Sentencia, de mi autoría: El complemento de maternidad por aportación demográfica del art. 60 TRLGSS en la redacción del precepto previa al RDL 3/2021 puede reconocerse a ambos progenitores, en Revista de Jurisprudencia Laboral, nº 4, julio, 2023.*
21. ^ *Aunque, obviamente, su subsistencia depende de la cuantía del otro complemento, al que queda supeditado.*

§ 70 ¿Cuál es el día a quo para el devengo de los intereses procesales en la jurisdicción social?

María Areta Martínez

Secretaria de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

Resumen: La STSJ de Madrid-SOC núm. 538/2023, siguiendo la doctrina de la Sala de lo Social del TS, dictamina que cuando el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) resulta condenado al pago de una cantidad líquida (en este caso, una pensión de incapacidad permanente total), el día inicial (dies a quo) para el devengo de los intereses procesales ha de ser el de notificación de la sentencia que le condena y no la fecha de la propia sentencia. El caso invita a reflexionar sobre: 1) los autos recurribles en suplicación y 2) el periodo de devengo y la doble finalidad de los intereses procesales en la jurisdicción social.

Palabras clave: Condena al pago de pensión de incapacidad permanente total. Intereses procesales sobre la cantidad objeto de condena fijados en la fase de ejecución definitiva de la sentencia condenatoria.

Abstract: Lorsque le défendeur est une administration publique, les intérêts procéduraux naissent une fois la sentence prononcée est notifiée. Les intérêts procéduraux trouvent à s'appliquer à compter de la date de la notification du jugement du défendeur, qui dans ce cas-ci est l'Institut National de la Sécurité Sociale espagnole. L'arrêt considère que la date à compter de laquelle les intérêts procéduraux sont dus est celle de la notification du jugement en question.

Keywords: Condamnation au paiement d'une pension d'invalidité permanente totale. Les intérêts procéduraux fixés dans la phase d'exécution définitive du jugement.

I. Introducción

Las páginas que siguen a continuación tienen por objeto comentar los Antecedentes de Hecho, los Fundamentos de Derecho y el Fallo de la STSJ de Madrid-SOC núm. 538/2023, de 2 de junio, que resuelve el recurso de suplicación núm. 1277/2022 (ECLI:ES:TSJM:2023:6270) interpuesto contra el auto del JS núm. 39 de Madrid, que desestima el recurso de revisión entablado frente al decreto del Letrado de la Administración de Justicia (LAJ) sobre liquidación de intereses procesales en procedimiento de ejecución definitiva de sentencia que condena al INSS al pago de pensión de incapacidad permanente total (IPT).

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del TSJ de Madrid (Sección 1ª).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 538/2023, de 2 de junio.

Tipo y número de recurso: Recurso de suplicación núm. 1277/2022.

ECLI:ES:TSJM:2023:6270.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Emilio Palomo Balda.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión de fondo consiste en determinar el día en que comienzan a devengarse los intereses procesales en favor del trabajador que solicita la ejecución definitiva de la sentencia que le reconoce el derecho a pensión de IPT. Se trata de dilucidar si el *dies a quo* para el devengo de los intereses procesales es el de notificación de la sentencia que condena a la entidad gestora al pago de la pensión de IPT o la fecha de la propia sentencia.

Las actuaciones procesales llevadas a cabo para resolver la cuestión han seguido el *iter* cronológico señalado a continuación:

El **30 de junio de 2021**, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid dicta la sentencia núm. 663/2021, que estima el recurso de suplicación núm. 243/2021 (ECLI:ES:TSJM:2021:7785). El Fallo de la Sala es el siguiente: 1) revoca en su integridad la sentencia del JS núm. 39 de Madrid, de 24 de noviembre de 2020 (autos núm. 731/2019); 2) estima la demanda formulada por el trabajador frente al INSS y la TGSS, en su petición subsidiaria, declarándole en situación de IPT para su profesión habitual de diseñador de productos gráficos y multimedia, con derecho a percibir una pensión del 55% de su base reguladora mensual de 1162,40 euros, con los límites, mejoras y revalorizaciones que pudieran resultar de aplicación en cada momento y con efectos del 1 de mayo de 2019; 3) condena al INSS y a la TGSS a estar y pasar por la anterior declaración actuando en consecuencia al anterior pronunciamiento; y 4) sin costas.

El **6 de julio de 2021**, la STSJ de Madrid-SOC núm. 663/2021 es notificada a la Administración de la Seguridad Social (INSS, TGSS), que ha resultado condenada al pago de cantidad líquida (pensión de IPT).

El **20 de octubre de 2021**, el trabajador presenta escrito ante el JS núm. 39 de Madrid en el que insta la ejecución de la STSJ de Madrid-SOC núm. 663/2021. El JS dicta auto en el que ordena la ejecución con requerimiento al INSS y a la TGSS en orden al cumplimiento de la referida sentencia, que ya es firme.

El **12 de enero de 2022**, el trabajador solicita el incremento de los intereses procesales. Concretamente, el trabajador considera que el *dies a quo* para el devengo de los intereses procesales es la fecha de la STSJ de Madrid-SOC núm. 663/2021 (30 de junio de 2021) y no la posterior de su notificación (6 de julio de 2021).

El **11 de febrero de 2022**, el INSS presenta escrito en el que justifica el cumplimiento de la STSJ de Madrid-SOC núm. 663/2021, con abono de la suma de 25.503,67 euros correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de mayo de 2019, fecha de efectos de la declaración judicial de la situación de IPT y del reconocimiento de la correspondiente pensión, y el 8 de febrero de 2022, fecha de abono de las cantidades adeudadas.

El **5 de mayo de 2022**, el INSS presenta alegaciones a la petición de incremento de intereses procesales formulada por el trabajador. Concretamente, el INSS alega que el *dies a quo* para el devengo de los intereses procesales no es la fecha la STSJ de Madrid-SOC núm. 663/2021 (30 de junio de 2021), sino la posterior de su notificación (6 de julio de 2021).

El **12 de mayo de 2022**, el LAJ del JS núm. 39 de Madrid dicta decreto en fase de ejecución definitiva de la STSJ de Madrid-SOC núm. 663/2021, aprobando la liquidación de intereses procesales pretendida por el trabajador, cuya cuantía establece en 469,55 euros y para cuyo devengo fija como *dies a quo* la fecha de la referida sentencia (30 de junio de 2021) y como *dies ad quem* la fecha en que el INSS realizó el pago al trabajador de las mensualidades de la pensión de IPT adeudadas (8 de febrero de 2022).

El **24 de mayo de 2022**, el INSS interpone recurso de revisión frente al decreto del LAJ, que aprueba la referida liquidación de intereses procesales.

El **8 de junio de 2022**, el JS núm. 39 de Madrid dicta auto que desestima el recurso de revisión interpuesto frente al decreto del LAJ, de 12 de mayo de 2022, confirmando íntegramente dicha resolución.

El Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSS y de la TGSS, interpone recurso de suplicación frente al auto de 8 de junio de 2022, del JS núm. 39 de Madrid, sobre liquidación de intereses procesales en fase de ejecución definitiva de sentencia firme. La STSJ de Madrid-SOC núm. 538/2023, de 2 de junio, que ahora se comenta, viene a resolver el referido recurso de suplicación.

IV. Posiciones de las partes

1. La parte recurrente (parte ejecutada)

El recurso de suplicación se interpone por la Administración de la Seguridad Social, que es la parte ejecutada en el procedimiento de ejecución seguido para el cumplimiento de la STSJ de Madrid-SOC núm. 663/2021, que condena al pago de una pensión de IPT.

El Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación del INSS y de la TGSS, interpone el recurso de suplicación frente al auto del JS de Madrid núm. 39, de 8 de junio de 2022, que desestima el recurso de revisión entablado frente al decreto del LAJ, de 12 de mayo de 2022, que calculó los intereses procesales tomando como *dies a quo* para su devengo el de la fecha de la sentencia condenatoria (30 de junio de 2022). La parte recurrente considera que ha de tomarse como *dies a quo* la fecha de notificación de la sentencia condenatoria (6 de julio de 2022).

El Letrado de la Administración de la Seguridad Social articula un único motivo en el recurso de suplicación con fundamento en el art. 193.c) de la LRJS, que es la infracción del art. 24 de la Ley General Presupuestaria, en relación con el art. 576 de la LEC, así como la jurisprudencia que cita. En cierto modo, llama la atención que el recurso no se fundamenta en la infracción del art. 251.2 de la LRJS, que es la norma procesal laboral que remite al art. 576 de la LEC en cuanto a los intereses de la mora procesal en fase de ejecución dineraria.

La cuantía de los intereses procesales es de 469,55 euros si se toma como *dies a quo* el de la fecha de la sentencia condenatoria (30 de junio de 2021) y de 456,97 euros si se toma el de la fecha de su notificación (6 de julio de 2021). Por tanto, la diferencia que resulta de aplicar el criterio seguido por la parte recurrente (fecha de notificación de la sentencia condenatoria) en lugar del adoptado por el JS núm. 39 de Madrid (fecha de la sentencia condenatoria) asciende a 12,58 euros (469,55 – 456,97). En cierto modo, llama la atención que la Administración de la Seguridad Social decida recurrir en suplicación a la vista de la cifra (12,58 euros) en que se traduce la discrepancia, que resulta más bien baja. Todo apunta a que las razones que motivan a la Administración de la Seguridad Social para recurrir no son económicas, sino estrictamente jurídicas.

2. La parte recurrida (parte ejecutada)

El escrito de interposición del recurso de suplicación no ha sido objeto de impugnación por la contraparte, que es el trabajador que ha instado la ejecución de la sentencia firme condenatoria (parte ejecutante).

V. Normativa aplicable al caso

La STSJ de Madrid-SOC núm. 538/2023, de 2 de junio, fundamenta el Fallo en la normativa vigente y en la jurisprudencia señaladas a continuación:

Normativa aplicable:

- El art. 24.párrafo 1º de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP. BOE núm. 284, de 27 de noviembre) que, bajo el título “intereses de demora”, dispone: *Si la Administración no pagara al acreedor de la Hacienda Pública estatal dentro de los tres meses siguientes al día de notificación de la resolución judicial o del reconocimiento de la obligación, habrá de abonarle el interés señalado en el artículo 17 apartado 2 de esta ley, sobre la cantidad debida, desde que el acreedor, una vez transcurrido dicho plazo, reclame por escrito el cumplimiento de la obligación.*
- El art. 576 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC. BOE núm. 7, de 8 enero 2000) que, bajo el título “Intereses de la mora procesal”, dispone: *1. Desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley. 2. En los casos de revocación parcial, el tribunal resolverá sobre los intereses de demora procesal conforme a su prudente arbitrio, razonándolo al efecto. 3. Lo establecido en los anteriores apartados será de aplicación a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional, los laudos arbitrales y los acuerdos de mediación que impongan el pago de cantidad líquida, salvo las especialidades legalmente previstas para las Haciendas Públicas.*
- El art. 251.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS. BOE núm. 245, de 11 octubre 2011) que, bajo el título “Intereses de demora y costas”, dispone: *En cuanto a los intereses de la mora procesal se estará a lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, transcurridos tres meses del despacho de la ejecución sin que el ejecutado cumpliera en su integridad la obligación, si se apreciase falta de diligencia en el cumplimiento de la ejecutoria, se hubiere incumplido la obligación de manifestar bienes o se hubieren ocultado elementos patrimoniales trascendentes en dicha manifestación, podrá incrementarse el interés legal a abonar en dos puntos.*

Jurisprudencia aplicable:

- STS, Sala Social, de 7 de noviembre de 2007 (RCUD núm. 3780/2006. ECLI:ES:TS:2007:8039).
- STS-SOC núm. 58/2023, de 24 de enero (RCUD núm. 3076/2019. ECLI:ES:TS:2023:863).

VI. Doctrina básica

La Sala de lo Social del TSJ de Madrid, siguiendo la jurisprudencia de la Sala de lo Social del TS, dictamina que el *dies a quo* (día inicial) a tener en cuenta para el abono de los intereses procesales por parte del INSS ha de ser la fecha en que se le notifica la sentencia condenatoria y no la fecha de la propia sentencia. Cuando la deuda de Seguridad Social es reconocida en sentencia judicial, los intereses procesales se devengan, a la vista de lo dispuesto en el art. 24 de la LPG, desde que la Administración de la Seguridad Social condenada recibe la notificación de la sentencia que reconoce el derecho del administrado.

VII. Parte dispositiva

La Sala de lo Social del TSJ de Madrid ha decidido:

- **Primero.** Estimar el recurso de suplicación núm. 1277/2022 interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social contra el auto del JS núm. 39 de Madrid, de 8 de junio de 2022, en el procedimiento de ejecución, que se revoca en parte.
- **Segundo.** En lugar del auto del JS núm. 39 de Madrid, de 8 de junio de 2022, la Sala declara que el día inicial para el devengo de los intereses procesales es el de notificación de la STSJ de Madrid-SOC núm. 663/2021, de 30 de junio (recurso de suplicación núm. 243/2021. ECLI:ES:TSJM:2021:7785), a la parte condenada.
- **Tercero.** Sin costas.

VIII. Pasajes decisivos

La Sala de lo Social del TSJ de Madrid reproduce el tenor literal de la STS, Sala Social, de 7 de noviembre de 2007 (RCUD núm. 3780/2006. FJ 3.2. ECLI:ES:TS:2007:8039), que recoge la siguiente argumentación para fijar la fecha inicial de devengo de intereses procesales en la de notificación de la sentencia que condena al INSS al pago de cantidad líquida:

[...] el punto de partida obligado es del actual art. 24 de la Ley General Presupuestaria, en el que claramente se sitúa el "dies a quo" para el inicio de tales intereses en la fecha de "notificación" y no en la fecha de la sentencia o resolución tomada en consideración cuando dispone textualmente que "si la Administración no pagara al acreedor de la Hacienda Pública estatal dentro de los tres meses siguientes al día de la notificación de la resolución judicial ... habrá de abonarle el interés señalado en el art. 17, apartado 2 de esta Ley ". Con lo que a partir de la mera literalidad de sus disposiciones habría que estar, sin más, a la fecha de la notificación. Añade el Tribunal que trasladado dicho problema a la necesidad de una interpretación de dicho precepto a la luz del principio de igualdad de art. 14 de la de la Constitución al que lo ha llevado la recurrente, la solución a adoptar ha de ser la misma a la luz de la doctrina constitucional antes referida pues, aunque es cierto que en las relaciones particulares el art. 576 LEC fija como "dies a quo" el de la fecha de la sentencia de instancia y no el de su notificación, a la hora de ver si la diferencia de trato está fundada en una justificación objetiva y razonable habremos de tomar en consideración que, si el abono de este interés viene determinado por un retraso culpable y éste solo se le puede imputar a las Administraciones Públicas transcurridos tres meses (sentencia 206/1993), este retraso no podrá aceptarse existente sino desde que a la Administración le es notificada la sentencia pues sólo desde ese momento podrá iniciar los trámites necesarios para tramitar el oportuno expediente de gasto. Estimar lo contrario equivaldría a negarle el plazo de los tres meses que tiene legal y constitucionalmente reconocidos en los supuestos en que se produjera una tardanza de esos meses en la notificación por las causas que fueran, o a reducir dicho plazo (...). En definitiva, si el plazo de los tres meses concedido a la Administración se halla justificado en razones objetivas como ha señalado la doctrina constitucional, por las mismas razones habrá de quedar justificado que el "dies a quo" del cómputo de tales intereses sea el de la notificación de la resolución de instancia, pues sólo desde

entonces puede la Administración de que se trate, tomar sus provisiones en orden al pago dentro de plazo del principal para evitarse el abono de los intereses, con lo que deberá jugar igualmente para el pago de los mismos en el caso de no respetar dicho plazo.

IX. Comentario

La STSJ de Madrid-SOC núm. 538/2023, de 2 de junio (Recurso de suplicación núm. 1277/2022. ECLI:ES:TSM:2023:6270), invita a reflexionar, entre otras, sobre las dos cuestiones siguientes:

Primera cuestión: los autos recurribles en suplicación y, en particular, el recurso de suplicación frente al auto que resuelve el recurso de revisión interpuesto contra decretos dictados por el LAJ en fase de ejecución definitiva de sentencia firme.

Segunda cuestión: el periodo de devengo de los intereses procesales (días inicial y final de devengo) y la doble finalidad de estos.

1. Los autos recurribles en suplicación, ex art. 191.4.d) de la LRJS

El art. 7.c) de la LRJS dispone que las Salas de lo Social de los TSJ conocen de los recursos de suplicación establecidos en esta Ley contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social de su circunscripción. Por su parte, el art. 7.d) de la LRJS establece que las Salas de lo Social de los TSJ conocen de los recursos de suplicación contra las resoluciones de los jueces de lo mercantil previstos en los artículos 64.8 y 197.8 de la Ley Concursal. En el mismo sentido, el art. 190.1 de la LRJS señala que las Salas de lo Social de los TSJ conocen de los recursos de suplicación que se interpongan contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social de su circunscripción, así como contra los autos y sentencias que puedan dictar los Jueces de lo Mercantil que se encuentren en su circunscripción y que afecten al derecho laboral.

Del tenor de los arts. 7.c), 7.d) y 190.1 de la LRJS cabe extraer, entre otras, las siguientes ideas: 1) la competencia funcional para conocer de los recursos de suplicación corresponde a las Salas de lo Social de los TSJ; 2) el recurso de suplicación puede interponerse no solo frente a sentencias, sino también frente a otro tipo de resoluciones judiciales, como son los autos; y 3) el recurso de suplicación puede interponerse frente a resoluciones judiciales dictadas no solo por los JS, sino también por los Jueces de lo Mercantil que se hallen en la circunscripción territorial del TSJ.

Llegados a este punto resulta oportuno mencionar el art. 191.4 de la LRJS que, estructurado en cuatro letras, precisa los autos recurribles en suplicación. El art. 191.4.d) de la LRJS señala que es recurrible en suplicación, entre otros, el auto que resuelve el recurso de revisión interpuesto contra el decreto del LAJ dictado en ejecución definitiva de sentencia, siempre que esta hubiera sido recurrible en suplicación y en alguno de los tres supuestos que detalla.

En el caso ahora examinado, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid conoce el recurso de suplicación núm. 1277/2022 interpuesto, ex art. 191.4.d) de la LRJS, frente al auto del JS núm. 39 de Madrid, de 8 de junio de 2022, que resuelve el recurso de revisión formulado frente al decreto de 12 de mayo de 2022 dictado por el LAJ del referido JS en fase de ejecución de la STSJ de Madrid-SOC núm. 663/2021, de 30 de junio, en el que aprueba la liquidación de intereses procesales, que fija en la suma de 469,55 euros, tomando como fecha inicial para su cálculo la de la referida sentencia.

Según lo dispuesto en el art. 191.4.d) de la LRJS, los requisitos para recurrir en suplicación el auto que resuelve el recurso de revisión etablado frente al decreto del LAJ en fase de ejecución definitiva de sentencia son los siguientes:

- Antes de interponerse el recurso de suplicación frente al auto ha de haberse intentado la revisión del decreto del LAJ. En el caso ahora examinado, el recurso de revisión se ha interpuesto frente al decreto

dictado el 12 de mayo de 2022 por el LAJ del JS núm. 39 de Madrid. El auto recurrido es el dictado el 8 de junio de 2022 por el JS núm. 39 de Madrid para resolver el referido recurso de revisión.

- Para que el auto dictado en ejecución de sentencia sea recurrible en suplicación es requisito legal que la sentencia que se esté ejecutando también hubiera sido recurrible en suplicación. En el caso ahora examinado, la sentencia que se está ejecutando ha sido dictada en suplicación; se trata de la STSJ de Madrid-SOC 663/2021, de 30 de junio de 2021 (Recurso de suplicación núm. 243/2021. ECLI:ES:TSJM:2021:7785).
- Los concretos supuestos en los que se prevé recurso de suplicación frente a un auto dictado en fase de ejecución definitiva de sentencia son los tres siguientes: 1º) cuando el auto deniegue el despacho de la ejecución [art. 191.4.d).1º LRJS]; 2º) cuando el auto resuelve puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado [art. 191.4.d).2º LRJS]; y 3º) cuando el auto ponga fin al procedimiento incidental en la ejecución decidiendo cuestiones sustanciales no resueltas o no contenidas en el título ejecutivo [art. 191.4.d).3º LRJS]. En el caso ahora examinado, cabe entender que el auto recurrido en suplicación contradice lo ejecutoriado, ex art. 191.4.d).2º de la LRJS, y ello es así porque la obligación de pago de intereses procesales se genera “*ope legis*”, es decir, por propio imperativo legal, sin que haya obligación legal de pedirlos y sin necesidad de que la sentencia que se está ejecutando se haya pronunciado expresamente al respecto, correspondiendo al trámite de ejecución su exacta determinación. Si la obligación de satisfacer los intereses procesales se integra, por imperativo legal, en el propio contenido y mandato de la sentencia, parece claro que, si esta nada dice al respecto y el auto de ejecución que dicta el JS no los reconoce en los términos previstos legal y jurisprudencialmente, dicho auto contradice lo ejecutoriado y, por tanto, es recurrible en suplicación. En el caso ahora examinado, el auto del JS núm. 39 de Madrid que resuelve el recurso de revisión frente al decreto del LAJ contradice lo ejecutoriado porque al fijar los intereses procesales se aparta del criterio jurisprudencial, según el cual, tales intereses se devengan desde la fecha de notificación de la sentencia que se está ejecutando a la parte demandada (ejecutada), no desde la fecha de la propia sentencia.

2. El periodo de devengo y la doble finalidad de los intereses procesales en la jurisdicción social

Los intereses procesales, también llamados intereses moratorios procesales o intereses de mora procesal, tienen su fundamento legal general en el art. 576 de la LEC, correspondiendo al trámite de ejecución su exacta determinación. En este sentido, el art. 251.2 de la LRJS, referido a la ejecución dineraria, dispone que en materia de intereses de mora procesal se estará a lo dispuesto en el art. 576 de la LEC.

El art. 576 de la LEC actúa *ope legis*. Esto significa que los intereses procesales del art. 576 de la LEC se devengan automáticamente en todo caso porque son fruto de una obligación legal, de modo que^[1]:

- Aunque la sentencia que condena al pago de cantidad líquida nada disponga sobre los intereses procesales, estos se devengan igualmente de modo que puede decidirse sobre ellos en fase de ejecución sin incurrir en exceso alguno^[2]. En el caso ahora examinado, la STSJ de Madrid-SOC núm. 663/2021, de 30 de junio (Recurso de suplicación núm. 243/2021.

ECLI:ES:TS:2021:7785), condena al INSS al pago de una pensión de IPT sin llegar a pronunciarse sobre los intereses procesales, que se concretan en la fase de ejecución definitiva de la sentencia.

- Aunque la parte que reclama la cantidad líquida no pida los intereses procesales, estos se devengan igualmente si finalmente recae sentencia condenatoria.

Un aspecto interesante de los intereses procesales es el relativo a su **periodo de devengo**, es decir, a las fechas inicial (*dies a quo*) y final (*dies ad quem*) de devengo:

Fecha inicial de devengo de los intereses procesales (*dies a quo*): el art. 576.1 de la LEC dispone que los intereses de la mora procesal se devengan desde *que fuere dictada en primera instancia toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida*. En el ámbito de la jurisdicción social cabe entender que los intereses procesales se devengan desde que recae la primera sentencia que condena al pago de cantidad, ya sea en la instancia o en vía de recurso. Llegados a este punto conviene precisar que el *dies a quo* para el devengo de los intereses procesales varía según que la condena se fije en el ámbito de las relaciones entre particulares o en el ámbito de las relaciones con la Administración Pública:

- En el ámbito de las relaciones entre particulares se aplica el tenor literal del art. 576.1. de LEC, de modo que el día inicial (*dies a quo*) para el devengo de los intereses procesales se corresponde con la fecha de la sentencia (o resolución judicial) que por vez primera condena al pago de cantidad líquida^[3].
- En el ámbito de las relaciones con la Administración Pública hay que estar a lo dispuesto en el art. 24 de la LGP, que sitúa el día inicial para el devengo de los intereses procesales en la fecha de notificación de la sentencia que por vez primera condena a la Administración Pública al pago de cantidad líquida y no en la fecha de la propia sentencia. En el caso ahora examinado, no es la sentencia de instancia del JS, sino la posterior de suplicación del TSJ la que por vez primera condena al INSS al pago de una cantidad líquida, como es una pensión de IPT. Por tanto, la sentencia que hay que tomar para el devengo de intereses procesales es la de suplicación. Concretamente, los intereses procesales se devengan desde la fecha de notificación a la Administración de la Seguridad Social de la sentencia de suplicación (6 de julio de 2021), no así desde la fecha de la propia sentencia (30 de junio de 2021); dicho de otro modo: el *dies a quo* para el devengo de los intereses procesales en las relaciones con la Administración Pública deudora no se sitúa en la fecha de la sentencia condenatoria, sino en la posterior fecha de su notificación. El art. 24 de la LGP señala que los intereses procesales se devengan cuando la Administración Pública no abona la cantidad líquida dentro de los 3 meses siguientes al día de notificación de la resolución judicial que le condena al pago de la misma. El TS ha realizado dos consideraciones al respecto^[4]. Primera consideración: la Administración Pública tiene un plazo de gracia de tres meses, a contar desde el día siguiente al de notificación de la resolución judicial condenatoria, para abonar la cantidad líquida objeto de condena. Si la Administración Pública no realiza el pago en dicho plazo, se devengan intereses procesales desde la fecha de notificación de la sentencia condenatoria, no pudiendo quedar excluido el referido plazo de tres meses del periodo de devengo de los intereses procesales. Segunda consideración: al igual que sucede cuando el condenado al pago es un particular, no hay que esperar a que la sentencia condenatoria adquiera firmeza para que comiencen a devengarse los intereses procesales.

Fecha final de devengo de los intereses procesales (*dies ad quem*): el art. 576 de la LEC nada dice sobre la fecha final de devengo de los intereses procesales. La Sala de lo Social del TS ha declarado que los intereses procesales se devengan hasta el momento efectivo del pago, y estando en fase de ejecución, hasta la fecha en que la sentencia condenatoria resulta totalmente ejecutada. El TS ha precisado que cuando se recurre en suplicación o casación una sentencia que condena al pago de cantidad, la consignación en metálico de la cantidad objeto de condena o el alternativo aseguramiento de la cantidad mediante aval bancario realizados en cumplimiento de las normas procesales laborales, ex art. 230 LRJS, no paralizan el devengo de los intereses procesales^[5].

El TS ha declarado que los intereses procesales responden a una **doble finalidad**^[6]:

Primera finalidad de los intereses procesales: indemnizatoria o resarcitoria. Los intereses procesales resarcan en sentido amplio el perjuicio ocasionado por la demora en la ejecución de una sentencia condenatoria, garantizando así la satisfacción material de la pretensión sin el deterioro de la depreciación monetaria. Los intereses procesales resarcan los daños y perjuicios que lleva aparejada la demora en el cumplimiento de la obligación del acreedor al pago de cantidades líquidas cuando ya existe una condena judicial a su abono. En este sentido, los intereses procesales se configuran como una indemnización adicional a la cantidad líquida objeto de condena.

Segunda finalidad de los intereses procesales: disuasoria. Los intereses procesales tienen un alcance disuasorio de la interposición de recursos infundados frente a sentencias condenatorias al pago de cantidad líquida. Si la sentencia que por vez primera condena al pago de cantidad es recurrible, los intereses procesales cumplen una finalidad desmotivadora de la interposición del recurso, y ello es así porque el devengo de intereses procesales continúa mientras no se resuelva el recurso. Llegados a este punto puede resultar interesante llamar la atención sobre un aspecto; a saber: las deficiencias estructurales (falta de medios materiales y personales) de la Administración de Justicia y el creciente volumen de trabajo de los órganos judiciales de la jurisdicción social están ocasionando de un tiempo a esta parte retrasos importantes, tanto en la instancia (JS) como en vía de recursos. Esta situación afecta directamente a los intereses procesales, y es que estos se siguen devengando mientras no se resuelva el recurso interpuesto frente a la sentencia condenatoria. Si la sentencia que condena al pago de cantidad se recurre y la resolución del recurso se demora en el tiempo por las deficiencias estructurales de la Administración de Justicia, ello repercute directamente en el devengo de los intereses procesales. Ciertamente, los intereses procesales tienen como finalidad disuadir de la interposición de recursos infundados, pero también es cierto que la dilación en la resolución de los recursos frente a sentencias condenatorias por falta de los medios humanos y materiales necesarios para el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia puede llegar a disuadir de la interposición de recursos por temor a que el devengo intereses procesales se prolongue mucho en el tiempo y, en consecuencia, que la cuantía de tales intereses se eleve en demasía si finalmente el recurso es desestimado y la condena confirmada. Así, cabe preguntarse hasta qué punto el retraso en la Administración de Justicia puede justificar un periodo máximo de devengo de los intereses procesales en aras a garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, máxime si queda constancia de que la parte condenada que recurre no actúa con mala fe procesal.

X. Apunte final

Tal y como ha quedado expuesto más arriba, la STSJ de Madrid-SOC núm. 538/2023, siguiendo la jurisprudencia de la Sala de lo Social del TS, dictamina que cuando quien resulta condenado al pago de cantidad líquida es la Administración de la Seguridad Social, los intereses procesales se devengan desde el día de notificación de la sentencia condenatoria, no desde la fecha de la propia sentencia.

Llegados a este punto y a modo de apunte final, conviene aclarar que, a la vista del tenor literal del art. 24 de la LGP, tal vez resulte más adecuado fijar el *dies a quo* para el devengo de los intereses procesales en el día siguiente al de notificación de la sentencia condenatoria, y no en el mismo día de la notificación. De hecho, este parece ser el criterio que se desprende de la STS, Sala Social, de 7 de noviembre de 2007 (RCUD núm. 3780/2006. ECLI:ES:TS:2007:8039), si bien es cierto que no se expresa con igual claridad en otras sentencias de la misma Sala.

Referencias:

1. ^ *La STS-SOC núm. 382/2023, de 30 de mayo (RCUD núm. 507/2020. FJ 3.1. ECLI:ES:TS:2023:2306, dispone que los intereses procesales del art. 576 de la LEC tienen la naturaleza de una obligación legal, que determina la no necesidad de que se condene a los mismos, así como la no obligatoriedad de que se pidan por el demandante.*
2. ^ *Por todas, vid., STS, Sala Social, de 5 de mayo de 2014 (RCUD núm. 1680/2013. FJ 3.2. ECLI:ES:TS:2014:2056);*
3. ^ *Por todas, vid., STS, Sala Social, de 9 de febrero de 2015 (RCUD núm. 2054/2014. ECLI:ES:TS:2015:710).*
4. ^ *Por todas, vid., SSTS, Sala Social, de 11 de octubre de 2007 (RCUD núm. 1482/2007. ECLI:ES:TS:2007:7134); y 7 de noviembre de 2007 (RCUD núm. 3780/2006. ECLI:ES:TS:2007:8039). También, vid., STS-SOC núm. 58/2023, de 24 de enero (RCUD núm. 3076/2019. ECLI:ES:TS:2023:863).*
5. ^ *Por todas, vid., STS, Sala Social, de 5 de mayo de 2014 (RCUD núm. 1680/2013. ECLI:ES:TS:2014:2056).*
6. ^ *Por todas, vid. SSTS, Sala Social, de 8 de junio de 2009 (RCUD núm. 2873/2008. ECLI:ES:TS:2009:5330); 5 de mayo de 2014 (RCUD núm. 1680/2013. FJ 3.2. ECLI:ES:TS:2014:2056); 9 de febrero de 2015 (RCUD núm. 2054/2014. FJ 3. ECLI:ES:TS:2015:710); 9 de mayo de 2015 (RCUD núm. 2054/2014. FJ 3. ECLI:ES:TS:2015:710) y 21 de enero de 2016 (RCUD núm. 2126/2014. FJ 2.1. ECLI:ES:TS:2016:461). También, vid., STS-SOC núm. 405/2016, de 11 de mayo (RCUD núm. 3982/2014. FJ. 3. ECLI:ES:TS:2016:2540); STS-SOC núm. 441/2022, de 17 de mayo (RCUD núm. 563/2019. FJ 4.1. ECLI:ES:TS:2022:1996); y STS-SOC núm. 499/2022, de 31 de mayo (RCUD núm. 1579/2021. FJ 4.1. ECLI:ES:TS:2022:2117).*

§ 71 Indemnización por reincidencia en discriminación por razón de sexo en actuación de entidad gestora tras pronunciamiento del TJUE.

Óscar López Bermejo

Magistrado de la jurisdicción social (TSJ de Andalucía).

Resumen: La sentencia analizada tiene por objeto resolver la correcta interpretación de los arts. 3 (riesgos), 4 (igualdad de trato), 5 (medidas para poner fin a desigualdad) y 6 (reclamación vía jurisdiccional por no aplicación de igualdad de trato) de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. El TJUE resuelve la cuestión prejudicial en el sentido de que ante un práctica administrativa -calificada como discriminatoria por razón de sexo- reiterando el incumplimiento del ordenamiento de la Unión, ya resuelto y declarado por una anterior sentencia del TJUE, permite una condena indemnizatoria como reparación pecuniaria adecuada para compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos, incluyendo costas y honorarios de abogado asumidos por el demandante al reclamar ante los órganos judiciales el complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social previsto en el art. 60 LGSS. No consideración como reparación idónea y suficiente el carácter retroactivo al momento de nacimiento de la prestación de los efectos de tal complemento.

Palabras clave: Mantenimiento de actuación administrativa causante de discriminación por razón de sexo. Conducta ya censurada por previa sentencia del TJUE. Reparación adecuada.

Abstract: The purpose of the judgment under consideration is to resolve the correct interpretation of Article 3 (risks), Article 4 (equal treatment), Article 5 (measures to eliminate inequality) and Article 6 (legal remedy for failure to apply equal treatment) of the Council Directive 79/7/EEC of 19 December 1978 on the progressive application of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security. The CJEU settles the preliminary ruling in the sense that an administrative practice -qualified as discriminatory on the basis of sex-, reiterating failure to comply with the law of the union in a sense already resolved by an earlier judgment of the CJEU, an award of compensation is allowed as an appropriate pecuniary compensation to compensate in full for the damage actually suffered, including costs and attorney's fees incurred by the plaintiff to claim the maternity supplement in the contributory pensions of the social security system provided for in art. 60 LGSS. The retroactive nature of the effects of such supplementation is not an adequate and sufficient remedy.

Keywords: Maintenance of administrative action causing gender discrimination. Conduct already censured by previous CJEU ruling. Adequate reparation.

I. Introducción

La sentencia dictada por la Sala Segunda del TJUE el 14 de septiembre de 2023 (asunto C-113/22)^[1], al hilo de una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, mediante auto de 2 de febrero de 2022^[2], y que ahora comentamos, se muestra relevante por diversas cuestiones.

Por una parte, y de forma interna, porque ejemplifica qué se puede entender por reparación adecuada.

De otra, desde un punto de vista global y favorable para la seguridad jurídica, despeja una cuestión causante de controversia tanto en primera como segunda instancia de los órganos jurisdiccionales españoles, que si bien parecía superada por la STS de 17 de mayo de 2023 (RCUD 2222/2022), cuando rechazó la posibilidad de condenar al INSS a indemnizar al varón peticionario por daños morales en caso vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo -denegando el complemento de maternidad del art. 60 LGSS, a pesar de conocer la STJUE de 12 de diciembre de 2019-, no obstante ha vuelto a dar un giro de 180º, al fijar la sentencia del TJUE ahora objeto de análisis una línea discursiva opuesta a la seguida en el pronunciamiento de la Sala IV, como luego veremos en la comparación que haremos en el apartado "IX Apunte final".

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia el 14 de septiembre de 2023.

Tipo y número recurso o procedimiento: cuestión prejudicial. Asunto C-113/22.

ECLI:EU:C:2023:665

Fuente: CURIA

Ponente: Excm. Sra. Dña. A. Prechal.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. *Los hechos del caso litigioso y su desarrollo en vía judicial*

Los datos fácticos constan en los apartados 14 a 16 de la sentencia:

- Se trata de un padre de dos hijos, con prestación de incapacidad permanente absoluta reconocida por el INSS con efectos a partir del 10 de noviembre de 2018, que durante la tramitación del procedimiento administrativo para esa prestación no solicitó expresamente ni se le reconoció de oficio el derecho al complemento denominado «por maternidad» previsto en el aquel momento vigente artículo 60, apartado 1, de la LGSS para las pensiones de jubilación, incapacidad permanente o viudedad.
- El mismo varón, tras tomar conocimiento de la sentencia de 12 de diciembre de 2019, Instituto Nacional de la Seguridad Social (Complemento de pensión para las madres) (C-450/18) donde viene a reconocer que el artículo 60 de la LGSS, que reserva la concesión de dicho complemento únicamente a las mujeres es contrario a la Directiva 79/7 -por ello discriminatoria por razón de sexo-, presentó ante el INSS, el 10 de noviembre de 2020, una solicitud de su reconocimiento, equivalente al 5 % de la prestación de incapacidad permanente que percibía. Por el

INSS se dicta resolución de 17 de noviembre de 2020 denegando el derecho a este complemento.

Desarrollo judicial del caso y posiciones de las partes, que constan en los apartados 17 a 25:

- El interesado interpone demanda, resuelta en primer grado por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Vigo (Pontevedra), en cuya sentencia de 15 de febrero de 2021^[3], con fundamento en la sentencia de 12 de diciembre de 2019 TJUE (C-450/18), reconoce el complemento de pensión litigioso fijando los efectos económicos a los tres meses anteriores a su solicitud, presentada el 10 de noviembre de 2020, pero desestima la pretensión indemnizatoria formulada por el actor.
- Tanto el INSS como el demandante interponen recurso de suplicación del que conoce el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.
- En su recurso el INSS defiende que, en aplicación principio de legalidad, el reclamante no tiene derecho al complemento previsto en el artículo 60 de la LGSS.
- El demandante -ahora suplicante- insta el reconocimiento del derecho con efectos desde la fecha en que tuvo acceso a su pensión -el 10 de noviembre de 2018-, puesto que, de haber sido una mujer, se le habría informado de ese derecho desde dicha fecha. Por las mismas razones, reclama una indemnización reparadora y disuasoria por vulneración del principio de no discriminación.

2. Cuestiones prejudiciales

En este escenario, el órgano judicial nacional remitente entiende esencial para resolver su litigio que el TJUE resuelva si la práctica del INSS, expuesta y publicada en el Criterio de Gestión 1/2020 -acto interno de la entidad gestora-, sobre cuya base sistemáticamente los hombres ven denegada la concesión del complemento de pensión litigioso y provocando que éstos deban acudir a la vía judicial, debe considerarse, de acuerdo con la Directiva 79/7, una discriminación distinta a la discriminación derivada del artículo 60 de la LGSS, tal como fue declarada mediante la sentencia de 12 de diciembre de 2019, Instituto Nacional de la Seguridad Social (Complemento de pensión para las madres, C-450/18, EU).

Además, en caso de obtener una respuesta afirmativa al anterior interrogante, al estar ante una nueva y diferente discriminación, el TSJ de Galicia plantea dos cuestiones más:

1º Determinación fecha de efectos.- ¿Desde cuándo debe concederse al interesado el complemento de pensión?; ¿Tiene eficacia retroactiva?; ¿Esta puede fijarse a partir de la fecha del reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente a la que se vincula tal complemento?.

2º Forma de concretar la reparación.- Dos dimensiones:

- Si ante el incumplimiento del Derecho de la Unión derivada de la resolución denegatoria del INSS, basta, con reconocer la concesión retroactiva del complemento de pensión litigioso, sin que sea necesario abonarle una indemnización adicional, o si, por el contrario, procede concederle la indemnización con el fin de, por un lado, reparar los daños materiales y morales sufridos y, por otro, disuadir de tales incumplimientos.
- En caso de proceder una indemnización adicional, si dentro de ésta se pueden incluir los gastos relativos a las costas y los honorarios de abogado, con el elemento a destacar de que el INSS no puede ser condenado por la naturaleza del proceso laboral y previsión legal.

Por razón de lo anterior, el órgano nacional español formula las cuestiones con el siguiente tenor:

«1) Si la práctica de la entidad gestora recogida en el Criterio de Gestión [1/2020] de denegar siempre el complemento [de pensión] litigioso a los varones y obligarlos a reclamar en vía judicial, como le ha ocurrido al demandante en el presente juicio, se debe considerar, de acuerdo con la Directiva [79/7], un incumplimiento administrativo de la misma diferente del incumplimiento normativo apreciado en Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 [de] diciembre [de] 2019, [Instituto Nacional de la Seguridad Social (Complemento de pensión para las madres) (C-450/18, EU:C:2019:1075)], de manera que, en sí mismo considerado, ese incumplimiento administrativo constituye una discriminación por razón de sexo, a la vista de que, según su artículo 4, el principio de igualdad de trato se define como ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, y que, según su artículo 5, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias con el fin de suprimir disposiciones tanto legislativas como administrativas contrarias al principio de igualdad de trato.

2) Si, atendiendo a la respuesta que se dé a la anterior cuestión y considerando la Directiva 79/7 (en particular, su artículo 6, y los principios de equivalencia y efectividad en relación con las consecuencias jurídicas del incumplimiento del Derecho de la Unión), la fecha de efectos del reconocimiento judicial del complemento debe ser la de la solicitud (con retroacción de 3 meses), o esa fecha de efectos se debe retrotraer a la fecha en que se ha dictado o publicado la [sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, Instituto Nacional de la Seguridad Social (Complemento de pensión para las madres) (C-450/18, EU:C:2019:1075)], o a la del hecho causante de la prestación de incapacidad permanente a que se refiere el complemento [de pensión] litigioso.

3) Si, atendiendo a la respuesta que se dé a las anteriores cuestiones y considerando la Directiva aplicable (en particular, su artículo 6, y los principios de equivalencia y efectividad en relación con las consecuencias jurídicas del incumplimiento del Derecho de la Unión), procede [una] indemnización que sea reparadora de daños y perjuicios, y con eficacia disuasoria, por considerar que aquellos no quedan cubiertos con la determinación de la fecha de efectos del reconocimiento judicial del complemento, y en todo caso, si el importe de las costas judiciales y los honorarios de letrado ante el Juzgado de lo Social y ante esta Sala de lo Social se debe incluir como un concepto de la indemnización.»

IV. Normativa aplicable al caso

1. Derecho de la Unión

La Directiva 79/7 ^[4] establece:

- Art. 1: «La presente Directiva contempla la aplicación progresiva, dentro del ámbito de la seguridad social y otros elementos de protección social previstos en el artículo 3, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, denominado en lo sucesivo “principio de igualdad de trato”.»
- Art. 2: «La presente Directiva se aplicará a la población activa, incluidos los trabajadores independientes, los trabajadores cuya actividad se vea interrumpida por enfermedad, accidente o paro involuntario, a las personas que busquen empleo, así como a los trabajadores inválidos.»
- Art. 3, apartado 1: «La presente Directiva se aplicará: a) a los regímenes legales que aseguren una protección contra los siguientes riesgos: – enfermedad, – invalidez, – vejez, – accidente laboral y enfermedad profesional, – desempleo;[...].»
- Art. 4, apartado 1: «El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente,

en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a: – el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos; – la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones; – el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.».

- Art. 5: «Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias con el fin de suprimir las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato.».
- Art. 6: «<<Los Estados miembros introducirán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona, que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato, pueda hacer valer sus derechos por la vía jurisdiccional después de haber recurrido, eventualmente, a otras autoridades competentes.»

2. Derecho nacional

2.1 Normas sustantivas

Ley General de la Seguridad Social, cuyo texto refundido fue aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 8/2015^[5]:

- Art. 53: «1. El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud. Si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas, los efectos económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud. Esta regla de retroactividad máxima no operará en los supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos [...]».
- Art. 60, **en su versión aplicable al litigio principal, portaba la rúbrica «Complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social»** y disponía en su apartado 1: «Se reconocerá un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente. Dicho complemento, que tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, consistirá en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las referidas pensiones un porcentaje determinado, que estará en función del número de hijos según la siguiente escala: a) En el caso de 2 hijos: 5 por ciento.[...]».

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres^[6]:

- Art. 10 «Los actos [...] que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su

caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias.».

2.2 Normas procesales

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social:

- Art. 183, apartados 1 y 2: «1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados. 2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a esta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.».

2.3 Otros instrumentos no normativos relevantes para el litigio

Criterio de Gestión 1/2020, de 31 de enero de 2020, adoptado por la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS ^[7] (en lo sucesivo, «Criterio de Gestión 1/2020»), con el siguiente tenor: «Hasta que se proceda a la modificación legislativa necesaria para adaptar el artículo 60 [de la LGSS] al pronunciamiento del TJUE [de 12 de diciembre de 2019, Instituto Nacional de la Seguridad Social (Complemento de pensión para las madres) (C-450/18, EU:C:2019:1075)], se establecen [...] las siguientes pautas de actuación de esta entidad gestora: 1. El complemento establecido para las pensiones de incapacidad permanente, jubilación y viudedad, regulado en el artículo 60 [de la LGSS], en tanto no se lleve a cabo la correspondiente modificación legal del citado artículo, se seguirá reconociendo únicamente a las mujeres que cumplan los requisitos exigidos en el mismo, tal como se viene haciendo hasta la fecha. 2. Lo establecido en el apartado uno debe entenderse lógicamente sin perjuicio de la obligación de ejecutar aquellas sentencias firmes dictadas por los tribunales de justicia que reconozcan el citado complemento de pensión a los hombres [...]».

3. *Pronunciamiento previo del TJUE relevante para el posterior del mismo Tribunal.*

Para entender nuestro análisis, merece tratamiento particular la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C-450/2018), citada de forma reiterada por todas las partes del proceso y por los diferentes órganos judiciales tanto nacionales como por el propio TJUE.

Esta sentencia tiene por objeto controlar si se ajusta al Derecho de la Unión un precepto nacional español -el art. 60 LGSS- titulado "Complemento de maternidad en las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social", apartado 1, del RD Leg. 8/2015, de 30 de octubre, TRLGSS **-versión anterior a la reforma operada en este precepto por el RDL 3/2021 de medidas para la reducción de la brecha de género en las pensiones**

Pues bien, la sentencia del TJUE (asunto C-450/2018), publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 17 de febrero de 2020^[8], declaraba que: "La *Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978*, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en

cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión.". Así, con este pronunciamiento se reconocía que la redacción del precepto nacional -art. 60 LGSS- constituía una discriminación directa por razón de sexo y contrario a la *Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19.12.1978*, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, y provoca que el complemento previsto en ese mismo artículo debe aplicarse también a los varones que se encuentren en los mismos supuestos en él previsto y destinado sólo al sexo femenino.

V. Doctrina básica y pasajes decisivos

La sentencia del TJUE que ahora analizamos resuelve dos de las tres cuestiones prejudiciales planteadas, dado que, como contiene el pronunciamiento del órgano judicial supranacional, el TSJ de Galicia retiró su segunda petición prejudicial, relativa a la determinación de la fecha de efectos, pues con posterioridad al planteamiento de la decisión prejudicial, la Sala IV, en sentencia de 30 de mayo de 2022, resolvió tal controversia, decidiendo que esa fecha es la del acceso a la pensión a la que están vinculados dichos complementos.

Aclarado lo anterior, son dos las peticiones prejudiciales que resuelve la sentencia ahora analizada, así:

1ª.- La destinada a despejar si existe una discriminación directa por razón de sexo en el actuar del INSS -denominada discriminación administrativa-, a pesar de haberse declarado antes el TJUE (asunto C-450/2018), y por ello contraria Directiva 79/7/CEE del Consejo, la concurrencia una discriminación directa por razón de sexo en la redacción del art. 60 LGSS -discriminación normativa-. Y la respuesta dada por el Tribunal de la Unión es afirmativa, en base de las siguientes consideraciones:

Jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia, consistente en que declarada la existencia "de una discriminación contraria al Derecho de la Unión, y mientras no se adopten medidas que restablezcan la igualdad de trato, el respeto del principio de igualdad solo puede garantizarse concediendo a las personas de la categoría desfavorecida las mismas ventajas de las que disfrutaban las personas de la categoría privilegiada".

Que lo anterior genera un mandato al órgano judicial nacional, en el sentido de que no debe aplicar la norma interna declarada discriminatoria y contraria al Derecho de la UE, y ello sin tener que esperar a su derogación por el legislador interno, garantizando así un trato igual entre el grupo privilegiado frente al que no lo es. Para ello se apoya en varios pronunciamientos del TJUE en este mismo sentido (**sentencias de 21 de junio de 2007, Jonkman y otros, C-231/06 a C-233/06** ^[9]).

Que este mismo mandato, y aquí lo relevante, se dirige "no solo a los órganos jurisdiccionales nacionales, sino también a todos los órganos del Estado, incluidas las autoridades administrativas nacionales encargadas de aplicar ese régimen" (**sentencia de 10 de marzo de 2022, Grossmania, C-177/20** ^[10]).

Y en atención a los anteriores parámetros la sentencia analizada considera que en el caso concreto, a pesar de la discriminación normativa ya reconocida por este Tribunal de Unión, la resolución administrativa denegatoria del complemento vuelve a acudir al mismo precepto, ejecutando el INSS una interpretación manifiestamente -y consciente- contraria al Derecho de la Unión, exégesis que incluso se manifiesta recogida en el Criterio de Gestión 1/2020 -acto de organización interna de la entidad gestora-, y todo porque esta autoridad administrativa considera que este debe ser su proceder a la espera de la adaptación legislativa del art. 60 LGSS para resolver en sentido favorable al varón reclamante, lo que lleva al TJUE a concluir que junto a la ya reconocida "discriminación directa por razón de sexo que se deriva de los requisitos materiales previstos en la norma controvertida en el litigio principal", ahora también se manifiesta en la actuación y resolución del INSS una "discriminación relativa a los

requisitos procedimentales que regulan la concesión del complemento de pensión litigioso”, que provoca en el peticionario la necesidad de acudir a la vía judicial para ver satisfecho su derecho, lo que afecta al solicitante varón tanto respecto a la fecha inicial de su disfrute, como al generarle gastos imprevistos y prescindibles en comparación con una peticionaria del sexo contrario.

2ª.- Sentado que existe la doble discriminación, normativa y administrativa, y observando el TJUE cómo la entidad gestora no ha adoptado las medidas eficaces para poner fin a la discriminación por razón de sexo en el reconocimiento del complemento del art. 60 LGSS, la sentencia resuelve los siguientes interrogantes:

- ¿Es la reparación pecuniaria adecuada para conseguir una igualdad de trato efectiva? La respuesta es sí (apartado 50 de la sentencia del TJUE).
- ¿Se puede entender por adecuado la compensación de los perjuicios causados por la discriminación? Sí, responde de nuevo el Tribunal de la Unión (apartado 50).
- ¿Se puede entender como reparación adecuada y suficiente reconocer al interesado la fecha de efectos retroactivas al momento del hecho causante? No, porque esto sólo lo coloca en plano de igualdad con aquel grupo privilegiado en la norma interna contraria al Derecho de la UE (apartados 52 y 53).
- ¿Se puede conceder una indemnización a las víctimas de una discriminación, con el fin de restablecerlas en su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño, y que la misma consista en las costas y los honorarios de abogado? Y responde que sí, por cuanto el art. 183 LRJS prevé una indemnización por daños derivados de una vulneración de derechos fundamentales, como ocurre en este caso, y que además la naturaleza de las costas y honorarios de abogado no es la propia de las normas procesales internas que impiden su imposición al INSS; sino que tiene la categoría de auténtica reparación pecuniaria como medida adoptada para alcanzar el objetivo de restablecer la igualdad efectiva de oportunidades (apartados 50, 59 y 60).

VI. Parte dispositiva

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, y, en particular, su artículo 6 deben interpretarse en el sentido de que, tratándose de una solicitud de concesión de un complemento de pensión, presentada por un afiliado de sexo masculino, que ha sido denegada por la autoridad competente en virtud de una norma nacional que reserva la concesión de dicho complemento a las afiliadas de sexo femenino, y dándose la circunstancia de que esa norma constituye una discriminación directa por razón de sexo en el sentido de la Directiva 79/7, tal como fue interpretada por el Tribunal de Justicia en una sentencia prejudicial dictada con anterioridad a la resolución denegatoria de la solicitud en cuestión, el órgano jurisdiccional nacional, que conoce de una demanda presentada frente a esa resolución denegatoria, debe ordenar a dicha autoridad no solo que conceda al interesado el complemento de pensión solicitado, sino también que le abone una indemnización que permita compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación, según las normas nacionales aplicables, incluidas las costas y los honorarios de abogado en que el interesado haya incurrido con ocasión del procedimiento judicial, en caso de que la resolución denegatoria se haya adoptado de conformidad con una práctica administrativa consistente en continuar aplicando la referida norma a pesar de la citada sentencia, obligando así al interesado a hacer valer su derecho al complemento en vía judicial.

VII. Apunte final

La sentencia del TJUE, aquí analizada, cobra especial interés porque supone la fijación de un parámetro y un criterio opuesto a lo reconocido por nuestra Sala IV del TS en su sentencia de 17 de mayo de 2023 (RCUD 2222/2022)^[11], cuando resuelve la misma cuestión relativa a si procede indemnización por daños en el marco de un procedimiento de tutela de derechos fundamentales ante la resolución denegatoria del INSS al no reconocer al solicitante varón el complemento previsto el art. 60 LGSS. Y en esta confrontación de pronunciamientos destacamos las siguientes conclusiones:

1º Una cuestión previa, como es el factor cronológico de ambos procedimientos, pues la cuestión prejudicial es planteada por el TSJ de Galicia ante el TJUE por auto de 2 de febrero de 2022, recibido en el Tribunal de Justicia el 17 de febrero de 2022, y el recurso de casación por unificación de doctrina se admite por la Sala IV por providencia de 12 de diciembre de 2022. De forma que me surge la cuestión de si -por razones de seguridad jurídica- la Sala de lo Social de nuestro alto Tribunal podría haber esperado al resultado de la cuestión prejudicial, por la identidad absoluta del objeto y del posterior del pronunciamiento.

2º Como primer punto de contradicción, donde el Supremo considera que no se puede imputar a la entidad gestora responsabilidad por la falta de adaptación de la norma nacional -art. 60 LGSS-, al entender que tal deber sólo recae en el legislador, en cambio el TJUE sí es favorable a exigir al INSS el mandato de dar un trato igual ya reconocido en una previa sentencia del TJUE, pues sino se incurre en una discriminación administrativa.

3º Otro punto con posiciones divergentes se da en que mientras la Sala de lo Social del TS configura que la indemnización reclamada por daños tiene categoría de responsabilidad patrimonial, en cambio el Tribunal del Unión sí lo reconoce como un daño indemnizable y reclamable a la autoridad administrativa en este tipo de procesos de protección de derechos fundamentales.

4º Finalmente, otra contradicción, cuando nuestra Sala IV razona que hay reparación suficiente con reconocer al varón solicitante discriminado los efectos retroactivos al momento del nacimiento de la prestación complementada, mientras el TJUE concluye lo contrario, pues sostener el criterio de nuestro Supremo sólo permite colocar en el mismo plano al sujeto discriminado, que ha tenido que acudir a la vía judicial para ver estimada su petición, respecto de los beneficiados del otro sexo que disfrutaron de su reconocimiento en fase administrativa, por lo que sí procede una indemnización añadida con doble finalidad, reparadora y disuasoria.

Referencias:

1. ^ *Sentencia de la Sala Segunda del TJUE el 14 de septiembre de 2023 (asunto C-113/22).*
2. ^ *Auto de 2 de febrero de 2022 dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, planteando cuestión prejudicial.*
3. ^ *Sentencia de 15 de febrero de 2021, del Juzgado de lo Social n.º 2 de Vigo (Pontevedra).*
4. ^ *Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.*
5. ^ *Ley General de la Seguridad Social, cuyo texto refundido fue aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 8/2015.*

6. ^ *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.*
7. ^ *Criterio de Gestión 1/2020, de 31 de enero de 2020, adoptado por la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS.*
8. ^ *Sentencia del TJUE (asunto C-450/2018), publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 17 de febrero de 2020.*
9. ^ *Sentencias de 21 de junio de 2007, Jonkman y otros, C-231/06 a C-233/06.*
10. ^ *Sentencia de 10 de marzo de 2022, Grossmania, C-177/20.*
11. ^ *Sentencia Sala Social del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2023 (RCUD 2222/2022).*

§ 72 Derecho a la libertad ideológica en el marco de la relación laboral.

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona

Resumen: *La sentencia del TC que es objeto de análisis considera vulnerado el derecho a la libertad ideológica de un trabajador en el marco de la relación contractual laboral que le vincula con su empleador. El despido disciplinario llevado a cabo por la empresa, y considerado procedente por los tribunales laborales, vulneró las libertades constitucionales de expresión y reunión del trabajador. Se argumenta sobre la distribución de la carga de la prueba y la aportación de indicios, concluyendo que la sentencia recurrida no cumplió con la exigencia de la doctrina constitucional sobre tal distribución.*

Palabras clave: *Tribunal Constitucional. Despido. Libertad ideológica. Carga de la prueba.*

Abstract: *The judgement of the TC under analysis considers the right to ideological freedom of a worker to have been violated in the context of the contractual employment relationship between him and his employer. The disciplinary dismissal carried out by the company, and found to be justified by the labour courts, infringed the worker's constitutional freedoms of expression and assembly. Arguments are made on the distribution of the burden of proof and the provision of evidence, concluding that the appealed judgement did not comply with the requirements of the constitutional doctrine on such distribution.*

Keywords: *Constitutional Court. Dismissal. Ideological freedom. Burden of proof.*

I. Introducción

1. Es objeto de análisis la sentencia dictada por la Sala segunda del TC núm. 79/2023, de 3 de julio, El resumen oficial, o “síntesis analítica” por utilizar la terminología del propio TC, es el siguiente: “Vulneración del derecho a la libertad ideológica, en conexión con las libertades de expresión y de reunión: despido disciplinario de quien participó en una manifestación y difundió por las redes sociales fotografías con mensajes políticos tomadas en su puesto de trabajo”. Se trata de la tercera sentencia dictada por el TC en materia laboral desde que se produjo su renovación.

No hago ningún spoiler del fallo ya que es suficientemente conocido desde que el propio TC emitió una nota de prensa el 7 de julio titulada “El Tribunal Constitucional estima por unanimidad el recurso de amparo de un director de sucursal de Madrid del Banque Chaabi du Maroc que fue despedido por participar en una manifestación”^[1], y de la que reproduzco un fragmento:

Cabe indicar también en esta introducción que, salvo error en la búsqueda por mi parte en CENDOJ, no se encuentran disponibles ni la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 27 de Madrid de 15 de junio de 2018, que estimó la demanda interpuesta en procedimiento por despido y declaró su nulidad por vulneración de derechos fundamentales, ni la dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de mayo de 2019, que estimó el recurso de suplicación interpuesto por la parte empresarial, anulando la sentencia de instancia y confirmando la decisión de empresarial de despido disciplinario del trabajador. No obstante, afortunadamente tenemos en esta ocasión una amplia explicación del contenido de ambas sentencias en la dictada por el TC, por lo que puede seguirse perfectamente el itinerario del conflicto jurídico, y también encontramos parte del mismo en el auto, disponible en CENDOJ, dictado por la Sala Social del TS de 11 de junio de 2020 (resumen oficial: “Despido disciplinario. Nulidad. Vulneración del art. 16 CE. Libertad ideológica. Falta de contradicción”.

El alto tribunal inadmitió el RCUd interpuesto por la parte trabajadora, que había aportado como sentencia de contraste, dando cumplimiento al art. 219.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, la dictada por la Sala Social del TSJ de Andalucía (sede Sevilla) el 21 de marzo de 2014. La inadmisión por el TS se justificó en estos términos:

“La contradicción alegada no puede apreciarse porque tanto las categorías profesionales de los trabajadores como las situaciones de hecho son distintas. El actor de la sentencia recurrida es el director de una sucursal bancaria de Marruecos en España y es despedido por acudir a una manifestación en defensa de los ciudadanos del valle del Rif, que tuvo gran difusión en Marruecos, publicando luego fotos en su cuenta de Facebook en su puesto de trabajo y en las que aparece el slogan del banco, con comentarios en árabe sobre la situación. En la sentencia de contraste el trabajador tiene la categoría de peón albañil y es despedido con reconocimiento de la improcedencia, en cumplimiento de la amenaza que días antes le había hecho la alcaldesa en ese momento y candidata a la alcaldía después de que el padre de aquel le negara su voto”^[2]

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia

Órgano judicial: TC

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 79/2023, de 3 de julio.

ECLI:ES:TC:2023:79

Fuente: BOE.

Ponente: Excmo Sr. D. César Tolosa Tribiño.

Votos Particulares: carece.

III. Hechos relevantes, posiciones de las partes, y sentencias dictadas en sede judicial laboral (JS y TSJ)

Pongamos ya orden en la exposición, después de estas consideraciones iniciales, manifestando ya de entrada mi parecer de encontrarnos ante una sentencia muy bien argumentada y fundamentada, que refuerza los derechos constitucionales fundamentales en el ámbito de una relación contractual laboral, teniendo además especial interés sus aspectos procesales sobre la distribución de la carga de la prueba y la acreditación de los indicios de vulneración de uno o más derechos fundamentales, y en la que además hay un amplio recordatorio de la jurisprudencia del TC sobre la protección de los derechos fundamentales en la relación de trabajo y sus límites.

El litigio encuentra su origen en sede judicial con la presentación de una demanda, en procedimiento por despido. ¿Cuál era la base jurídica para tal decisión empresarial,

según el escrito remitido el 10 de agosto de 2017 al trabajador?: la transgresión de la buen fe contractual y abuso de confianza (art. 54.2 d LET), en la que se le imputaba “hacer un uso indebido de la imagen de la empresa al publicar en su cuenta de la red social ‘Facebook’ una foto de sí mismo en su puesto de trabajo y en la que aparece el eslogan publicitario del banco, junto a mensajes tales como ‘orgullosos de ser rifeños’, ‘los rifeños no son escoria. El Rif no es separatista’ y ‘¿sois un gobierno o una banda de delincuentes?’” (hecho probado sexto, SJS 217/2018”).

Ahora bien, la decisión empresarial llegó tras la apertura de un “proceso de investigación” el 5 de junio, con suspensión de empleo pero no de sueldo, tres días después de que el trabajador acudiera, junto con otra compañera, a la antes citada manifestación, quedando recogido en los hechos probados de la sentencia del JS que “Por su condición de director de la oficina en Madrid del Banque Chaabi du Maroc, que es próxima a la monarquía marroquí, el suceso tuvo gran difusión en los medios de comunicación de dicha nación”.

El mismo día, la empresa procedió a despedir a la trabajadora que acompañó al ahora recurrente a la manifestación, siendo declarado improcedente su despido (sentencia del JS núm. 32 de Madrid de 25 de enero de 2018, confirmada por el TSJ de dicha Comunidad Autónoma el 15 de febrero de 2019 (rec. 840/2018) que desestimaron la petición principal de nulidad por no haber quedado probado que la razón del despido fuera la asistencia a la manifestación).

El citado “proceso de investigación” se prorrogó en el tiempo hasta convertirse en un expediente contradictorio (el trabajador era delegado de personal) el 28 de julio, siendo la razón de ello según la empresa, no solo la existencia de la transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza (causa de despido disciplinario tipificada en sede legal y convencional) sino también la vulneración del código deontológico de la entidad bancaria. Es importante reproducir el hecho probado sexto de la sentencia de instancia tal como lo recoge la dictada por el TC: “Se le indicaba al respecto que habiéndose tenido indicios desde el comienzo del mes de junio de que el recurrente estaba haciendo un “uso indebido de la imagen del banco en redes sociales”, se comenzó una investigación en el curso de la cual se había tenido acceso el día 13 de julio de 2017 a su perfil público abierto en la red social “Facebook”, en la que se presentaba como director en Chaabi Bank, figurando una fotografía sentado en su despacho y en la que podía verse de fondo un documento publicitario que señalaba: “A tu lado, para financiar tus proyectos, Chaabi Bank”. Esa misma imagen se había utilizado para realizar diversas publicaciones (10 de enero, 6 de marzo, 16 y 19 de mayo, todos ellos de 2017), con parches o ilustraciones superpuestas en árabe y que traducidas al castellano señalaban: “Orgullosos de ser rifeños”, “Los rifeños no son escoria. El Rif no es separatista”, “¿Sois un gobierno o una banda de delincuentes?”.

De tales actuaciones del trabajador vía redes sociales, se concluyó que el trabajador no sólo había vulnerado la normativa legal y convencional vigente, sino que también había generado un daño potencialmente real a la entidad, por proyectar hacia el exterior una imagen de esta que no se correspondía en modo alguno con la oficial y que además no era la de la mayor parte de su clientela, por lo que procedió a su despido.

La pretensión principal de la demanda interpuesta contra la tal decisión fue la de nulidad del despido por vulneración de los derechos fundamentales antes referenciados, siendo estimada por el JS. En sus alegaciones, además de referirse al despido de su compañera inmediatamente después de haberse celebrado la manifestación, hacía constar que la directora del banco en España le había comunicado a mediados del mes de junio, “que estaba recibiendo presiones de la embajada de Marruecos y del director del banco en Francia para que fuera despedido por su participación en la manifestación y por sus opiniones en defensa del pueblo rifeño”.

La aceptación en instancia de la pretensión de nulidad del despido se debió al haber quedado suficientemente acreditados los indicios de actuación vulneradora de

derechos fundamentales por parte de la empresa (art. 181.2 LRJS), que no habían sido desvirtuados por esta, de tal manera que había “enmascarado” la verdadera causa del despido, que era haber acudido a la manifestación. En el apartado c) del antecedente de hecho 2 de la sentencia del TC se encuentra una amplísima reproducción de los argumentos del juzgador para llegar a su decisión, de los que me interesa destacar dos: “) el periodo de investigación abierto con la suspensión de empleo del trabajador tuvo lugar el 5 de junio de 2017, es decir, “el primer día laborable con posterioridad a que aquel hubiera acudido a la manifestación que tuvo lugar la tarde del viernes 2 de junio en defensa de los derechos de los ciudadanos del Valle del Rif”; “(vi) “en ninguna de las cartas que la empresa remitió al trabajador para comunicarle su suspensión de empleo para dilucidar los hechos acaecidos se especifica, siquiera en grado mínimo, los hechos que precisamente motivaron la preocupación de la empresa y la apertura de dicha investigación, haciendo presumir una intención evidente de ocultación de la causa cierta del despido disciplinario impugnado”.

Interpuesto recurso de suplicación por la parte empresarial, ya conocemos que fue estimado por el TSJ, haciendo suyas las argumentaciones expuestas en el escrito de despido y que posteriormente fueron ratificadas tanto en el acto de juicio como en el escrito del recurso, en el que se alegó infracción de la normativa y jurisprudencia aplicable al amparo del art. 193 c) LRJS. Reproduzco el último párrafo del apartado d) del antecedente de hecho 2 de la sentencia del TC en la que este sintetiza la tesis del TSJ: “En suma, cabía apreciar que el recurrente “se extralimitó en su cometido, que era de naturaleza laboral y profesional únicamente, actuando en otros ámbitos y sobre otras cuestiones que no eran las propias del banco ni las de un cargo de director”, y que al hacerlo “sin autorización, porque no la pidió”, aunque era consciente de su trascendencia y relevancia no profesional, quebrantó la buena fe contractual y defraudó la confianza que se le había otorgado. Su “fraudulenta” conducta resultaba incompatible y materialmente contraria al principio de buena fe, al haber utilizado las instalaciones del banco para un uso no bancario, profiriendo expresiones vejatorias para los gobernantes marroquíes en un asunto de interés y trascendencia públicas. Y, por ello, la sanción impuesta fue proporcionada a la comisión de una infracción grave y culpable de los deberes laborales, lo que había de conducir a la desestimación del recurso de suplicación formulado por el actor y a la estimación del interpuesto por la empresa demandada, mediante la revocación de la sentencia recurrida y la calificación de la procedencia del despido”.

IV. Interposición del recurso de amparo

1. Argumentos de las partes recurrente

Tras haberse dictado el auto de inadmisión del RCUD, por no apreciarse la contradicción exigida por el art. 219.1 LRJS con la sentencia aportada de contraste, tal como he expuesto con anterioridad, la parte trabajadora interpuso recurso de amparo el 23 de julio, con alegación de vulneración por aquel, y por la sentencia del TSJ, del derecho a la libertad ideológica reconocido en el art. 16.1 CE.

Aun cuando el escrito de despido se refería a unos determinados motivos, a los que he hecho referencia con anterioridad, el recurrente sostuvo que en realidad el despido estuvo motivado por su participación en la manifestación del 2 de junio de 2020 por la defensa de los derechos de los ciudadanos del Valle del RIF, una manifestación de índole político que, según el recurrente, “se oponía frontalmente a los postulados conservadores y tradicionales de la entidad bancaria empleadora” y que ello vulneraba su libertad ideológica y era merecedor de la calificación de nulidad. Para justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo interpuesto, requisito requerido por el art. 50.2 de la Ley Orgánica del TC, expuso que el asunto planteado versaba sobre una determinada faceta del derecho reconocido en el art. 16.1 CE sobre el que no existía jurisprudencia constitucional, por lo que daba la oportunidad al TC crear doctrina que le permitiría “impedir injerencias empresariales como la denunciada, limitativas o neutralizadoras de la vertiente externa de la libertad ideológica del trabajador”.

2. Argumentos del Ministerio Fiscal

Admitido a trámite el recurso por providencia de 10 de enero de 2021, las alegaciones del Ministerio Fiscal se presentaron el 8 de mayo, y, al igual que ocurrió con las sentencias del JS y del TSJ, son ampliamente reproducidas en la sentencia (fundamento jurídico 8), en las que concluyó que el motivo real del despido no fueron las imágenes publicadas en las redes sociales (tesis de la empresa, rechazada por el JS y posteriormente acogida por el TSJ), sino que estas solo fueron las aparentes, cuando la real fue la participación en una manifestación en el ejercicio de su derecho fundamental a la libertad ideológica, habiendo aportado suficientes indicios de que este era el motivo real de la decisión empresarial para trasladar la carga de la prueba a la parte demandada en instancia y no haber podido desvirtuar esta tales indicios. Aspecto relevante de la tesis de la fiscalía, en aplicación de la consolidada doctrina del TC, fue que el TSJ no llevó a cabo la obligada ponderación del derecho fundamental cuya vulneración se alegaba, “ignorando la dimensión constitucional de la cuestión controvertida”, habiendo resuelto con argumentos “de mera legalidad ordinaria” y criticándola que sólo hubiera citado una sentencia del TC que, además, se refería a la libertad de información en un asunto de índole penal y no laboral. Para la Fiscalía, y siempre partiendo de los hechos probados en instancia, aquello que hizo el trabajador despedido fue acudir a una manifestación en el pleno ejercicio de su libertad ideológica en relación con la libertad de reunión, al acudir a la manifestación “fuera de las horas de trabajo y sin utilizar en ese acto ninguna imagen del banco”, enfatizando para sostener su tesis estimatoria del amparo que resultaba contrario al derecho fundamental despedir al trabajador “por la mera discrepancia con las ideas políticas de la dirección del banco, máxime cuando este no tiene un ideario definido, como ocurría en el caso de los centros de enseñanza católicos a los que la doctrina constitucional hace referencia”, y que por ello la publicación de las imágenes en las redes sociales “fue tan solo el motivo aparente de su despido”, y no el real, encontrando además pleno apoyo esta última tesis para la fiscalía en el hecho de que la parte empresarial hiciera referencia en su escrito de recurso de suplicación antes el TSJ a la asistencia del trabajador a dicha manifestación, “aun cuando no era esa la causa de despido alegada en la carta”

3. Alegaciones de la parte recurrida

El 19 de mayo fueron presentadas las alegaciones de la parte empresarial recurrida (fundamento jurídico 9), basadas esencialmente en defender la plena conformidad a derecho de la sentencia del TSJ y subrayando que las actuaciones del trabajador en las redes sociales suponían un “manifiesto quebranto de la buena fe contractual” que justificaba el despido, como así entendió aquel al anular la sentencia del JS. Insistió mucho, lógicamente, la parte recurrida en la posible limitación del ejercicio de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo, trayendo a colación la sentencia del TC núm. 93/2021 de 10 de mayo, que le sirvió para sostener, a modo de conclusión de sus alegaciones, su tesis en estos términos: “los incumplimientos del trabajador (no controvertidos), a pesar de no ser de “interés vinculado a la actividad laboral”, sí se realizaron desde el “altavoz” del banco, utilizando sus medios. En otras palabras, si la libertad de expresión no ampara —según la sentencia señalada— determinados comentarios, incluso en la esfera del desarrollo individual, una superior modulación podrá sufrir el derecho fundamental cuando la actuación se produce en el seno de la relación laboral y con incumplimientos acreditados en ese concreto marco. La tutela de la libertad ideológica del trabajador no puede implicar, en consecuencia, la vulneración del derecho al honor de esa entidad bancaria, por asociarse y vincularse al mismo, como propias, una serie de declaraciones políticas realizadas por su director, considerando, en definitiva, plenamente ajustadas a derecho la sentencia y auto recurridos”.

4. Resolución del TC

4.1 Rechazo a las alegaciones procesales formales

Dado que se alegaron además varios defectos procesales que al parecer de la recurrida deberían conducir a la inadmisión o desestimación del recurso, la Sala deberá pronunciarse primeramente sobre los mismos para pasar después, una vez que han sido rechazados, a los argumentos sustantivos o de fondo de la parte recurrente.

Al entrar en la resolución del litigio, el TC recuerda primeramente cuál es el objeto de recurso y cuáles son las pretensiones de las partes, con una buena síntesis de las sentencias en juego, de las tesis defendidas por cada parte, y de las alegaciones formuladas por el Ministerio Fiscal, pasando después a formular las que califica de “precisiones previas”, tanto sobre el objeto como respecto de los “ óbices de procedibilidad” opuestos por la parte recurrida.

Ello le servirá en primer lugar para rechazar con contundencia la tesis de esta de haber infringido la recurrente la carga de concretar debidamente los preceptos constitucionales infringidos, requisito requerido por el art. 49.1 de la LOTC, con una clara y contundente crítica jurídica a la recurrida por “rehacer la demanda de amparo” para llegar al resultado que persigue, ya que la parte recurrente alega con toda claridad en su recurso de amparo cuál es el derecho fundamental que considera vulnerado (art. 16.1 CE). Por consiguiente, si el recurso gira alrededor de la posible vulneración de este derecho fundamental, la Sala no puede limitarse, en aplicación de su consolidada doctrina, a “verificar el carácter motivado, razonable y no arbitrario de la resolución judicial impugnada, cual pretende la parte demandada, debiendo también comprobar si se ha producido o no la vulneración del derecho fundamental denunciada (SSTC 131/2017, de 13 de noviembre, FJ 5, y 172/2021, de 7 de octubre, FJ 2 a), de modo que, caso de constatarse tal lesión constitucional, procederá el reconocimiento del derecho y la consiguiente anulación de la sentencia que lo niega”.

Es igualmente rechazada la alegación procesal formal de no contener el recurso de amparo “la más mínima argumentación” que sostenga su tesis de tener el litigio planteado especial trascendencia constitucional. Para el TC, que recuerda que ha abordado la protección del derecho fundamental a la libertad ideológica en el seno de las relaciones de trabajo en varias sentencias anteriores, básicamente centradas en los despidos de profesorado de religión, la relevancia del caso, que justificó su admisión a trámite y que ahora se reitera, radica en que plantea “una problemática novedosa relativa a la eventual infracción de la libertad ideológica del trabajador por la mera discrepancia con las ideas políticas de su empleadora, cuando la misma no es una empresa de tendencia que tenga un ideario que le permita la modulación de las libertades constitucionales de sus empleados en los términos que han sido examinados por este tribunal. Y a esto habría que añadir ahora la peculiaridad de no estar comprometido solo el ejercicio de la libertad ideológica del trabajador (art. 16.1 CE), sino también el de otros derechos conexos como son el de reunión (art. 21.1 CE) y la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], que tan estrecha relación mantienen con el pluralismo político (art. 1.1 CE)”, sin que un asunto que considera similar, resuelto en sentencia 20/2002 de 28 de enero, sea suficiente para negar la relevancia constitucional, por existir una diferencia sustancial entre ambos (libertad de expresión en dicha sentencia, libertad ideológica en el litigio ahora analizado).

4.2 Puntos básicos de la sentencia

Inmediatamente a continuación, entrando ya en el examen del conflicto en su vertiente sustantiva o de fondo, el TC delimita cuál es el objeto del recurso, para el recurrente el examen de la hipotética vulneración del art. 16.1 CE, siendo así que su tesis es que no debe ser objeto del recurso el debate sobre la asistencia a la manifestación por parte del trabajador despedido, ya que, basándose en la sentencia del TSJ que estimó sus argumentos, “la controversia habría de centrarse en el motivo

que fue alegado por la empresa en la carta de despido y, concretamente, en la utilización indebida de los medios empresariales para realizar comentarios políticos”.

Se rechaza esta tesis, ya que, en primer lugar, los restantes preceptos constitucionales alegados como infringidos por la parte recurrente han sido objeto de atención con anterioridad por los órganos jurisdiccionales laborales, y en segundo término, siendo esta conclusión la especialmente relevante a mi parecer, porque el objeto del proceso constitucional actual “lo constituye determinar, precisamente, si su participación en tal acto fue la causa real de su despido”, tesis recogida y debidamente argumentada y fundamentada en la sentencia de instancia.

Repasa a continuación la Sala el derecho al honor de las personas jurídicas y su protección en sede constitucional y legal, ya que justamente su argumentación fue el daño que le había producido las manifestaciones del trabajador en su cuenta, abierta, de Facebook y por ello aportó en su defensa la tesis expuesta por el TC en la antes citada sentencia 93/2011 de 10 de mayo, habiendo sido citada otra sentencia en la del TSJ, la núm. 85/1992 de 8 de junio, para abundar en la misma línea. Tras repasar ampliamente su doctrina constitucional al respecto, el TC concluye que “aunque las afirmaciones del empleado despedido, de haber sido ofensivas, podrían haber afectado a la consideración pública de la empresa que no, en modo alguno, menoscabar su dignidad, sin embargo, hemos de insistir en que el conflicto traído ante esta sede constitucional no es el eventualmente producido entre dos derechos fundamentales, a saber, la libertad de expresión del trabajador y la pretendida reputación de la empresa, como pretende esta, sino que queda circunscrito exclusivamente al materializado entre la libertad ideológica de aquel (en un entorno ajeno al trabajo) y el poder disciplinario empresarial. Nuestra función ha de limitarse a examinar, entonces, si la sanción de despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual ha vulnerado aquel derecho fundamental, y también la sentencia dictada en suplicación, en la medida en que no reparó la lesión, o si, por el contrario, su participación en la manifestación controvertida, por las connotaciones políticas asociadas a la misma, excedió de los límites constitucionalmente admisibles, siendo proporcionada y adecuada la medida disciplinaria adoptada por la empresa”.

Repasa muy ampliamente el TC, en su fundamento jurídico 8, la “doctrina constitucional aplicable”, es decir la protección que otorga al derecho fundamental a la libertad ideológica, y también cuales pueden ser sus límites, en el bien entendido que estos han de ser, valga el juego de palabras, limitados al tratarse de un derecho fundamental, y lo hace tanto desde una perspectiva general como desde la más concreta, y que interesa especialmente al litigio ahora analizado, que es su afectación al ámbito laboral (véase apartado b del fundamento jurídico 3), centrándose en la problemática del profesorado de religión y enfatizando la dificultad de trasladarla miméticamente a realidades laborales distintas. Por decirlo con las palabras del propio TC, no puede trasladarse “so pena de alterar su originario y legítimo significado, a los casos en los que, o bien el trabajador, a pesar de estar contratado en una empresa con ideario realiza dentro de ella una actividad “neutra”, o bien es la propia empresa la que se dedica a una actividad calificable como tal, al no estar vinculada a un ideario...”.

Se detiene a continuación el TC en las reglas procesales sobre la inversión de la carga de la prueba “para la efectividad de los derechos fundamentales en el ámbito laboral”, con una muy bien cuidada recopilación de las numerosas sentencias dictadas a respecto, bastando ahora resaltar por mi parte la necesidad de aportar por el recurrente indicios que permitan trasladar al recurrido la carga de la prueba de la inexistencia de vulneración de tales derechos. Aborda a continuación la problemática de los llamados “despidos pluricausales”, a la que también es aplicable la regla general sobre las traslación o inversión de la carga de la prueba, trayendo a colación su sentencia 125/2008 de 20 de octubre,

5. Resolución del conflicto

Llega ya el momento procesal de abordar el enjuiciamiento del caso del que está conociendo el TC, para el que parte de una consideración previa de especial

importancia y que le llevará ya a una conclusión jurídica también de especial relevancia, basándose en su consolidada jurisprudencia: estamos en presencia de una empresa “que no es ideológica”, o lo que es lo mismo, que pueda exigir a su personal el respeto a su ideario.

Aquí y ahora, estamos ante un conflicto que se produce en una empresa financiera, que realiza una actividad calificable por el TC como “neutra”, y acudiendo a su sentencia 106/1996 de 12 de junio, subraya que “la prestación laboral que el actor cumple en la oficina bancaria, meramente técnica y, por lo tanto, totalmente neutra respecto de la ideología de la empresa sitúa a esta respecto de aquel en un plano de legalidad laboral, “no permitiendo al empresario exigir al trabajador más que el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del contrato laboral que las une”. No hay, en suma, ninguna “ideología empresarial” que pueda condicionar la actividad laboral del trabajador, no entrando dentro de dicha “ideología” a los efectos constitucionales el hecho de estar la entidad bancaria “próximo a la monarquía marroquí”, y poseer “unos valores radicalmente opuestos a los del recurrente”.

Partiendo de esta premisa, fundamental para resolver el conflicto, y con análisis de constitucionalidad y no de mera legalidad, tal como corresponde al TC, de la posible vulneración de derechos fundamentales, la Sala se adentra en el caso para, partiendo de los hechos probados inalterados de instancia, determinar si la parte recurrente aportó indicios suficientes de vulneración de alguno o algunos de aquellos, y en caso de ser así si la parte recurrida ha podido desvirtuarlos y probar que su actuación fue ajena a cualquier propósito discriminatorio.

Llegará a una conclusión afirmativa respecto a la existencia de indicios, ya que de aquellos hechos probado se deduce que el recurrente “desplegó una actividad alegatoria y probatoria suficientemente precisa en torno a la eventual violación de su derecho fundamental, habiendo aportado indicios razonables y suficientes sobre la posible conexión entre el ejercicio de su derecho a la libertad ideológica y el despido acordado”, bastando ahora recordar por mi parte que si el despido se basaba en las publicaciones y manifestaciones efectuadas por el trabajador, estas estaban disponibles (nada más ni nada menos, me permito añadir por mi parte) desde el 10 de enero, es decir, casi cinco meses antes de la fecha de la manifestación y el posterior “proceso de investigación” y, más adelante, apertura de expediente contradictorio, hasta concluir con la carta de despido el 10 de agosto.

Las sospechas de haber “construido” los motivos (aparentes) del despido para enmascarar el motivo real fueron claras para el juzgador de instancia, y lo son igualmente para el TC, siendo así además que el uso de imágenes corporativas en las redes sociales, que fue el motivo formal del despido, “solo fue descubierto en el curso de la investigación, tras la participación (del trabajador en la controvertida manifestación”. Para el TC, en la misma línea que la sentencia de instancia, es poco creíble que fuera necesario abrir un (largo) proceso de investigación cuando la participación del trabajador en la manifestación había sido difundida, y por tanto era conocida, a través de los medios de comunicación, y además ya se había dado el caso del despido de la compañera que había asistido a la manifestación, inmediatamente después de que esta se celebrara.

¿Pudo demostrar la parte recurrida que esta “razonable sospecha” de ser el despido debido a unos determinados hechos, la manifestación en la que el trabajador participó, fuera de horas de trabajo y en el ejercicio de su derecho fundamental a la libertad ideológica en relación con los de reunión y manifestación, carecía de fundamento y que su decisión fue ajena a toda voluntad discriminatoria? En modo alguno, subraya, con pleno acierto a mi parecer, el TC, por cuanto que se centró en demostrar la existencia de un grave incumplimiento contractual referenciado en la carta de despido, y no realizó, son palabras del TC, “esfuerzo alguno para desvirtuar los claros indicios de discriminación aportados de contrario”, aunque en suplicación sus tesis fueran acogidas por el TSJ, que no entró en modo alguno en el conocimiento de las alegaciones de discriminación formuladas por la parte trabajadora y que habían sido acogidas por el JS.

El TC es concluyente al respecto: el TSJ “se limitó a abordar su enjuiciamiento desde el estricto plano de la legalidad ordinaria, como apunta el fiscal, ignorando la dimensión constitucional de la cuestión controvertida y abdicando, con ello, de la función tutelar que le correspondía como primer garante de los derechos fundamentales del trabajador”. En definitiva, el trabajador fue despedido por ejercer su derecho a la libertad ideológica, aunque sus convicciones pudieran ser diferentes a las de su empresa (que recordemos que no era una empresa de tendencia), y lo hizo fuera del ámbito de la relación contractual laboral, sufriendo una injerencia injustificada de la parte trabajadora en el ejercicio de sus derechos constitucionales laborales inespecíficos, no estando de más, ni mucho menos, el recordatorio que efectúa el TC, acudiendo a su sentencia 56/2008 de 14 de abril de no existir “un deber genérico de lealtad con significado omnicomprensivo de sujeción del trabajador al interés empresarial”.

6. Fallo

Por todo lo anteriormente expuesto, el TC estima el recurso de amparo interpuesto por el trabajador despedido, y declara que ha sido vulnerado su derecho a la libertad ideológica, en conexión con los derechos a la libertad de expresión y de reunión. Le restablece en su derecho y declara la nulidad de la sentencia núm. 525/2019, de 29 de mayo de 2019, de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid (rec. 19-2019), y en la medida en que declaró su firmeza, del auto de 11 de junio de 2020, de la Sala de lo Social del TS (rcud 3594-2019), y la firmeza de la sentencia núm. 217/2018, de 15 de junio de 2018, del JS núm. 27 de Madrid (autos 1069-2017).

V. Recapitulación final

Concluyo este artículo recordando, por su importancia, aquello que expuse al inicio, es decir la declaración por el TC de la nulidad de la sentencia del TSJ y la confirmación de la firmeza de la dictada por el JS, por no ver cumplido la primera con las exigencias de la doctrina constitucional “sobre la distribución de la carga de la prueba en los supuestos en que se invoca y acredita la existencia de indicios de lesión de derechos fundamentales por el trabajador en la actuación empresarial y, por consiguiente, no solo no reparó sino que también lesionó el derecho del recurrente a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), en conexión con aquellos otros derechos que también son cauce del principio democrático participativo como son los de libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] y de reunión art. 21 CE), también afectados en el presente caso”.

Referencias:

1. [^] https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2023_057/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2057-2023.pdf (consulta: 9 de octubre). Reproduzco un fragmento: “... la Sala Segunda del Tribunal Constitucional subraya que la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid impugnada en el presente recurso amparo no cumplió con las exigencias de la doctrina constitucional sobre la distribución de la carga de la prueba en los supuestos en que se invoca y acredita la existencia de indicios de lesión de derechos fundamentales por el trabajador en la actuación empresarial y, por consiguiente, no sólo no reparó sino que también lesionó el derecho del recurrente a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), en conexión con aquellos otros derechos que también son cauce del principio democrático participativo como son los de libertad de expresión [art. 20.1.a) CE] y de reunión art. 21 CE), también afectados en el presente caso”.

2. [^] En el citado auto, el TS añade que “... ha declarado reiteradamente que la calificación de conductas a los efectos de su inclusión en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, salvo supuestos excepcionales que aquí no concurren, no es materia propia de la unificación de doctrina ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en los casos de calificación de los despidos como procedentes o improcedentes la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico (STS, por todas, de 6 de octubre de 2016, rcud 5/2015 y las que en ella se citan)”.

§ 73 Competencia de la jurisdicción social en los litigios sobre altos cargos.

Antonio V. Sempere Navarro

Director de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Universidad (s.e.)

Resumen: Se discute sobre la competencia jurisdiccional para conocer el litigio que promueve una empresa contra la persona que ha sido alta directiva de la misma. El tema de fondo viene referido a las cantidades correspondientes a retención por IRPF (Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas). La mercantil realizó el pago de determinadas remuneraciones sin aplicar retención alguna y posteriormente se vio obligada a abonar el importe reclamado por la Administración Tributaria. A la vista de ello la empresa reclama judicialmente porque considera que ha realizado un pago doble y generado un enriquecimiento indebido. La sentencia comentada aplica el criterio acogido tanto por la Sala de lo Social cuanto por la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo. Concluye afirmando la competencia de la jurisdicción social para conocer de estas cuestiones litigiosas aunque para resolverlas haya que aplicar normas del Código Civil.

Palabras clave: Competencia jurisdiccional. Personal de alta dirección. Retenciones salariales. IRPF. Enriquecimiento injusto.

Abstract: The jurisdictional competence is discussed to know the litigation that promotes a company against the person who has been high directive of it. The underlying issue is referred to the amounts corresponding to retention by IRPF (Income Tax of natural persons). The mercantile made the payment of certain remuneration without applying any retention and subsequently was forced to pay the amount claimed by the Tax Administration. In view of this, the company judicially claims because it considers that it has made or double payment and generated undue enrichment. The commented judgment applies the criteria received by both the Social Chamber as for the Special Conflict Chamber of the Supreme Court. It concludes by affirming the competence of social jurisdiction to learn about these litigious issues although to resolve them we must apply Civil Code rules.

Keywords: Jurisdictional competition. Senior management staff. Salary withholdings. IRPF Unfair enrichment.

I. Introducción

Unidad del ordenamiento.- Uno de los dogmas tradicionales que los estudios de Derecho transmiten a quien los sigue es el de la unidad del ordenamiento jurídico. Sin necesidad de mayores precisiones ahora, significa ello que las normas no operan de forma aislada (autista, podría decirse) sino en conexión (jerárquica, temporal, funcional, sistemática) con el resto de ellas.

En ese sentido tanto la existencia de distintos órdenes jurisdiccionales, como de las propias asignaturas de los planes de estudios, o la organización académica en “Departamentos” y “Áreas de conocimiento” viene a jugar una mala pasada, si se permite la expresión coloquial. No otra que el propiciar la imagen de que las diversas ramas o sectores del ordenamiento jurídico, así como los distintos órdenes de la jurisdicción son estancos, impermeables a las interacciones del resto. Parece innecesario dedicar atención a demostrar que se trata de una conclusión por completo alejada de la realidad.

Los órdenes jurisdiccionales son reacios a operar con una concepción reamente unitaria del ordenamiento. Sea frente a las normas de otros sectores, sea frente a las resoluciones, la actitud del Tribunal Supremo.

Carácter laboral de la obligación contractual.- El incumplimiento empresarial de pactos laborales relativos a la tributación es claramente referible a una obligación contractual. Basta con leer preceptos como los artículos 4.2.f ET (consagrando el derecho de los trabajadores a la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida) o 26.4 de la misma norma (“Todas las cargas fiscales y de Seguridad Social a cargo del trabajador serán satisfechas por el mismo, siendo nulo todo pacto en contrario”) para comprender que cuando el empleador, en su caso, incumple estas obligaciones –muchas veces referidas a la garantía de unos emolumentos “netos”- estamos ante infracciones integradas en el contenido del contrato de trabajo^[1].

Doctrinalmente es claro que la naturaleza de la reclamación formulada entre empresa y trabajador (sea quien sea la parte reclamante), es contractual, en tanto deriva del incumplimiento de deberes inherentes al contrato de trabajo. Que la parte asalariada posea la condición de personal de alta dirección y que en tales casos opere como legislación supletoria de la escuálida recogida en el RD 1382/1985 la civil es lo que introduce cierto factor de confusión^[2].

Una duda general.- El interrogante con que se quiere cerrar esta somera Introducción es claro: ¿Convendría tener una mente más abierta en estos temas? Cabe pensar en el concepto de “jurisprudencia”, en el acudimiento a normas infringidas o en el tipo de sentencia invocable a efectos de contradicción, pero son meros botones de muestra de esa idea.

Pensemos que la separación en órdenes jurisdiccionales ni es inmutable, ni tiene fronteras claras; que los mismos problemas a veces son conocidos en diversas jurisdicciones (por ejemplo, responsabilidad por asistencia sanitaria, por accidente laboral, por vulneración de derechos fundamentales); que las cuestiones ajenas a la propia competencia muchas veces son afrontadas de manera prejudicial; que los Tribunales “mayores” (Constitucional, Luxemburgo, Estrasburgo) no están organizados por materias; etc. No es ahora el momento de profundizar en esa idea, sino de someterla a crítica.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Primera (De lo Civil) del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia núm. 546/2023, de 19 abril.

Tipo y número de recurso: Recurso de casación núm. 1979/2019.

ECLI:ES:TS:2023:1516

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

Votos Particulares: carece.

III. Problemas suscitados. Hechos y antecedentes

1. Hechos relevantes

La sentencia glosada surge en el marco de un procedimiento activado por una empresa contra quien ha sido alto cargo de la misma durante cinco años. Para contextualizar al litigio basta con tener en cuenta lo siguiente:

Empresa y Alta Directiva suscriben en marzo de 2007 un contrato laboral de alta dirección.

Cinco años firman un acuerdo de extinción de la relación laboral. Entre otros extremos, pactan «que los términos y condiciones de los planes de beneficios sociales ("*Equity/Share plan awards*") reconocidos al Directivo, continuarán siendo aplicables en función de lo previsto para cada uno de ellos».

En cumplimiento de ese acuerdo, en los meses posteriores la empresa realiza una serie de pagos a su ex empleada, en algunos de los cuales no dedujo la retención del IRPF que debía ingresarse en la AEAT.

Al llegar el ejercicio fiscal siguiente, la empresa se vio obligada a ingresar en la AEAT las retenciones no practicadas.

La empresa presentó una demanda ante los juzgados de primera instancia reclamando el pago de las cantidades correspondientes a esas retenciones, alegando que había realizado un pago por cuenta de la Directiva. La consecuencia, entendida, era inevitable: existía un cobro indebido y había surgido un enriquecimiento injusto.

2. Resoluciones del Juzgado de Primera Instancia

A) La demandada formuló una declinatoria de jurisdicción en la que solicitó al Juzgado de Primera Instancia al que correspondió el conocimiento de la demanda que se abstuviera de conocer de la misma por corresponder la competencia a los tribunales del orden social y, subsidiariamente, a los del orden contencioso-administrativo.

B) A través del correspondiente Auto, el Juzgado desestimó la declinatoria reseñada. Las razones expresadas en la resolución recurrida para considerar jurisdicción competente la civil se limitan a citar los artículos del Código Civil citados por la demandante en su escrito de demanda, sin referencia a los presupuestos fácticos concurrentes para determinar la jurisdicción competente, presupuestos que se concretan con la existencia de contrato de trabajo entre las litigantes en el que se incluía plan de incentivos para directivos como retribución salarial (opción de compra de acciones y entrega de acciones en función del rendimiento).

C) Mediante su sentencia 70/2018 de 5 de marzo el Juzgado de Primera Instancia núm. 61 de Madrid estimó la demanda y condenó a la trabajadora al abono de 161.191 euros (más intereses legales desde la fecha del acuerdo extrajudicial), además de las costas causadas.

Condenaba a devolver lo pagado de más por no haber tenido en cuenta la demandante, por error, descontar la retención correspondiente al IRPF que fue pagada y liquidada con posterioridad por la demandante ante la Hacienda Pública, pago de más como retribución por la relación jurídica de contratado de trabajo extinguido por mutuo acuerdo.

3. Sentencia de la Audiencia Provincial

Mediante sentencia 62/2019 de 8 febrero la Sección Vigésimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid (ECLI:ES:APM:2019:900) estimar el recurso de apelación interpuesto por la Directiva. Con estimación la declinatoria planteada por la recurrente, declara que el Juzgado de debió abstenerse de conocer la pretensión ejercitada, con indicación a las partes de ser la jurisdicción social la competente para

conocer de la demanda presentada, sin hacer expresa imposición de las costas causadas y con devolución a la recurrente del depósito constituido para recurrir.

Invoca el tenor de los artículos 9.5 LOPJ y 2.1.a) LRJS así como un Auto de la Sala de Conflictos de 21 diciembre 2006.

IV. Posición de las partes

1. La empresa demandante (y recurrente)

La mercantil que fue empleadora entiende que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial infringe los artículos 1158 y 1895 del Código Civil así como la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que los interpreta.

Argumenta que la acción de reembolso por pago por tercero es de naturaleza estrictamente civil y, en consecuencia, la sentencia recurrida, por la vía indirecta de negar su falta de competencia jurisdiccional o, precisamente, para sustentarla, desconoce la naturaleza jurídico-civil de la pretensión ejercitada y acaba, de este modo, por alterarla.

2. La trabajadora demandada (y recurrida)

Como es lógico, la parte demandada ha insistido en la posición defendida desde el principio y finalmente acogida por la Audiencia Provincial: debe ser la jurisdicción social la que conozca del litigio.

V. Normativa aplicable al caso

1. Ley Orgánica del Poder Judicial

El artículo 9.5 LOPJ prescribe que *Los del orden jurisdiccional social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral.*

Por su lado, el apartado 2 del mismo artículo noveno comienza disponiendo que *Los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional.*

2. Ley Reguladora de la Jurisdicción Social

El artículo 2.a) dispone que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan *entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo y del contrato de puesta a disposición, con la salvedad de lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; y en el ejercicio de los demás derechos y obligaciones en el ámbito de la relación de trabajo.*

3. Real Decreto de la Relación Laboral Especial de Alta Dirección

El RD 1432/1985 dedica su artículo tercero a disciplinar el contenido de la relación laboral especial de alta dirección, en los siguientes términos:

Uno. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral del personal de alta dirección se regularán por la voluntad de las partes, con sujeción a las normas de este Real Decreto y a las demás que sean de aplicación.

Dos. Las demás normas de la legislación laboral común, incluido el Estatuto de los Trabajadores, sólo serán aplicables en los casos en que se produzca remisión expresa en este Real Decreto, o así se haga constar específicamente en el contrato.

Tres. En lo no regulado por este Real Decreto o por pacto entre las partes, se estará a lo dispuesto en la legislación civil o mercantil y a sus principios generales.

4. Código Civil

El artículo 1159 del Código Civil (CC) contiene diversas reglas que la parte recurrente considera aplicables al caso:

Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor.

El que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad.

En este caso sólo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago.

Respecto de las consecuencias de cobrar algo indebidamente es asimismo pertinente el recordatorio del artículo 1895 CC: *Cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla.*

VI. Doctrina básica

La sentencia comentada se basa en lo previamente establecido por la Sala de lo Social y la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo.

1. Argumentos de la Sala Cuarta^[3]

La determinación de si han de realizarse o no retenciones a cuenta del impuesto sobre la renta de las personas físicas, y en su caso por qué importe, es tema que está sujeto a leyes de naturaleza fiscal y no laboral, cuya interpretación y aplicación corresponde a los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo^[4].

Pero cuando lo que se debate no es lo que se debe ingresar en el Tesoro Público en concepto de retención complementaria como consecuencia de un error en el ingreso anterior, sino si el retenedor puede reintegrarse del pago realizado mediante un descuento en los salarios, estamos ante una cuestión que corresponde al orden social^[5]

Además, para la determinación del orden jurisdiccional competente en cualquier tipo de reclamación judicial, necesariamente, ha de estarse a los estrictos términos en los que se formula el *petitum* de la demanda de autos. Aunque estamos ante una controversia que tiene su origen último en una carga tributaria, como es el IRPF, a cargo directo del trabajador, por preceptiva del art. 26.4 ET, lo cierto es que el litigio no versa para nada sobre la procedencia o cuantificación de dicha carga tributaria sino, pura y simplemente, sobre la forma y manera en que, voluntaria y unilateralmente, la empresa pretende solventar los errores por ella cometidos en la exacción de dicho tributo.

En estos casos, por tanto, estamos ante un litigio netamente laboral, en la medida en que el debate gira en torno al importe que la empresa debió de satisfacer por razón de la indemnización pactada, siendo la suma de la retención e ingreso en el Tesoro Público determinante para el cálculo final de la obligación empresarial.

2. Argumentos de la Sala de Conflictos^[6]

3. Conclusión

Un somero examen de las resoluciones de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo revela la frecuencia con la que pretensiones como las formuladas en la demanda que ha dado origen a estas actuaciones (en concreto, la solicitud de reembolso formulada por la empresa frente al trabajador del importe de las retenciones fiscales correspondientes al ejercicio de las opciones sobre acciones en ejecución de un acuerdo de liquidación de relación laboral) son conocidas por los tribunales de la jurisdicción social

VII. Parte dispositiva

Tras haber expuesto los argumentos indicados, la sentencia concluye desestimando el recurso de casación interpuesto por la empleadora.

Por tanto, desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por la mercantil contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid y le condena al pago de las costas de los recursos, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

VIII. Pasajes decisivos

El tramo final del Fundamento de Derecho Segundo contiene la respuesta a la cuestión de interés casacional, que formula del siguiente modo:

En definitiva, la competencia para conocer de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores que tengan por objeto las incidencias de la ejecución de un acuerdo de extinción de la relación laboral que tuvo su causa en un contrato de trabajo son competencia exclusiva de los tribunales del orden social en virtud de lo dispuesto en el art. 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y arts. 1 y 2.a de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, sin perjuicio de que para resolverlas pueda ser necesario aplicar normas del Código Civil.

IX. Comentario (sobre las retenciones por IRPF)

1. Inventario general

Desde la perspectiva que ahora interesa, el examen de esta resolución judicial sirve para traer a colación la doctrina de la Sala Cuarta sobre si, en ejecución de sentencia, procede entregar a los ejecutantes las cuantías brutas objeto de condena, teniendo en cuenta que las mismas son las que la empresa ha puesto a disposición del órgano judicial. Un inventario es el siguiente

Orden contencioso.- Compete a los tribunales del orden contencioso-administrativo determinar si procede o no efectuar retenciones a cuenta del IRPF sobre las cantidades adeudadas a los trabajadores por la empresa y fijadas por resoluciones del orden jurisdiccional social.

En particular, así sucede cuando se debate sobre las retenciones aplicables al trabajador respecto de los salarios de tramitación devengados a consecuencia de su despido, o sobre las indemnizaciones por despido que se abonan conforme a lo previamente pactado, o a las cantidades pactadas en el acuerdo obtenido en conciliación judicial sobre liquidación de haberes por extinción del contrato de trabajo o a la indemnización.

Orden social.- En cambio, conocerá el orden social cuando lo discutido es la forma de determinación del salario neto a efectos del cálculo de los complementos a abonar por la empresa a los trabajadores acogidos a expediente de regulación de empleo.

También cuando lo que se decide es si empresario puede, unilateralmente y por su propia autoridad, efectuar descuentos en la nómina de los trabajadores para compensar errores pasados en la retención practicada por IRPF.

Asimismo, cuando se trata de una reclamación de cantidad basada en el incumplimiento de lo pactado en acto de conciliación, teniendo en cuenta que, como consecuencia de la modificación de la normativa tributaria, el trabajador tuvo que ingresar en Hacienda la diferencia entre la retención superior derivada de la nueva norma y la aplicada por la empresa, por tratarse de un litigio que no versa sobre la procedencia o cuantificación de dicha carga tributaria.

2. La STS (Pleno) de 24 noviembre 2009

La STS (Pleno) 24 noviembre 2009 (rcud. 2757/2008) contempla un supuesto de ejecución de sentencia firme por despido improcedente. Despachada la ejecución contra la cantidad consignada por la empresa, se hizo entrega del total de lo consignado a la actora; posteriormente el Juzgado acordó que la trabajadora devolviera la cantidad de 1.458'35 euros para reintegrárselas a la empresa cuando acreditara el ingreso en Hacienda de las retenciones fiscales y en la Tesorería General de la Seguridad Social de la cuota obrera, deducciones aplicables sobre los salarios de trámite.

En su amplia argumentación, desde la perspectiva de si compete al orden social o al contencioso el conocimiento de estas cuestiones (cuando se plantean de modo incidental), sienta las premisas que ahora interesa recordar:

1ª) La empresa “debe consignar el bruto adeudado, sin que pueda hacer retención alguna a cuenta, ya que, como no paga su deuda, sino que sólo asegura que la pagará de ser cierta, ninguna obligación fiscal exigible en ese momento tiene, lo que supone que su recurso no se admitirá a trámite de no asegurar el bruto”.

2ª) Al quedar firme la sentencia la obligación de pagar se torna imperativa y el deudor se ve compelido a cumplirla. “En ese momento, si se trata de ejecución judicial, bien se actúe contra la cantidad consignada para recurrir, bien contra la depositada para pagar, habrán de practicarse las retenciones establecidas legal y reglamentariamente. Y es que el Juzgado, al pagar al acreedor, sustituye al deudor y debe hacer el pago en las mismas condiciones que este, esto es respetando las obligaciones que a todo pagador imponen las leyes”.

3ª) “Deben practicarse las retenciones legales y reglamentarias a la hora de realizar el pago el Juzgado que ejecuta el fallo condenatorio, por cuánto en otro caso se beneficiaría al acreedor en perjuicio del deudor que vería agravada su situación con relación a lo ejecutoriado. En efecto, conforme al artículo 104-2 de la Ley General de la Seguridad Social, el empresario, al tiempo de abonar los salarios a sus trabajadores, debe descontarles la cotización a la Seguridad Social que corresponda a cada uno, para su posterior ingreso en la Tesorería General de la Seguridad Social, con la advertencia de que, caso no hacerlo en ese momento, no podrá hacerlo después y será a su cargo, exclusivamente, el pago de la cotización. Por otro lado, la obligación de practicar las oportunas retenciones a cuenta del impuesto de la renta de las personas físicas, sobre los salarios pagados a los trabajadores, se establecía a la sazón en los artículos 72, 76 y 78 y siguientes del R.D. 1775/04, de 30 de julio, sustituidos hoy por los artículos 74 y siguientes del R.D. 439/07, de 30 de marzo. Y la falta de esa retención conlleva para el pagador responsabilidades importantes porque, aparte de las sanciones que se le puedan imponer, resulta que el retenedor sigue obligado a ingresar en Hacienda las cantidades que debió retener y, además, adeuda intereses de demora tributarios por la falta de ingreso”.

4ª) “Las resoluciones dictadas al respecto tendrán carácter prejudicial y no impedirán un posterior proceso al respecto ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ni menos aún, que, al liquidarse el impuesto sobre la renta de las personas físicas, el trabajador realice las compensaciones oportunas y pida la devolución correspondiente en su caso, sin perjuicio de las infracciones penales y administrativas en que incurra el empresario que no ingrese lo retenido, ingreso cuya efectividad puede asegurar el Juzgado de varias maneras”.

3. Últimos pronunciamientos

La doctrina de referencia ha sido recordada y aplicada por la STS 550/2022 de 15 junio (rcud. 1052/2019), al hilo de la discusión sobre si los intereses preceptuados en el art. 576.1 LEC, más concretamente referido a los salarios de tramitación, han de calcularse sobre la cuantía bruta o neta (descontadas las retenciones a cuenta del IRPF y cuotas de la Seguridad Social). De ese modo concluye que “el entendimiento de que el cálculo de intereses tendría que proyectarse también sobre las partidas

correspondientes a las retenciones legales y reglamentarias, posicionaría al pagador en una situación más gravosa que la que la propia ejecución contempla, mientras que el trabajador percibiría un rédito sobre cantidades a cuenta del Tesoro o cuotas de la Seguridad Social”.

Asimismo, la STS 118/2023 de 8 febrero (rcud. 603/2020) concluye que en el momento de la ejecución judicial, bien se actúe contra la cantidad consignada para recurrir, bien contra la depositada para pagar, es cuando deben practicarse las retenciones a cuenta del IRPF o por cotización a la Seguridad Social. El órgano judicial (aquí Juzgado de lo Social), al pagar al acreedor, sustituye al deudor y debe realizarlo en las mismas condiciones que este, esto es, respetando las obligaciones que a todo pagador imponen las leyes tributarias o de Seguridad Social^[7].

X. Apunte final

La sentencia comentada constituye inmejorable ejemplo de concisión argumental y de concordancia con la solución dada al problema por el orden social de la jurisdicción.

En el presente caso, la actitud de la jurisdicción civil ante el tema de la reclamación hecha por la empresa a que ha sido su Directiva aparece como una pieza demostrativa de que la unidad del ordenamiento permite soluciones armónicas. La STS-CIV 546/2003 no solo expone sus propios argumentos, sino que se fundamenta de forma expresa en lo resuelto tanto por la Sala Cuarta del propio Tribunal cuanto por la Sala de Conflictos.

Referencias:

1. ^ *El problema es muy similar al planteado tiempo atrás respecto de responsabilidad indemnizatoria por accidentes laborales.*
2. ^ *Conforme a su artículo 3.3, “en lo no regulado por este Real Decreto o por pacto entre las partes, se estará a lo dispuesto en la legislación civil o mercantil y a sus principios generales”.*
3. ^ *STS 9/2018 de 11 enero (rcud. 491/2016).*
4. ^ *STS 2 octubre 2007 (rcud. 2635/2006).*
5. ^ *SSTS 20 marzo 2002 (Pleno, rcud. 2203/2000); 27 2005 (rcud. 755/2004); 16 marzo 2009 (rcud. 170/2007); 18 mayo 2010 (rcud. 3917/2009); etc.*
6. ^ *Autos 12 julio 2000 y 21 diciembre 2006.*
7. ^ *Surge el litigio porque en el seno de una ejecución parcial definitiva de sentencia sobre salarios, se discute si procede entregar a los trabajadores ejecutantes las cuantías brutas objeto de condena (consignadas en el Juzgado de lo Social) o las resultantes tras efectuar los correspondientes descuentos fiscales (por IRPF) y de Seguridad Social (por la “cuota obrera”, en favor de la TGSS).*

§ 74 Las lesiones causadas por la aparición súbita de complicaciones en el transcurso de una intervención quirúrgica deben considerarse accidente no laboral.

Faustino Cavas Martínez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

Resumen: *Las complicaciones y lesiones surgidas durante una intervención quirúrgica de columna lumbar, sin mediar negligencia médica ni ninguna otra circunstancia extraordinaria, constituyen un hecho súbito y violento, ajeno a la enfermedad común por deterioro progresivo que sufría la persona intervenida, razón por la que deben caracterizarse como accidente no laboral y no como enfermedad común, con las favorables consecuencias que esta calificación comporta para el reconocimiento de la pensión de gran invalidez.*

Palabras clave: *Determinación de contingencia. Accidente no laboral. Enfermedad común. Intervención quirúrgica. Gran invalidez.*

Abstract: *The complications and injuries that arise during a lumbar spine surgical intervention, without medical negligence or any other extraordinary circumstance, constitute a sudden and violent event, unrelated to the common disease due to progressive deterioration suffered by the person undergoing surgery, which is why they must be characterized as a non-occupational accident and not as a common illness, with the favorable consequences that this classification entails for the recognition of the severe disability pension.*

Keywords: *Determination of contingency. Non-work accident. Common illness. Surgical intervention. Major disability.*

I. Introducción

La cuestión de la que se ocupa la sentencia de la Sala IV nº 514/2023, de 17 de julio, se centra en determinar si las secuelas derivadas de las complicaciones surgidas durante una intervención quirúrgica, sin mediar negligencia médica ni ninguna otra circunstancia extraordinaria, de una patología preexistente claramente definida como enfermedad común -raquis lumbar-y que acaban provocando una incapacidad permanente en grado de gran invalidez, deben ser consideradas como enfermedad común o como accidente no laboral.

La relevancia jurídica de la cuestión es evidente, pues si se concluye que la situación incapacitante es producto de un accidente no laboral, no se exigirá período de carencia y será de aplicación un sistema de cálculo de la base reguladora de la pensión más ventajoso para la persona beneficiaria que si se conceptúa como enfermedad común.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 514/2023, de 17 de julio.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ. núm. 3200/2022.

ECLI:ES:TS:2023:3382

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. Rosa María Virolés Piñol.

Votos Particulares: voto concurrente a cargo de la ponente, Excm. Sra. Dña. Rosa María Virolés Piñol.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

En el caso debatido, el actor, de profesión fontanero autónomo, instó actuaciones en materia de incapacidad permanente ante el INSS, siendo declarado por la entidad gestora afecto de una incapacidad permanente absoluta en grado de gran invalidez por la contingencia de enfermedad común.

Constan como hechos relevantes en la decisión recurrida que el trabajador fue intervenido quirúrgicamente de la columna lumbar, con artrodesis L3-S1 sin incidencias significativas, salvo posible perforación duramadre, con un postoperatorio complicado con ITU (infección de tracto urinario) y sospecha de fuga de LCR (líquido cefalorraquídeo). En el informe médico de síntesis, constan como limitaciones orgánicas y/o funcionales: "Síntomas en relación a Sd de cola de caballo con limitación para la marcha que solo puede hacer en trayecto corto con 2 muletas incontinencia total hipoestesia perineal y de EE.II."

Disconforme con la calificación de la contingencia como enfermedad común, el trabajador la impugna e interesa que se considere accidente no laboral, pero el Juzgado de lo Social nº 7 de Bilbao, en autos nº 334/2019, desestima su pretensión argumentando que se trata de una complicación quirúrgica, lo cual no es equiparable a un accidente no laboral, que exige una situación súbita, externa y violenta.

Esta sentencia es recurrida en suplicación por el actor, dictándose por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco sentencia nº 767/2020, de 14 de julio, que estima el recurso.

Argumenta la Sala de suplicación que "la línea divisoria entre la mera complicación quirúrgica y el accidente no laboral se situaba en la inexistencia de una mala praxis o negligencia, pues caso de concurrir esta última el hecho merecería la calificación de un accidente no laboral en lugar de la enfermedad común", pero añade que "este criterio debe ser modificado siguiendo la línea introducida por la Sala IV del Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 24 de junio de 2020 referida a lesiones aparecidas en el parto, en la que el Tribunal Supremo estima el recurso de casación de la trabajadora sobre la base, entre otras, de las siguientes consideraciones: "Porque la serie de lesiones producidas en el caso no responden a un deterioro físico progresivo que es el concepto de enfermedad común sino que son resultado de una acción súbita y violenta que es el concepto de accidente no laboral" y ello sin necesidad de que concurra, además, negligencia o responsabilidad alguna. Por ello, siguiendo la doctrina de la Sala IV del TS antes referida y a la vista de los hechos probados, la Sala de suplicación resuelve que en el caso de autos concurre la acción de un agente súbito y externo susceptible de ser calificado como "accidente no laboral", tomando en consideración que el trabajador es intervenido quirúrgicamente del raquis lumbar -enfermedad común-, y a consecuencia de una complicación súbita y

ex novo, sufre un síndrome de cola de caballo que le hace acreedor de la situación de gran invalidez.

IV. Posición de las partes

1. El recurso de casación para la unificación de doctrina de la entidad gestora

Disconforme con la solución alcanzada por el TSJ vasco, el INSS interpone recurso de casación para la unificación de doctrina planteando como cuestión si las secuelas derivadas de las complicaciones provocadas por la intervención quirúrgica sin mediar negligencia médica ni otra circunstancia extraordinaria de una patología preexistente claramente definida como enfermedad común y que acaba justificando una enfermedad permanente, debe ser considerada como enfermedad común o accidente no laboral, propugnado la primera calificación.

Invoca como resolución de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede Sevilla, de 20 de septiembre de 2012 -rec. 2514/2011- que revoca la sentencia de instancia y confirma la resolución del INSS en la que se declaró al actor afecto de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común. Constan en dicha sentencia referencial, como hechos relevantes, que el demandante fue intervenido quirúrgicamente de forma programada por un cuadro de colelitiasis por vía laparoscópica, produciéndose al inicio de dicha intervención una hemorragia aguda retroperitoneal que obligó a la apertura del abdomen de forma urgente, objetivándose traumatismo de arteria y vena ilíacas primitivas derechas. Debido a su inestabilidad hemodinámica, que determinó su ingreso en la UCI, presentó un nuevo cuadro de isquemia aguda en miembro inferior derecho, por lo que requirió revascularización urgente mediante By-pass de femoral izquierda a femoral derecha y trombectomía de la tercera porción de la poplítea. Como secuela de todo ello, presenta un equinismo de pie derecho, estando limitado para bipedestación y sedestación prolongada, movimientos repetitivos y forzados de miembro inferior derecho. Razona la Sala de suplicación que las consecuencias incapacitantes derivadas de las complicaciones surgidas en una intervención quirúrgica, no pueden considerarse consecuencia de accidente no laboral, sino exclusivamente de enfermedad común ya que el resultado es consustancial al riesgo propio de una intervención quirúrgica, máxime si es compleja, no pudiendo descartarse nunca la inexistencia de complicaciones y no tratándose por tanto el de una lesión producida por una causa externa, súbita e imprevista.

2. La impugnación del recurso

El recurso es impugnado por el demandante, que interesa su desestimación y la confirmación de la sentencia recurrida.

3. El informe del Ministerio Fiscal

Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emite informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser estimado.

4. La existencia de contradicción

La Sala Cuarta del TS aprecia contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, pues en ambos casos se discute si las secuelas que presentan los demandantes por las complicaciones surgidas tras una intervención quirúrgica han de ser calificadas de accidente no laboral o enfermedad común, siendo así que la sentencia de contraste resuelve que no pueden considerarse consecuencia de accidente no laboral, sino exclusivamente de enfermedad común ya que el resultado es consustancial al riesgo propio de una intervención quirúrgica, máxime si es compleja, no pudiendo descartarse nunca la inexistencia de complicaciones y no tratándose por tanto de una lesión producida por una causa externa, súbita e imprevista; mientras que en la sentencia recurrida se alcanza la solución contraria.

V. Normativa aplicable al caso

En el motivo único de censura jurídica, denuncia el recurrente la infracción de lo dispuesto en el art. 158 del TRLGSS y jurisprudencia que interpreta el concepto de accidente no laboral y de enfermedad común.

Conforme a lo dispuesto en el art. 158.1 del TRLGSS, cuya infracción se denuncia, el accidente no laboral se define legalmente como aquel que "no tenga el carácter de accidente de trabajo". Así lo hacía también el art. 117.1 de la LGSS de 1994. No ha habido variaciones entre un texto legal y otro.

De forma similar, también el concepto de enfermedad común se define en contraposición negativa -cabe decir- a las enfermedades profesionales y, asimismo, a los accidentes de trabajo. En efecto, el art. 158. 2 del TRLGSS establece que "se considerará que constituyen enfermedad común las alteraciones de la salud que no tengan la condición de accidentes de trabajo ni enfermedades profesionales, conforme a lo dispuesto, respectivamente, en los apartados 2 e), f) y g) del artículo 156 y en el artículo 157".

La cuestión litigiosa se limita a determinar cuál sea la contingencia procedente, discrepando el INSS de la calificación como derivadas de accidente no laboral de las lesiones sufridas por el demandante, y en consecuencia de la solución dada por la sentencia recurrida con base en la STS/IV de 2 de julio de 2020 (rcud. 201/2018), que estima es errónea, al estimar que las mismas derivan de enfermedad común.

VI. Doctrina básica

En el caso analizado, el actor fue intervenido quirúrgicamente de la columna lumbar, con artrodesis L3-S1 sin incidencias significativas, salvo posible perforación duramadre, con un postoperatorio complicado con ITU (infección del tracto urinario) y sospecha de fuga de LCR (líquido cefalorraquídeo).

En este contexto, la Sala IV del TS concluye que no se trata de una operación quirúrgica tradicional de artrodesis de columna lumbar, pues en la misma se produjo una complicación súbita, surgida *ex novo* en la intervención quirúrgica, ajena por completo a la intervención de raquis lumbar, como consecuencia de la cual sufre el demandante un síndrome de cola de caballo que le ha conducido a la situación de gran invalidez.

Aunque el parecer mayoritario de la Sala IV es que no resulta de aplicación en este caso la doctrina contenida en la STS/IV de 2 de julio de 2020 (rcud. 201/2018), referida a un específico supuesto de complicaciones surgidas durante un parto distócico, sí es claro que estamos ante un hecho súbito y violento, ajeno a la enfermedad común por deterioro progresivo que padecía el demandante, por lo que tal situación no encaja en el concepto de enfermedad común, y sí en el concepto de accidente no laboral.

VII. Parte dispositiva

La sentencia objeto de comentario desestima el recurso promovido por el INSS contra la sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 14 de julio de 2020 (rec. 644/2020), que estimó el recurso de suplicación interpuesto por el demandante contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Bilbao de 23 de enero de 2019 (autos 334/2019). En consecuencia, confirma la sentencia de suplicación recurrida, sin costas.

VIII. Pasajes decisivos

Una vez concretado el marco normativo aplicable para la solución de la controversia, los argumentos nodulares de la doctrina que va a fijar la Sala Cuarta se plasman en el fundamento de derecho tercero de la sentencia. Son los siguientes:

- "La STS/IV de 2 de julio de 2020 (rcud. 201/2018), en relación a lesiones sufridas como consecuencia de un parto señala: "entiende que las lesiones ocurridas

("desgarro del periné en grado IV") como consecuencia de las maniobras que hubo que hacer durante el parto, deben ser calificadas de accidente, pues el parto dejó "de ser normal" y tampoco el "uso normal" de los instrumentos que hubo que utilizar produce las lesiones que en el caso se produjeron ("no es normal sufrir este tipo de lesiones ni secuelas").

- "La Sala estima que el supuesto enjuiciado en la referida sentencia no es paragonable al presente, y que su doctrina aplicada a un supuesto en el que se produjo un desgarro del periné en grado IV como consecuencia de unas maniobras durante el parto, no es generalizable, sino que ha de valorarse de forma casuística, y que en definitiva no deviene aplicable al caso."

- "Es claro que no se trata de una operación quirúrgica tradicional de artrodesis de columna lumbar, pues en la misma según resulta del referido hecho probado tercero, se produjo una complicación súbita, surgida ex novo en la intervención quirúrgica, ajena por completo a la intervención de raquis lumbar, como consecuencia de la cual sufre el demandante un síndrome de cola de caballo que le ha conducido a la situación de gran invalidez no discutida por el recurrente. Es claro que estamos ante un hecho súbito y violento ajeno a la enfermedad común por deterioro progresivo que padecía el demandante, por lo que tal situación no encaja en el concepto de enfermedad común, y sí en el concepto de accidente no laboral."

- "Las circunstancias concurrentes en el caso, merecen la determinación de que la contingencia es derivada de accidente no laboral, atendiendo a las consecuencias de un inesperado hecho súbito y violento externo consecuencia de la inesperada actuación médica en los términos señalados."

IX. Comentario

La Sala IV del TS acierta al caracterizar como accidente no laboral el cuadro patológico que presenta el recurrente, aquejado de una gran invalidez como resultado de las complicaciones sobrevenidas durante el transcurso de una intervención quirúrgica en la espalda (infección del tracto urinario, perforación de la duramadre, pérdida importante de líquido cefalorraquídeo), que exceden los riesgos normales y esperables en este tipo de intervenciones.

No es la primera vez que la Sala Cuarta afronta el problema relativo a la caracterización de una determinada contingencia como accidente no laboral o enfermedad común.

Así, las sentencias de 2 de junio de 1994 (rcud. 3276/1994), 20 de octubre de 1994 y 25 de enero de 1995 (rcud. 1828/1994), han establecido que el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) puede ser enfermedad de trabajo por vía del artículo 115.2 e) LGSS 1994, si se contrae por personal sanitario con ocasión o como consecuencia de la actividad profesional realizada; sin embargo, si se adquiere como consecuencia del consumo de drogas, por vía parenteral, entonces el padecimiento constituye una alteración de la salud, que se desarrolla progresivamente en un periodo más o menos largo y que es lo que fundamenta su definición como enfermedad común. Lo que no procede es su caracterización como accidente no laboral.

En las sentencias de 27 de mayo de 1998 (rcud. 2460/1997), 22 de octubre de 1999 (rcud. 35/1999) y 27 de noviembre de 2002 (rcud. 509/2002), el Tribunal Supremo ha entendido que la muerte por sobredosis debe considerarse accidente no laboral y no enfermedad común, razonando lo siguiente en la última de las sentencias citadas: "partiendo de una antigua y continuada distinción jurisprudencias entre lo que es accidente y lo que es enfermedad -en sentencias que alcanzan desde la STS de 17 de junio de 1903 a las STS de 2 de junio de 1994, y 25 de enero de 1995-, llegó a la conclusión de que deben considerarse causados por accidente todos aquellos eventos en los que el causante no falleció como consecuencia de deterioro psico-físico desarrollado de forma paulatina que pudiera derivar naturalmente de su acreditada situación patológica previa de drogadicción (en cuyo caso estaríamos ante un supuesto de enfermedad), sino que la causa del óbito, repentino e imprevisto fue

directamente producido por una concreta causa externa como puede ser la ingestión de una droga que por circunstancias de exceso de cantidad o defecto de calidad provoca una reacción inusual en el organismo que conduce a la muerte del afectado". En estos supuestos, la causa de la muerte debe imputarse a un accidente.

En los supuestos en que el fallecimiento se ha debido a infarto de miocardio o enfermedades similares, en cuanto al modo súbito de manifestarse, el Tribunal Supremo ha establecido en una constante jurisprudencia, pudiéndose traer a colación la STS/IV de 30 de abril de 2001 (rcud. 2575/2000), que "el repetido art. 117.1 tiene por accidente no laboral el que no sea accidente de trabajo, lo que equivale a decir que el ingrediente de "accidente", en sentido propio, siempre es indispensable; o sea, la norma evidencia que sólo otorga la condición de accidente no laboral al accidente propiamente dicho, y no a las lesiones corporales producidas por otras causas, como las que se relacionan en el núm. 2 del art. 115 y, en especial, las enfermedades que se mencionan en los apartados e), f) y g), como tampoco tiene sentido respecto del accidente no laboral la presunción que establece el núm. 3 o algunas de las restricciones o aclaraciones de los números 3 y 4. El art. 117.1 LGSS no menciona en ningún momento la lesión corporal y aunque se refiere se al art. 115 lo hace para excluir de su ámbito todo lo que se comprende en esa última norma. Es una referencia excluyente, que saca fuera del área de la acción del art. 117.1 todo lo que se comprende en aquel otro precepto. Desde luego, hay una lesión en el accidente no laboral, como la hay en el accidente de trabajo o en la enfermedad, común o profesional, pues lesión, según el Diccionario de la Real Academia, es "daño o detrimento corporal causado por herida, golpe o enfermedad", pero lo que caracteriza la noción de accidente no laboral, frente a la enfermedad común, no es la lesión que es elemento coincidente en ambos conceptos, sino el ser un accidente, es decir, una acción súbita, violenta y externa, como recuerda, plasmando una larga tradición conceptual, el art. 100 de la Ley 50/1980, de 8 octubre, de Contrato de Seguro. Estas características no se cumplen en el caso del infarto, al menos en la inmensa mayoría de los casos, donde se cuenta con una previa enfermedad cardiaca; ni el esfuerzo derivado del ejercicio del deporte puede, en rigor, considerarse como acción exterior y violenta, en las circunstancias que constan en el relato fáctico (...)".

Posteriormente, a propósito de la reclamación indemnizatoria (mejor voluntaria pactada en convenio colectivo) planteada por el padre de un trabajador fallecido víctima de un suicidio, la STS/IV de 10 de junio de 2009 (rcud. 3133/2008) sostendrá que el accidente no laboral se caracteriza, frente a la enfermedad, por una acción súbita, violenta y externa, mientras que la enfermedad supone un deterioro psico-físico desarrollado de forma paulatina; en consecuencia, cuando la causa del óbito repentino fuera directamente producido por una causa externa, no por un deterioro psico-físico, desarrollado de forma paulatina, estamos en presencia de un accidente no laboral. Si ello es así, el suicidio puede ser considerado como accidente no laboral, pues el artículo 117.1 LGSS 1994 (aplicable al caso), que lo define, delimitándolo negativamente en relación a las contingencias profesionales, no excluye del concepto de accidente no laboral, al que es consecuencia de una acción voluntaria del propio afectado, a diferencia con lo que sucede en el artículo 115.4 b), con respecto al accidente de trabajo, al excluir el causado por el propio trabajador, ya sea por dolo o por imprudencia temeraria. O dicho de otra manera, la voluntariedad en la producción del siniestro no conlleva dejar sin prestación al trabajador, o en su caso, a sus familiares, pero si otorgársela sin el mayor plus de protección que comportaría su consideración como accidente de trabajo. Entender lo contrario, implicaría -dada la practica imposibilidad conceptual y legal del encaje del suicidio como enfermedad común- el dejar sin protección a los familiares del trabajador suicidado, lo que por absurdo y contrario a la finalidad de la Seguridad Social ha de ser rechazado. Esta doctrina fue asumida después por la STS/IV de 9 de febrero de 2010 (rucd. 1703/2009).

Por último, la Sala IV del TS ha calificado como accidente no laboral las lesiones causadas a una mujer durante un parto distócico. Así, en la sentencia de 2 de julio 2020 (rcud. 201/2018), la trabajadora recurrente sufrió determinadas lesiones

definitivas como resultado del parto, a consecuencia de las cuales fue declarada por el INSS afecta de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo derivada de «enfermedad común». Interpuso demanda en reclamación de que la incapacidad se declarase causada por accidente no laboral y no enfermedad común, con derecho por tanto a una pensión superior. Obtuvo sentencia favorable del Juzgado de lo Social, si bien el Tribunal Superior de Justicia estimó el recurso interpuesto por el INSS por considerar enfermedad común y no accidente no laboral la contingencia, al no existir la acción súbita externa que es propia del accidente. El TS estima el recurso de casación interpuesto por la defensa de la trabajadora, en base a los siguientes argumentos: 1º. Las serias lesiones producidas en el caso (desgarro en el periné en grado IV) no responden a un deterioro físico progresivo (que es el concepto de enfermedad común), sino que son, más bien, resultado de una acción súbita y violenta (concepto de accidente no laboral), y ello sin necesidad de que concurra además negligencia o responsabilidad alguna. 2º. El embarazo y el parto no son, en sí mismos, ninguna enfermedad ni se pueden asimilar a otras intervenciones hospitalarias. 3º. El embarazo y el parto son elementos diferenciales que por, razones obvias, inciden de forma exclusiva sobre las mujeres.

Lo sucedido en el parto de la recurrente difícilmente encaja en el concepto de enfermedad, ajustándose con mayor naturalidad al concepto de accidente. Si se quiere decir así, es más forzado considerarlo enfermedad común que accidente no laboral. Pero, por si la expresión de acción «externa» pudiera generar alguna duda, como lo ocurrido a la recurrente en el parto solo le pudo suceder por su condición de mujer, la perspectiva de género proclamada por el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007 refuerza la interpretación de que el hecho debe considerarse accidente no laboral y no enfermedad común. De ahí que la utilización de parámetros neutros, como los que propone la Entidad Gestora, conduzca a un resultado contrario con el principio de igualdad efectiva que nuestro ordenamiento consagra.

X. Apunte final

Aunque la magistrada ponente de la sentencia coincide con la solución abrazada en su parte dispositiva, formula un voto particular concurrente para expresar su discrepancia con la fundamentación jurídica del fallo. La discrepancia estriba en que la Sala (voto mayoritario) estima que la STS/IV de 2 de julio de 2020 (rcud. 201/2018) -en la que se basa la sentencia recurrida para estimar la pretensión del demandante-, en relación a lesiones sufridas como consecuencia de un parto, señala: «< las lesiones ocurridas ("desgarro del periné en grado IV") como consecuencia de las maniobras que hubo que hacer durante el parto, deben ser calificadas de accidente, pues el parto dejó "de ser normal" y tampoco el "uso normal" de los instrumentos que hubo que utilizar produce las lesiones que en el caso se produjeron ("no es normal sufrir este tipo de lesiones ni secuelas")>>». La Sala estima "que el supuesto enjuiciado en la referida sentencia no es parangonable al presente, y que su doctrina aplicada a un supuesto en el que se produjo un desgarro del periné en grado IV como consecuencia de unas maniobras durante el parto, no es generalizable, sino que ha de valorarse de forma casuística, y que en definitiva no deviene aplicable al caso".

En cambio, la magistrada autora del voto particular concurrente estima que "aún tratándose de supuestos fácticos distintos, (por cuanto difícilmente coincidirán dos de iguales -sic-), la doctrina unificada que contiene dicha sentencia (STS/IV de 2 de julio de 2020, rcud. 201/2018), deviene totalmente aplicable al supuesto ahora examinado, y así debió entenderse, partiendo del propio objeto de la casación unificadora, que quedó centrada y fijada en la referida sentencia, en determinarlas circunstancias que conducen a la calificación de la contingencia de accidente no laboral. Y tal doctrina llevada al caso concreto es la que determina en definitiva, la calificación como accidente no laboral del caso concreto ahora examinado, al igual que lo fuera el examinado en la referida sentencia."

En mi opinión, la particularidad del supuesto conocido por la STS de 2 de julio de 2020 (lesiones sobrevenidas durante un parto con dificultades, no en una intervención quirúrgica) y la proyección singular que en el mismo adquiere la denominada

perspectiva de género (inexistente en el caso aquí enjuiciado), llevan a la Sala a sostener con acierto que la doctrina contenida en la referida STS/IV de 2 de julio de 2020 no es generalizable, sino que ha de valorarse de forma casuística. El mismo examen casuístico que, sin embargo, permite al TS caracterizar como accidente no laboral las complicaciones súbitas, no previstas, acontecidas durante una operación de espalda que fatalmente abocan a la declaración del recurrente como pensionista de gran invalidez. El decurso normal de la patología de base sufrida por el demandante probablemente no le habría llevado a tal grado de invalidez; fueron las complicaciones ocurridas durante la intervención, ajenas a la enfermedad en sí misma, los hechos “externos”, “súbitos” y “violentos” que le causaron el grave cuadro clínico determinante de la gran invalidez.

§ 75 **El acceso a la suplicación: ¿un endurecimiento de las reglas procesales desde la doctrina jurisprudencial?**

Susana Molina Gutiérrez

Magistrada de la jurisdicción social (TSJ de Madrid).

Resumen: *Aborda nuestro Alto Tribunal las reglas que determinan el acceso a la sede suplicatoria en los supuestos de acumulación de acciones declarativas de derecho y de cantidad, cuando la primera de ellas por sí sola no legitima el paso a la segunda sede jurisdiccional.*

Palabras clave: *Recurso de suplicación. Determinación de la cuantía. Acumulación de acciones.*

Abstract: *Our High Court addresses the rules that determine access to the supplicatory seat in cases of accumulation of declaratory actions of right and amount, when the first of them alone does not legitimize the passage to the second jurisdictional seat.*

Keywords: *Appeal of suplicación. Determination of the amount. Accumulation of shares.*

I. Introducción

La interpretación de las normas procesales que determinan el acceso a la sede suplicatoria ha sido objeto de abordaje por la Sala Cuarta en multitud de ocasiones. En todas ellas el Alto Tribunal ha venido diseccionando las disposiciones de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social sobre la materia, despejando de manera progresiva el camino al recurso, y disipando las numerosas dudas que han ido surgiendo a los operadores jurídicos al respecto.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 526, de 19 de julio.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ núm. 2649/2020.

ECLI:ES:TS 2023:3528

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Doña María Luz García Paredes.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Aborda la Sala Cuarta la determinación de las fronteras de acceso a la sede suplicatoria respecto de resoluciones que se pronuncian sobre acciones que por sí solas no reúnen los requisitos a que se refiere el artículo 191.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, pero que se ejercitan acumuladamente con otras junto con las cuales sí alcanzarían dichos umbrales.

En el presente caso nos encontramos ante el ejercicio de una acción de reclamación de cantidad entablada por un trabajador que persigue le sea abonado el denominado complemento personal por jornada partida, disciplinado en el artículo 99.2 del VII Convenio Colectivo para el personal laboral de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha^[1]; que le fue retirado (tras el informe de no aptitud laboral emitido por el equipo de Vigilancia de la Salud), al pasar de desempeñar su actividad profesional con la categoría de peón especialista a jornada partida a la de conductor de brigada Grupo IV en jornada ordinaria.

En concreto, la Administración empleadora, a la vista del informe de aptitud laboral precitado, inició expediente de adaptación del puesto de trabajo persiguiendo la recolocación del actor en puestos no tributarios del manejo de pesos, herramientas o utensilios que encontraba vedado. Tras varios intentos frustrados, el actor fue recolocado en el puesto de conductor de brigada.

Tras esta actuación la empleadora procedió a regularizar las condiciones retributivas de aquél suprimiendo el complemento personal de jornada partida que hasta ese momento le venía abonado.

Por Resolución inicial de octubre de 2017 de la Dirección General de la Consejería de Fomento le fue reconocido al sujeto el derecho al abono del concepto controvertido, si bien posteriormente dicha resolución fue anulada argumentando la demandada que en la primitiva decisión no se tuvo en cuenta que el trabajador desde julio de 2013 ocupaba el puesto de conductor de brigada, lo que determinó un incremento global de sus retribuciones muy superior al del complemento personal transitorio de jornada parcial, quedando el mismo absorbido y compensado.

El Juzgado de Social^[2] desestimó la demanda, recurriendo en suplicación el trabajador, siendo desestimado^[3] su recurso por concurrir causa de inadmisión al no alcanzar la pretensión, en cómputo anual, la cuantía de 3.000 euros a que se refiere el artículo 192.3 y 4 de la norma adjetiva laboral. Razona la Sala territorial que *“en el presente caso, con independencia de que nos encontremos ante un litigio de reconocimiento de derechos o de impugnación de la resolución administrativa de la empleadora que deniega el pago del pretendido complemento, lo cierto es que de lo arriba expuesto se deduce con claridad que para determinar la cuantía litigiosa del asunto se debe estar al importe de a la regla de anualidad. Y siendo el importe anual de la reclamación de la actora manifiestamente inferior a 3.000 euros, debemos coincidir con el Fiscal a la hora de apreciar la falta de competencia funcional de la Sala para conocer del recurso interpuesto por no ser la resolución recurrida susceptible de ser recurrida en suplicación.*

5.- Si bien esta Sala ha admitido a trámite recursos de suplicación en los que se cuestionaba el derecho a percibir el complemento personal transitorio cuando el mismo se encontraba vinculado a la pérdida de complementos funcionales a consecuencia de una MSCT, por cuanto que se consideraba que existía afectación general, esta no es la cuestión que se suscita en el presente, por cuanto que como consta en los HHPP la administración reconoció inicialmente el derecho del actor a percibirlo, pero, no obstante lo anterior, al realizar éste en la actualidad un puesto de trabajo que tiene asignada una superior retribución procede a compensarlo con la misma, cuestión que no consta que afecte a una generalidad de trabajadores”.

IV. Posición de las partes

Se alza en casación unificadora el actor citando como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de enero de 2008, recurso de suplicación 4305/2008. En ella se resuelve una reclamación de derechos (reconocimiento de antigüedad) y cantidad, analizando la Sala con carácter previo la recurribilidad de la sentencia de instancia, y tomando la doctrina de la STS de 7 de octubre de 2005 considera que aunque la cantidad inicialmente reclamada en demanda no alcanzaba los 1.803,04 euros (cuantía que determinaba el acceso a la sede suplicatoria, de acuerdo con lo dispuesto en la vigente entonces Ley de Procedimiento Laboral^[4]), en ella se interesaba las que se fueran devengando posteriormente a dicha presentación, lo que permitía tener por superado el límite de acceso al recurso y, por ende, entra a resolver la cuestión de fondo.

Se opone la Administración empleadora a la estimación del recurso argumentando que las cuantías informadas desde el servicio de retribuciones son inferiores, en cómputo anual, a la cuantía que permite acceder al recurso, no concurrencia el elemento de la afectación general.

El Ministerio Fiscal considera que el recurso ha de ser calificado de procedente por cuanto lo peticionado por el actor no sólo se ciñe a lo reclamado por la empleadora, sino a las cantidades que se devengaran hasta el acto del juicio.

V. Normativa aplicable al caso

Como hemos anticipado, la Sala interpreta de manera central el alcance del artículo 191.1.g) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en cuya virtud *“No procederá recurso de suplicación en los procesos relativos a las siguientes materias: Reclamaciones cuya cuantía litigiosa no exceda de 3.000 euros. Tampoco procederá recurso en procesos de impugnación de alta médica cualquiera que sea la cuantía de las prestaciones de incapacidad temporal que viniere percibiendo el trabajador”*

También aborda el alcance del artículo y 192.2 y 3 del mismo cuerpo legal que proclama que *“si el actor formulase varias pretensiones y reclamare cantidad por cada una de ellas, se sumarán todas para establecer la cuantía. Cuando en un mismo proceso se ejerciten una o más acciones acumuladas de las que solamente alguna sea recurrible en suplicación, procederá igualmente dicho recurso, salvo expresa disposición en contrario.*

3. Cuando la reclamación verse sobre prestaciones económicas periódicas de cualquier naturaleza o diferencias sobre ellas, la cuantía litigiosa a efectos de recurso vendrá determinada por el importe de la prestación básica o de las diferencias reclamadas, ambas en cómputo anual, sin tener en cuenta las actualizaciones o mejoras que pudieran serle aplicables, ni los intereses o recargos por mora. La misma regla se aplicará a las reclamaciones de reconocimiento de derechos, siempre que tengan traducción económica”.

VI. Doctrina básica

Para resolver el fondo de la controversia que se somete a conocimiento del Alto Tribunal acude éste a su doctrina unificada^[5] en cuya virtud *“las pretensiones en las que se formulan reclamaciones de derecho y de cantidad, a los efectos de determinación de la cuantía y en relación con el art. 192 de la LRJS, no se excluyen si no que se entienden acumuladas de forma que, en supuestos en los que se reclama un derecho, que no alcanza en cómputo anual, la cuantía de 3000 euros, pero junto a él existe acumulada una reclamación de cantidad de lo devengado hasta el acto de juicio, que sí supera ese límite legal, es incuestionable que, incluso por la vía del art. 192.2 de la LRJS, se puede entender que la sentencia de instancia tenía acceso al recurso, tal y como acertadamente entendió el juzgado de lo social cuando dio el trámite a tal efecto”.*

Por consiguiente, como lo reclamado por el trabajador no sólo es el reconocimiento de un concreto derecho salarial (el de percibir el complemento personal específico de jornada partida) sino de lo dejado de percibir por tal concepto desde el momento de la supresión del mismo hasta el de la fecha de celebración del juicio; las reglas procesales sobre la determinación del acceso al recurso conducen a colegir que la cuantía de la reclamación conjunta de ambas pretensiones sí superaría en cómputo anual el umbral de los 3.000 euros a que se refiere el artículo 191.1.g) y 192.3 de la LRJS.

Continua razonando la Sala que no es obstáculo para lo señalado la doctrina contenida en la Sentencia que cita el recurrido en su escrito de impugnación^[6] pues en ella se reclamaba el derecho a percibir el Complemento Puesto de Trabajo Globalcaja, por el que percibía 697 euros mensuales y el abono de la cantidad de 1.395,84 euros correspondientes al citado complemento por los meses de noviembre y diciembre de 2014, así como las cuantías que se devengarán en las sucesivas mensualidades hasta la sentencia. Allí concluyó el Tribunal que *“el litigio versa sobre una prestación económica de periodicidad mensual que debe cuantificarse en cómputo anual, siendo que se ha ejercitado una acción de reconocimiento de derechos que tiene una perfecta traducción económica en esos términos.*

No estamos ante una acción declarativa insuficiente por sí sola para tutelar el interés del demandante, ni tampoco se trata de una simple petición de condena de futuro, o de la declaración de derechos cuantificables económicamente que en cómputo anual no alcancen la cuantía de 3.000 euros que exige el art. 191, 2º letra g) para habilitar la suplicación.

Siendo lo reclamado en la demanda el reconocimiento del derecho a seguir percibiendo la prestación económica de carácter mensual que le ha sido suprimida que tiene una traducción económica en cómputo anual que alcanza los 3.000 euros, cabía recurso de suplicación contra la sentencia del juzgado de lo social en aplicación de la norma que establece a tal efecto el art. 192.3º LRJS, sin que pueda ser óbice para ello el hecho de que el trabajador hubiere acumulado la acción de reclamación de cantidad las mensualidades transcurridas antes de la interposición de la demanda en importe inferior a la referida cantidad”.

VII. Parte dispositiva

Atendiendo a lo expuesto la Sala estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el actor, casando y anulando la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, de 27 de abril de 2020 en recurso de suplicación 1886/201 devolviendo las actuaciones a la Sala territorial para que resuelva el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador contra la sentencia de instancia.

VIII. Pasajes decisivos

Centra el Tribunal sus razonamientos jurídicos más relevantes en el fundamento de derecho segundo, donde sintetiza su doctrina unificada sobre la cuestión que nos ocupa.

IX. Comentario

Como anticipábamos más arriba, la Sala Cuarta ha tenido ocasión de analizar de manera detallada las normas procesales que delimitan el acceso a los recursos extraordinarios, recordando como presupuesto previo la posibilidad de control de oficio de la competencia por tratarse de cuestión de orden público procesal^[7].

Conviene recordar algunos de los más recientes pronunciamientos al respecto en relación con los supuestos más controvertidos. En materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual la STS 210/2016 de 10 marzo (rcud.1887/2014) concluye que una interpretación integradora lleva a considerar que, si bien en principio la materia de modificación sustancial de condiciones trabajo

de carácter individual tiene vedado el acceso al recurso de suplicación, sí se permite el recurso en los supuestos en que a la acción impugnatoria de la modificación, se acumula una acción indemnizatoria en cuantía que sea superior a los 3.000 euros. Interpretación ésta, que venía avalada a juicio de la Sala por el artículo 138 de la propia LRJS, que regula la tramitación del proceso de Movilidad Geográfica y Modificaciones Sustanciales de Trabajo, el cual en su apartado séptimo, párrafo tercero, establece que: "La sentencia que declare injustificada la medida reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, así como al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos".

Esta interpretación más amplia -"pro recurso"-, salva la más literal y restrictiva del transcrito apartado e) del número 1 del artículo 191 de la LRJS, que supondría entender que la excepción de dicho apartado, en cuanto al acceso al recurso de suplicación cuando exista acumulación de otra acción, que si sea susceptible del recurso, se refiere únicamente a los de cambio de puesto o movilidad funcional, haciendo así de peor condición a los de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual, cuando lo cierto es, que la modificación puede suponer, según el tipo y la condición de trabajo afectada, una carga más penosa y un mayor sacrificio para el trabajador, que el cambio de puesto de trabajo o movilidad funcional, interpretación literal que sería contraria a la obligada tutela judicial efectiva que el artículo 24.1 de nuestra Constitución proclama y garantiza.

Por otro lado, la STS 555/2016 de 22 junio (rec.399/2015) concluye la admisibilidad del acceso al recurso en un supuesto en que se ejercita en la demanda una acción resarcitoria acumulada de 8.000 euros por daños y perjuicios.

Muy recientemente la Sentencia de Pleno de 14 de septiembre de 2023^[8] aborda la impugnación de lo que a juicio del actor constituía una modificación sustancial de condiciones de trabajo, cuya nulidad se insta, acumulando una reclamación de 6.000 euros en concepto de indemnización por vulneración de derechos fundamentales (garantía de indemnidad). El suplico de la demanda termina solicitando, con carácter subsidiario, que se declare el carácter injustificado de la medida empresarial, con reposición a sus anteriores condiciones de trabajo y el abono, en cualquier caso, de los salarios dejados de percibir, cuya cuantificación se difiere al acto de la vista. En esta ocasión el Alto Tribunal considera la necesidad de variar su doctrina relativa a la recurribilidad por razón de la cuantía.

En primer término, maneja argumentos de índole constitucional para afirmar que la interpretación amplia o flexible de las normas procesales, usualmente reclamada por la necesidad de dispensar adecuada tutela judicial efectiva a quienes litigan no puede trasladarse, sin más, a las exigencias para acceder a un recurso extraordinario, como es el de suplicación. Sencillamente, porque también está en juego la tutela judicial a la parte que ha obtenido ya una respuesta judicial satisfactoria y desea que la misma alcance firmeza lo más pronto posible.

Desde un punto de vista estrictamente procesal y sistemática, resulta que la norma adjetiva laboral ha excluido de manera expresa los litigios sobre MSCT de alcance individual (como el presente) o plural; y concluye estableciendo que no cabe recurso de suplicación frente a la sentencia dictada en modalidad procesal de MSCT aunque incorpore reclamación de cuantía superior a 3.000 € derivada de aplicar la decisión empresarial impugnada. Así se desprende de una interpretación sistemática, teleológica y literal de los preceptos procesales en presencia (arts.138.7; 191.2.e y 191.2 LRJS) y de su entendimiento acorde con las garantías constitucionales (art. 24 CE).

Resulta también relevante recordar, en relación con el presupuesto de afectación general, como la Sala ha establecido^[9] que la misma puede concurrir en tres supuestos alternativos: 1º) Que esa afectación general fuera notoria. 2º) Que la misma haya sido objeto de la correspondiente alegación y prueba. 3º) Que el contenido de generalidad de la controversia no haya sido puesto en duda por ninguna de las partes.

Indica también que la apreciación de la afectación general depende de la existencia efectiva de litigiosidad en masa y también de las "características intrínsecas" de la cuestión objeto de debate, lo que supone la existencia de una situación de conflicto generalizada en la que se ponen en discusión los derechos de los trabajadores frente a su empresa, siempre que ésta tenga una plantilla suficientemente extensa y tales derechos alcancen "a todos o a un gran número" de sus trabajadores, lo que en el presente no concurre puesto que los trabajadores afectados son tres estrictamente, como manifiesta la sentencia recurrida. La prueba de la afectación general puede realizarse a través de cualquiera de los medios admitidos en Derecho siendo la mayor dificultad la acreditación de la afectación como hecho notorio.

X. Apunte final

El análisis del devenir jurisprudencial referenciado nos permite alcanzar como reflexión final que las fronteras de acceso a los recursos extraordinarios no son siempre tan nítidas como pudiera parecer, pese a la reforma operada en la norma procesal laboral por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

La redacción proporcionada por el legislador no siempre ha sido lo suficientemente clara; o si se prefiere, la interpretación que los operadores jurídicos han alcanzado de tal acervo normativo en ocasiones se ha desligado de la finalidad perseguida por aquél. Resulta vital regresar a los criterios de interpretación contenidos en el derecho común, siendo la interpretación auténtica la que ha de complementar el resto de parámetros hermenéuticos enunciados en nuestro Código Civil, no pudiendo olvidar que es facultad del legislador la configuración del régimen de recursos y su concreta configuración legal, no existiendo un derecho absoluto ni ilimitado al respecto que se integre en el derecho constitucionalmente protegido de tutela judicial efectiva.

Referencias:

1. [^] *En cuya virtud "Complemento de jornada. Es el que corresponde percibir a la persona trabajadora por razón de la forma en que realiza dicha jornada. Puede ser:a) De turnicidad: corresponde a aquellos puestos de trabajo que deban desempeñarse en régimen de turnos rotatorios de mañana y tarde, o en su caso, de noche, de forma ininterrumpida.b) De jornada partida: corresponde a aquellos puestos de trabajo en los que la jornada diaria haya de cumplirse en horario partido, con un descanso mínimo ininterrumpido de una hora y máximo de tres, siempre que cualquiera de los periodos tenga una duración mínima de dos horas.c) De nocturnidad: corresponde a aquellos puestos de trabajo que desarrollan su actividad exclusivamente en régimen de trabajo nocturno".*
2. [^] *Sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Albacete, de 17 de septiembre de 2018, autos núm. 311/2017.*
3. [^] *Sentencia de 27 de abril de 2020 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Castilla La Mancha, recurso de suplicación 1886/2018.*
4. [^] *Disponía el artículo 189.1 que "Las sentencias que dicten los Juzgados de lo Social en los procesos que ante ellos se tramiten, cualquiera que sea la naturaleza del asunto, salvo las que recaigan en los procesos relativos a la fecha de disfrute de las vacaciones, concreción horaria y determinación del período de disfrute en permisos por los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a los que se refiere el artículo 138 bis, en los de materia electoral, en los de clasificación profesional, en los de*

impugnación de sanción por falta que no sea muy grave, así como por falta muy grave no confirmada judicialmente, y las dictadas en reclamaciones cuya cuantía litigiosa no exceda de mil ochocientos euros”.

5. *^ Sentada entre otras en STS 1007/2018, de 4 de diciembre (rcud.611/2016), reiterada en STS 408/2021, 14 de abril (rcud.451/2020), STS 923/2021, de 21 de septiembre (rcud.3026/2020), STS 496/2022, de 31 de mayo (rcud.306/2021) y la más reciente STS 394/2023, de 31 de mayo (rcud.3194/2022).*
6. *^ Contenida en el STS de 14 de mayo de 2020 (rcud.3593/2017) en la que se recuerda que “a) si se reclama el reconocimiento de un derecho laboral -trienios, un plus, vacaciones-, el recurso depende de sus consecuencia económicas (SSTS 13/07/09 -rcud 3462/08 -; 09/05/11 -rcud 775/10 -; y 30/10/12 -rcud 2827/11).b) en los casos en que la acción declarativa es insuficiente por sí misma para tutelar al interés del actor, y de ahí que se ejercite conjuntamente con la de condena, el elemento determinante a efectos de recurso no es la previa declaración que se pide y que constituye fundamento inescindible de la petición de condena, sino la cuantía efectiva que se reclama (recientes, SSTS 15/03/11 -rcud 2632/10 -; 29/03/11 -rcud 2469/10 -; y 09/05/11 -rcud 775/10 -).c) es “indiferente que el accionante deduzca demanda en que instrumente una acción declarativa autónoma o aislada, es decir, encaminada únicamente a la declaración de su derecho..., pues la misma habría de ser cuantificada; o que reclame solamente la cifra dineraria en que ese derecho se traduce; o que aúne formalmente ambas peticiones; o que incluso agregue, a modo de condena para el futuro, que se imponga la prosecución del pago” (así, SSTS 14/04/10 -rcud 2208/09 -; 22/06/10 -rcud 3452/09 -; y 09/05/11 -rcud 775/10 -).d) “cuando se ejerciten acciones sin contenido dinerario directo e inmediato para fijar su valor cuantitativo ha de estarse a “los efectos económicos normales del agente generador, o dicho de otra manera, a los efectos económicos que puede alcanzar el cumplimiento de la declaración”, recurriendo cuando fuera precisa a la técnica de la “anualización” de ese importe” (por ejemplo, SSTS 17/11/09 -rcud 3369/08 -; 27/01/10 -rcud 1081/09 -; 28/01/10 -rcud 1776/09 -; 27/01/10 -rcud 1081/09 -; y 23/12/10 -rcud 832/10 -); y e) pero de estas reglas se excepcionan, como es obvio y trasciende al presente caso, “las pretensiones de las cuales cabe predicar un valor indeterminado o indeterminable” (en tal sentido, SSTS 22/05/06 -rcud 4124/04 -; 18/01/07 -rcud 4439/05 -; y 09/05/11 -rcud 775/10 -)”.
7. *^ Así, entre otras SSTS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 30-12-2013 (rec.930/2013), 149/2021 de 3 febrero (rcud.3943/2018) que concluyen que “Es criterio constante de este Tribunal que la cuestión del acceso al recurso de suplicación por razón de la cuantía o modalidad procesal puede ser examinada de oficio por esta Sala, aunque no concurra la contradicción. La razón estriba en que el tema afecta al orden público procesal y a nuestra propia competencia funcional, sin que la Sala quede vinculada por la decisión que se haya adoptado en suplicación. Ello es así porque tal cuestión no afecta sólo a ese recurso, sino que se proyecta sobre la competencia de la propia Sala Cuarta del Tribunal Supremo. El recurso de casación para la unificación de doctrina procede contra las sentencias dictadas en suplicación, lo que supone que la recurribilidad en casación se condiciona a que la sentencia de instancia fuera, a su vez, recurrible en suplicación y por ello el control de la competencia funcional de la Sala supone el control sobre la procedencia o improcedencia de la suplicación. En tal sentido, por todas, pueden verse las SSTS 10 noviembre 2011 (rcud.**

4312/2010), 5 diciembre 2012 (rcud. 109/2011), 28 noviembre 2011 (rcud. 742/2011)”.

8. ^ STS 556/2023, rcud.2589/2020.
9. ^ STS 342/2023 de 10 de mayo de 2023, rcud.4159/2020.

- § 76 **El juego de cómputos de plazos de caducidad y supletoriamente de prescripción en el despido comunicado anómalamente al trabajador por la Administración Pública empleadora: la acción por despido siempre tiene plazo de ejercicio.**

Juan Martínez Moya

Magistrado de la jurisdicción social. Vocal del Consejo General del Poder Judicial

Resumen: *El ejercicio de una acción por despido no puede quedar sin plazo alguno, y ello pese a que el acto de comunicación (notificación) por parte de la empleadora – Administración Pública- haya incurrido en deficiencias. En estos casos el plazo de caducidad de la acción se mantiene suspendido hasta que el trabajador impugne judicialmente dicha extinción, con un límite temporal: el plazo anual de prescripción supletoriamente fijado por el artículo 59.1 del Estatuto de los Trabajadores. Completa y matiza anterior doctrina jurisprudencial.*

Palabras clave: *Despido. Caducidad. Administración Pública. Cómputo. Notificación irregular.*

Abstract: *L'exercice d'une action en licenciement ne peut être laissé sans aucun délai, et ce malgré le fait que l'acte de communication (notification) par l'employeur - Administration Publique - a présenté des déficiences. Dans ces cas, le délai de forclusion (expiration) de l'action reste suspendu jusqu'à ce que le travailleur conteste judiciairement ledit licenciement, avec un délai : le délai de prescription annuel fixé en outre par l'article 59.1 du Statut des Travailleurs. Compléter et clarifier la doctrine jurisprudentielle antérieure.*

Keywords: *Licenciement, expiration (délai de forclusion). Administration Publique. Calcul. Notification irrégulière*

I. Introducción

El ejercicio de una acción por despido no puede quedar sin plazo alguno, y ello pese a que el acto de comunicación (notificación) por parte de la empleadora – Administración Pública- haya incurrido en deficiencias. En estos casos, el plazo de caducidad de la acción se mantiene suspendido hasta que el trabajador impugne judicialmente dicha extinción. Ahora bien, hay un límite temporal: el plazo anual de prescripción supletoriamente fijado por el artículo 59.1 del ET. Esta es, en síntesis, la doctrina que sienta la sentencia del TS (Social) 529/2023 de 19 de julio 2023 que motiva este comentario. Su virtualidad y novedad: complementa y matiza otra anterior^[1] que dejaba abierta y sujeta a la casuística (“criterio de razonabilidad judicial”) supuestos excesos del plazo de caducidad lo que comprometía, con la interpretación de los Tribunales, principios constitucionales como el de seguridad jurídica, por el riesgo incertidumbre jurídica y garantías en el derecho al acceso a la jurisdicción.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 529/2023, de 19 de julio.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ núm. 1769/2022.

ECLI:ES:TS:2023:3523

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Vicente Sempere Navarro.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. El problema jurídico

Se discute si la acción de despido se encuentra caducada. La solución depende, básicamente, de si entendemos que el plazo para reclamar está suspendido por la presentación de una reclamación previa frente a la Administración pública empleadora, pese a que no era legalmente exigible^[2].

1.1 Marco fáctico

El trabajador había prestado servicios para un organismo autónomo municipal dependiente del Ayuntamiento de Marbella en virtud de un contrato de obra o servicio determinado, celebrado el 4 de julio de 2016, y con una duración pactada hasta el 31 de diciembre de ese año.

El Ayuntamiento decidió extinguir el contrato en la fecha prevista, a cuyo efecto lo preavisó con fecha 13 de diciembre.

El demandante presentó reclamación previa el 26 de octubre de 2017.

La demanda por despido se presenta el 29 de noviembre de 2017, transcurridos once meses desde la comunicación de preaviso.

1.2 Marco procesal

A. Ante el Juzgado de lo Social (proceso por despido)

La sentencia de instancia desestimó la demanda por haber transcurrido más de 20 días desde que se le comunicó el fin del contrato celebrado, sin que presentase la demanda.

B. Ante la Sala de lo Social del TSJ (recurso de suplicación)

Desestima el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador al considerar caducada la acción de despido por haber transcurrido el plazo de 20 días desde la resolución administrativa extintiva de la relación laboral, sin que sea óbice para ello la circunstancia de que no diere pie de recurso para hacer constar las vías de impugnación que pudieren formularse contra la misma. Considera no aplicable la doctrina contenida en la *STS de 24 de julio de 2020 (rcud. 1338/2018)* porque la gran diferencia de tiempo en el transcurso del plazo de los 20 días desde la extinción de la relación laboral frente al de caso examinado (once meses).

C. Ante el Tribunal Supremo (recurso de casación para unificación de doctrina):

La defensa letrada del trabajador formaliza su recurso de casación para la unificación de doctrina invocando de contraste la *STSJ de Andalucía (Málaga), de 17 de octubre de 2018 (rec. 1302/2018)*.

IV. Posición de las partes

1. El trabajador

- Como *parte demandante*: solicitó en demanda la declaración de improcedencia del despido.

- Como *parte recurrente*:

+ en el recurso de suplicación impugnó la declaración de caducidad de la acción de despido declarada en sentencia.

+ en el recurso de casación, reiteró la impugnación de la declaración de caducidad del despido, invocando con sentencia contradictoria de contraste la STSJ de Andalucía (Málaga), de 17 de octubre de 2018 (rec. 1302/2018).

2. La Administración Pública (Ayuntamiento)

- Como *parte demandada*: alegó la caducidad de la acción por despido.

- Como *parte recurrida*:

+ en el recurso de suplicación, impugnó el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador

+ en el recurso de casación para unificación de doctrina interesó la desestimación del recurso y, en consecuencia, la confirmación de la sentencia recaída en suplicación. Concretamente cuestionó la concurrencia de contradicción, enfatizando que habían transcurrido casi once meses desde su cese hasta la presentación de la demanda. Precisó, además, que no era exigible que la comunicación escrita del fin de contrato indicara, como pie de recurso, el modo de impugnarla. Asimismo, entiende que la seguridad jurídica impide la ausencia de plazo para accionar.

3. El Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal sostuvo Considera concurrente la contradicción y procedente el recurso, puesto que esta Sala Cuarta ha fijado su doctrina a través de la STS 727/2020 de 24 julio (rcud. 1338/2018), en términos opuestos a los de la recurrida.

V. Normativa aplicable al caso

* Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social

Artículo 69. Agotamiento de la vía administrativa previa a la vía judicial social^[3].

1. Para poder demandar al Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales o entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos será requisito necesario haber agotado la vía administrativa, cuando así proceda, de acuerdo con lo establecido en la normativa de procedimiento administrativo aplicable.

En todo caso, la Administración pública deberá notificar a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses, conteniendo la notificación el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente.

Las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el párrafo anterior mantendrán suspendidos los plazos de caducidad e interrumpidos los de prescripción y únicamente surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del

contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda.

2. Desde que se deba entender agotada la vía administrativa el interesado podrá formalizar la demanda en el plazo de dos meses ante el juzgado o la Sala competente. A la demanda se acompañará copia de la resolución denegatoria o documento acreditativo de la interposición o resolución del recurso administrativo, según proceda, uniendo copia de todo ello para la entidad demandada.

3. En las acciones derivadas de despido y demás acciones sujetas a plazo de caducidad, el plazo de interposición de la demanda será de veinte días hábiles o el especial que sea aplicable, contados a partir del día siguiente a aquél en que se hubiera producido el acto o la notificación de la resolución impugnada, o desde que se deba entender agotada la vía administrativa en los demás casos.

* Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Artículo 59. Prescripción y caducidad.

1. Las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación.

VI. Doctrina básica

*Por una parte, *ratifica* su doctrina jurisprudencial que arranca de la STS 727/2020 de 24 julio ECLI:ES:TS:2020:2794 (rcud. 1338/2018) que establece que, en el ordenamiento actual, siendo empleadora una Administración Pública, la notificación del acto de despido sin indicar vía y plazo de impugnación, mantiene suspendido el plazo de caducidad hasta que el trabajador lo impugne por la vía procedente con la interposición de la demanda. El mero hecho de haberse interpuesto una reclamación previa administrativa en modo alguno permite entender que con ella se reanuda el plazo de caducidad. La reclamación previa es una figura ya desaparecida, alegal, para estos supuestos, y, por eso mismo, inhábil para reanudar el plazo de caducidad, tal y como se desprende del juego concordado del artículo 69.1 y 3 de la LRJS (versión modificada con efectos de 2 de octubre de 2016, por la disposición final 3.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre). Por tanto, si la Administración Pública no indicado el modo de combatir la decisión de despedir se mantiene suspendido el plazo de caducidad hasta que la persona afectada "interponga cualquier recurso que proceda" y la desaparecida vía de reclamación previa ya no cumple ese requisito.

*Por otra parte, el punto de *novedad* de su doctrina está en que *completa y matiza* aquella doctrina señalando que el ejercicio de una acción por despido no puede quedar sin plazo alguno, de ahí que opera, en todo caso, el plazo anual de prescripción supletoriamente fijado por el artículo 59.1 ET. Se descarta remitir a la prudencia judicial la precisión sobre si en cada caso concurre la razonabilidad o proximidad temporal. De este modo, el transcurso de ese plazo permitirá excepcionar la prescripción a la entidad empleadora.

VII. Parte dispositiva

**Pronunciamiento principal*: la Sala IV del TS:

(i) estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador;

(ii) casa y anula la *sentencia nº 349/2022 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga), de 23 de febrero*;

(iii) resuelve el debate suscitado en suplicación y estima el recurso de tal índole interpuesto por el trabajador en el sentido de:

(-) revocar la *sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de Málaga*, seguidos a instancia de dicho recurrente contra el Excmo. Ayuntamiento de Marbella, OAL Centro de Formación y Orientación Laboral,

(-) declarar que la acción de despido no se encuentra caducada.

(-) y devolver las actuaciones al Juzgado de lo Social de procedencia para que dicte nueva sentencia en la que resuelva las pretensiones ejercitadas en la demanda.

**Pronunciamientos accesorios:* se adopta decisión especial en materia de costas procesales derivadas de los recursos resueltos, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia.

VIII. Pasajes decisivos

Fundamentos jurídicos:

CUARTO. - Sobre el tiempo transcurrido entre la comunicación empresarial y la demanda.

- **Planteamiento.**

Como acabamos de exponer, la declaración de caducidad de la acción de despido interpuesta contra una decisión extintiva adoptada por una Administración Pública solo es proporcionada y respetuosa con el derecho fundamental del acceso a la jurisdicción si la notificación de dicha decisión indica correctamente la vía y el plazo de la impugnación. En el presente caso la Administración demandada no cumplió con los requisitos de notificación de la decisión extintiva previstos en el *párrafo segundo del artículo 69.1 LRJS*, pues no indicó ni la vía ni el plazo de impugnación de la decisión extintiva. Una notificación defectuosa tiene como consecuencia que el plazo de caducidad no se inicia hasta que el trabajador actúa mediante actos que vengan a poner de manifiesto que conoce, no solo el contenido de la decisión, sino "cómo actuar frente a ella" y siendo innecesaria la interposición de la reclamación previa, su interposición por el trabajador no produjo efectos suspensivos del plazo de caducidad.

[...]

3. Valoración del supuesto.

A) De cuanto acabamos de exponer se desprende que no cabe reconocer virtualidad jurídica para activar el plazo de caducidad a la reclamación previa indebidamente formulada por el trabajador frente a la resolución administrativa que extingue la relación laboral con omisión de cualquier indicación sobre la vía adecuada por su impugnación.

La primera de las actuaciones realizada por el interesado que evidencia el conocimiento del contenido y alcance de la resolución mediante el acudimiento a la vía legalmente procedente para su impugnación, no es por lo tanto la de aquella indebida presentación de la reclamación previa administrativa, sino la propia interposición de la demanda de despido ante los órganos judiciales, quedando hasta entonces suspendidos los plazos de caducidad e interrumpidos los de prescripción, como ordena el precitado *art. 69.1, párrafo tercero LRJS*.

B) Hasta ahora, hemos aplicado esa doctrina a supuestos en que el tiempo transcurrido no excede de los tres meses, contados siempre desde la impugnada terminación del contrato (sin que la empleadora indique el modo de actuar frente a ella) hasta la presentación de la demanda.

La sentencia recurrida conoce nuestra doctrina, pero entiende que solo es válida para los casos en que haya una razonable inmediatez, una reacción de quien demanda que no se aleje excesivamente en el tiempo.

[...]

A la vista de cuanto antecede, consideramos que nuestra doctrina (Fundamento Tercero)^[4] ha dado una respuesta acorde con las exigencias constitucionales sobre facilitación de acceso a la jurisdicción e interpretación *pro actione* del artículo 69 LRJS y preceptos concordantes. La mayor duración del tiempo transcurrido en el presente caso (diez meses), las consideraciones de la sentencia recurrida y la proyección de las cautelas derivadas de la seguridad jurídica exigen que ahora precisemos si existe o no algún tipo de limitación temporal.

E) El artículo 59.1 ET dispone que "las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación".

Aunque sería posible remitir a la prudencia judicial la precisión sobre si en cada caso concurre la razonabilidad o proximidad temporal que la sentencia recurrida considera inexistentes, tratándose de accionar frente al despido consideramos que resulta preferible permitir el juego de la regla supletoria contenida en el artículo 59 ET.

De este modo, el transcurso de ese plazo permitirá excepcionar la prescripción a la entidad empleadora. Se trata de una solución flexible, que concede amplio margen de respuesta frente al despido deficientemente notificado por el ente público pero que, a la vez, en tanto el legislador afronta de manera expresa el problema, establece una cláusula de cierre.

QUINTO. - Resolución.

1. Unificación doctrinal.

Cumpliendo la misión que constitucional y legalmente nos está reservada (arts. 123 y 152.1 CE; art. 219 LRJS) debemos unificar las discrepantes doctrinas enfrentadas en el presente caso. Y, por razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación del Derecho, ello nos aboca a considerar acertada la contenida en la sentencia referencial.

Aplicando el mismo criterio que en ocasiones precedentes (apartado 2 del Fundamento Cuarto) afirmamos que, en el ordenamiento actual, siendo empleadora una Administración Pública, la notificación del acto de despido sin indicar vía y plazo de impugnación, mantiene suspendido el plazo de caducidad hasta que el trabajador lo impugne por la vía procedente con la interposición de la demanda.

Completando y matizando esa doctrina, ya unificada, añadimos ahora que sí opera, sin embargo, el plazo de prescripción supletoriamente fijado por el artículo 59.1 ET (un año).

IX. Comentario

El contexto legal del debate casacional suscitado primero en la STS 727/2020 de 24 julio ECLI:ES:TS: 2020:2794, y después en la resolución objeto de comentario, viene dado por la modificación del contenido del art.69 LRJS llevado a cabo por la Disp. Final 3ª L 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas. Es una consecuencia legal inevitable de la supresión de la reclamación administrativa previa laboral para cuando la Administración utiliza el Derecho privado del Trabajo y deba ser demandada en la jurisdicción social.^[5]

En la primera de las sentencias se planteaba el caso de que siendo defectuosa la notificación de la extinción del contrato por parte de una Administración Pública, al no constar ni vía ni plazo de impugnación, la reclamación previa interpuesta por el trabajador es considerada ilegal, por desaparecida, y por tanto inhábil para reanudar el cómputo del plazo de caducidad, que se mantiene suspendido hasta que se impugne la decisión extintiva por la vía procedente.

Este criterio, pese a que daba respuesta a la cuestión de (no) inicio del cómputo del plazo de caducidad para accionar por despido hasta que se produjera la impugnación judicial del despido, dejaba espacios al criterio de la "razonabilidad" en el ámbito judicial para medir la mayor o menor lejanía en los plazos de reacción frente a

la extinción o cese efectivo de la prestación de servicios cuando la comunicación por parte de la Administración Pública como empleadora incurría en anomalías tales como la indicación de la vía o plazo de impugnación.

Hay dos indicadores claros que permiten constatar que esta cuestión no estaba del todo resuelta con criterio seguro. Los expresa la sentencia analizada en dos pasajes:

-Primero, cuando da cuenta del “elenco de casos afrontados” en que los intervalos oscilan entre poco menos de dos y hasta cuatro meses, contados siempre desde a impugnada terminación del contrato, eso sí, sin que la empleadora hubiera precisado el modo de actuar frente a ella, hasta la presentación de la demanda^[6];

-En segundo término, cuando reconoce que en estos precedentes la Sala ha aplicado la doctrina expuesta “sin realizar una reflexión explícita acerca del tiempo que puede discurrir entre las fechas que actúan como referencia inicial y final”.

Y a continuación extrae una consecuencia que abre paso a la necesidad de “*ir más allá en la solución de esta cuestión*” cuando, haciendo una reflexión interior (exteriorizada), a modo de replanteamiento, expresa sus dudas en los siguientes términos: “[U]na lectura literal de nuestros argumentos podría conducir a la conclusión de que resulta inexistente cualquier límite temporal para que la persona afectada por un cese defectuosamente comunicado accionara frente al mismo. De este modo, el transcurso de los años no actuaría como posible excepción frente al ejercicio de tal derecho”.

A partir de aquí el Tribunal Supremo despliega su función genuinamente casacional “*nomofiláctica*”. Focaliza su cometido en el sentido de protección de la norma, en depurar el ordenamiento jurídico^[7] y más concretamente del sistema de plazos de la acción por despido. Por eso concluye que son exigencias de seguridad jurídica (*art. 9 CE*) cuanto por colisionar con la existencia de plazos de caducidad o prescripción cuando se trata de reclamar derechos derivados de la relación laboral (*art. 59 ET*), lo que hace imprescindible la necesidad de orientar las *pautas de decisión desde el terreno discrecional de la razonabilidad judicial* cuando se trata de medir en su dimensión temporal una “razonable inmediatez en la reacción del trabajador” frente a la despido, *hacia el criterio legal* que marque un plazo máximo, en todo caso, para accionar por despido. De ahí que afirme, sin duda, desde un posicionamiento propio de la dogmática jurídico-legal la siguiente regla o premisa esencial: “(...) no resulta posible que el ejercicio de una acción de despido quede sin plazo alguno, por más que le sea imputable al empleador de naturaleza pública una anomalía comunicativa”.

X. Apunte final

Un triple juicio y una consideración final merece la sentencia comentada. En cuanto a los juicios, el primero desde el plano de la dogmática jurídica; el segundo desde una dimensión valorativa desde de su eficacia práctica; el tercero, sobre la repercusión en el sistema legal del plazo para accionar por despido y la alteración de la naturaleza de tal plazo.

-Sobre el primero ya anticipamos en el apartado del comentario, que más allá de la crítica o discrepancia sobre la solución de fondo tomada, es incuestionable que el Tribunal Supremo ha desplegado su función genuinamente casacional “*nomofiláctica*”. Ha centrado su cometido en el sentido de protección de la norma, en depurar el ordenamiento jurídico y más concretamente en clarificar del sistema de plazos de la acción por despido ante ese supuesto excepcional de despido realizado por empleadora pública, comunicado o notificado defectuosamente (sin precisión de vía de impugnación o plazos para llevarla a cabo), mediando reclamación previa innecesaria con la legislación vigente (*art. 69 LRJS*).

-La dimensión práctica es incuestionable. La decisión del Alto Tribunal es sumamente equilibrada y respetuosa con el derecho fundamental al acceso a la jurisdicción – cierto es que el examen de plazos, y su apreciación no es contraria, si está motivado, al derecho a la tutela judicial efectiva-, pero sobre todo con el principio

de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), certidumbre y previsibilidad en las respuestas judiciales. Toma posición la sentencia en este tema y orienta, autocorrigiéndose (o como sutilmente dice, “completando y matizando” su anterior doctrina) las *pautas de decisión* dejando a un lado *el terreno discrecional de la razonabilidad judicial* cuando se trata de medir en su dimensión temporal lo que significa una “razonable inmediatez en la reacción del trabajador” frente a la despido, *hacia el criterio legal*, cohesionado y vinculado a la seguridad jurídica que es el que le lleva a marcar un plazo máximo, en todo caso, para accionar por despido.

- Quizá, con juicio apresurado, pueda verse en esta decisión ciertos atisbos voluntaristas o creativos. Es más, no puede dejar de pensarse que también desde la dogmática jurídica laboral introduce la institución de la prescripción en un terreno abonado por la ley a la caducidad cuando se trata del régimen jurídico del plazo de la acción del despido. Quizá sea su punto más controvertido. Pero es que si sopesamos los pros y contras en una decisión judicial llamada a unificar, no cabe duda que resulta más operativo y justo (en clave de igualdad) tener un criterio seguro aferrado a la ley que otro más incierto al albur de la razonabilidad judicial de la inmediatez en la reacción en estos supuestos.

-En conclusión, la sentencia comentada es relevante, novedosa y genuinamente resolutoria de un debate casacional. Podrá tildarse de creativa, pero creativa conforme a ley, alineada con el ordenamiento jurídico. Lo que no es, es voluntarista. Nada más lejos de esta conclusión hay en esta doctrina que “completa y matiza” criterios anteriores. Si profundizamos y tomamos amplia perspectiva del papel que está llamado a cumplir la jurisprudencia. Podemos contemplar – tomando palabras de Xiol Rios^[8]- que con esta decisión “se está devolviendo el proceso unificador (el permanente camino argumentativo de unificación de criterios, de reconducción del sistema a la unidad), del ágora en que muchos pretenden situar el valor vinculante de un precedente, al foro al ámbito propio de la discusión antecedente a la decisión judicial y de la motivación de ésta”. Su valor jurídico y práctico lo resume muy bien la propia sentencia cuando desliza un juicio-conclusivo-reflexivo en su fundamentación jurídica al señalar que “[S]e trata de una solución flexible, que concede amplio margen de respuesta frente al despido deficientemente notificado por el ente público pero que, a la vez, en tanto el legislador afronta de manera expresa el problema, establece una cláusula de cierre”.

Referencias:

1. ^ STS 727/2020 de 24 julio, ECLI:ES:TS: 2020:2794 (rcud. 1338/2018) sentó una doctrina en este sentido como recuerda la STS 956/2022 de 13 diciembre (rcud. 4214/221)
2. ^ Fundamento jurídico primero, párrafo primero, de la sentencia TS (Social) 529/2023 de 19 de julio 2023 comentada.
3. ^ Este precepto se modificó con efectos de 2 de octubre de 2016, por la disposición final 3.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre Ref. BOE-A-2015-10565
4. ^ La STS 727/2020 de 24 julio (rcud. 1338/2018) sentó una doctrina que, como recuerda la STS 956/2022 de 13 diciembre (rcud. 4214/221), hemos replicado en numerosas ocasiones
5. ^ Sobre el alcance de esta modificación legal cfr. Martínez Moya, Juan. *El agotamiento de la vía administrativa previa y el plazo de caducidad*. Foro Social. Coordinador: Francisco Javier Lluch Corell Revista de Jurisprudencia”, el 1 de octubre de 2016 *El Derecho.com*

6. ^ STS 727/2020 de 24 julio (rcud. 1338/2018) dos meses; STS 402/2021 de 14 abril (rcud. 3663/2018) menos de dos meses; STS 1254/2021 de 10 diciembre (rcud. 947/2019) cuatro meses; STS 80/2022 de 27 enero (rcud. 4282/2019 menos de dos meses; STS 198/2022 de 8 marzo (rcud. 4874/2019) dos meses y unos días; STS 352/2022 de 19 abril (rcud. 2151/2020 menos de dos meses; STS 537/2022 de 10 junio (rcud. 1358/2021) poco más de un mes; STS 710/2022 de 7 septiembre (rcud. 1644/2021) dos meses y medio; STS 956/2022 de 13 diciembre (rcud. 4214/2021) dos meses.
7. ^ Cfr. *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, RAE, *Cumbre Judicial Iberoamericana*, Asociación de Academias de la Lengua Española, <https://dpej.rae.es/>.
8. ^ Xiol Ríos, Juan Antonio. *El precedente judicial en nuestro Derecho. Una creación del Tribunal Constitucional*. *Revista del Poder Judicial*, núm. 3, septiembre de 1986.

§ 77 Huelga y servicios esenciales: requisitos para declarar la vulneración del derecho fundamental de huelga.

José Luis Monereo Pérez

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

Resumen: *El debate litigioso radica en determinar si se vulneró el derecho fundamental a la huelga cuando los días 22 y 23 de diciembre de 2020, en los que se había convocado una huelga en la empresa Canal Sur Radio y Televisión SA, este empleador emitió dos programas informativos de 20 minutos de duración cada uno difundiendo noticias de interés relevante que no se limitaron a las relacionadas con la COVID-19. A juicio del Tribunal Supremo la emisión de noticias de interés relevante en dos breves informativos diarios de 20 minutos de duración cada uno, se ajusta a los servicios mínimos fijados por la autoridad competente y no vulnera el derecho fundamental a la huelga. Se consigue así salvaguardar tanto el derecho fundamental a la huelga, que no queda vacío de contenido por esos breves informativos; como el derecho a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión, que opera como límite del derecho a la huelga.*

Palabras clave: *Derecho fundamental de huelga. Servicios esenciales. Servicio mínimo. Proporcionalidad. Motivación.*

Abstract: *The disputed debate lies in determining whether the fundamental right to strike was violated when on December 22 and 23, 2020, when a strike had been called in the company Canal Sur Radio y Televisión SA, this employer broadcast two news programs of 20 minutes duration each broadcasting news of relevant interest that were not limited to those related to COVID-19. In the opinion of the Supreme Court: the broadcasting of news of relevant interest in two short daily news programs of 20 minutes each, complies with the minimum services set by the competent authority and does not violate the fundamental right to strike. This safeguards both the fundamental right to strike, which is not left devoid of content by these brief news bulletins, and the right to communicate and receive truthful information by any means of dissemination, which operates as a limit to the right to strike.*

Keywords: *Fundamental right to strike. Essential services. Minimum servic. Proportionality. Motivation.*

I. Introducción

Se debate sobre la tutela del derecho fundamental de huelga. En particular, la cuestión controvertida versa sobre la legitimidad del ejercicio del derecho huelga en servicios esenciales (art. 28.2 CE) y la alegación de existencia de conducta empresarial vulneradora del derecho fundamental de huelga. Facultad empresarial de

designar las personas trabajadoras que deban efectuar los servicios mínimos. El Tribunal Supremo entiende que atendiendo a las circunstancias concurrentes no se ha producido dicha vulneración del derecho fundamental de huelga. Se entiende que se ha garantizado el adecuado equilibrio entre los derechos de los ciudadanos y el derecho de los trabajadores a realizar el efectivo ejercicio de la huelga en servicios esenciales.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 537/2023, de 19 de julio.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCO núm. 225/2021).

ECLI:ES:TS:2023:3530.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El debate litigioso radica en determinar si se vulneró el derecho fundamental a la huelga cuando los días 22 y 23 de diciembre de 2020, en los que se había convocado una huelga en la empresa Canal Sur Radio y Televisión SA, este empleador emitió dos programas informativos de 20 minutos de duración cada uno difundiendo noticias de interés relevante que no se limitaron a las relacionadas con la COVID-19.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla 1084/2021, de 15 de abril (procedimiento 13/2021), declaró que los trabajadores que debían cubrir los servicios mínimos en la huelga convocada para los días 22 y 23 de diciembre de 2020 solo estaban obligados a informar sobre las medidas adoptadas frente al coronavirus. Condenó a Canal Sur Radio y Televisión SA a abonar a los actores una indemnización de 10.000 euros.

IV. Posición de las partes

- Canal Sur Radio y Televisión SA: La parte demandada interpuso recurso de casación ordinario con tres motivos:

a) En el primero denuncia la infracción del art. 20.1.d) de la Constitución. Argumenta que la sentencia de instancia ha eliminado la libertad de información de ese ente público.

b) En el segundo motivo denuncia la vulneración del mismo precepto legal y reitera que se ha vulnerado su libertad de información, invocando el principio de proporcionalidad.

c) En el tercer motivo denuncia la violación del art. 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS). Alega que la empresa no vulneró el derecho fundamental a la huelga de los actores, por lo que no debe abonar ninguna indemnización reparadora.

-La Sección Sindical de CC.OO. en Canal Sur Radio y Televisión SA presentó escrito de impugnación del recurso en el que solicita la confirmación de la sentencia recurrida (La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla 1084/2021, de 15 de abril(procedimiento 13/2021), declaró que los trabajadores que debían cubrir los servicios mínimos en la huelga convocada para los días 22 y 23 de diciembre de 2020 solo estaban obligados a informar sobre las medidas adoptadas

frente al coronavirus. Condenó a Canal Sur Radio y Televisión SA a abonar a los actores una indemnización de 10.000 euros.).

- El Ministerio Fiscal informó en contra de la estimación del recurso.

V. Normativa aplicable al caso

- Artículo 28.2 de la Constitución Española.
- Artículos 20.1.d) y 28.2 de la Constitución.
- Artículos del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.
- Ley 7/2010, de 31 de marzo. General de la Comunicación Audiovisual, artículo 40.1.
- Ley 10/2018, de 9 de octubre, Audiovisual de Andalucía, artículo 44.1.
- Artículos 183 y art. 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

VI. Doctrina básica

La emisión de noticias de interés relevante en dos breves informativos diarios de 20 minutos de duración cada uno, se ajusta a los servicios mínimos fijados por la autoridad competente y no vulnera el derecho fundamental a la huelga. Se consigue así salvaguardar tanto el derecho fundamental a la huelga, que no queda vacío de contenido por esos breves informativos; como el derecho a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión, que opera como límite del derecho a la huelga.

El servicio público de la televisión autonómica andaluza proporcionó información relevante durante la emergencia de salud pública causada por la COVID-19. Aun cuando se incluyeran algunas noticias relevantes que no estaban directamente relacionadas con la COVID-19, en dicha situación de emergencia sanitaria, inmediatamente antes de la Navidad, el derecho fundamental a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión justifica que la televisión pública andaluza informase a los ciudadanos de las noticias más importantes durante esos breves lapsos temporales, que en modo alguno vaciaron de contenido el derecho a la huelga. En consecuencia, procede estimar los dos primeros motivos del recurso que, por su interconexión, se examinan conjuntamente, revocando la sentencia de instancia.

VII. Parte dispositiva

La Sala de lo Social del Tribunal supremo decide: 1.- Estimar el recurso de casación ordinario interpuesto por Canal Sur Radio y Televisión SA contra sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla 1084/2021, de 15 de abril (procedimiento 13/2021). 2.- Casar y anular la sentencia recurrida. 3.- Desestimar la demanda formulada por la Sección Sindical de CC.OO. en Canal Sur Radio y Televisión SA y por el Comité de Huelga contra la empresa Canal Sur Radio y Televisión SA, absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones formuladas en su contra. Sin condena al pago de costas.

VIII. Pasajes decisivos

“En este proceso (sic), la emisión de informativos con noticias de interés relevante se limitó a un total de 40 minutos en las 24 horas del día 22 de diciembre y otros 40 minutos el día 23 de diciembre, inmediatamente antes de Navidad y durante una pandemia en la que era esencial que los ciudadanos estuvieran informados. La resolución que fijó los servicios mínimos mencionó expresamente, en sus valoraciones específicas, la relevancia que tenía la pandemia producida por el SARS-COV-2. Pero al concretar cuáles eran los servicios mínimos no los limitó a las noticias relacionadas con la COVID-19: hizo referencia a "la producción y emisión de la programación

informativa relevante, en formato reducido, entendiendo por tales los Boletines Informativos y Diarios en radio y los Avances Informativos y Diarios en televisión". La mención a que, en todo caso, debían difundirse las declaraciones oficiales de interés público; significa que dichas declaraciones debían incluirse en estos resúmenes informativos. Pero no limita estos informativos únicamente a la reproducción de declaraciones oficiales. A juicio de esta sala, la emisión de noticias de interés relevante en dos breves informativos diarios de 20 minutos de duración cada uno, se ajusta a los servicios mínimos fijados por la autoridad *laboral (sic)* y no vulnera el derecho fundamental a la huelga. Se consigue así salvaguardar tanto el derecho fundamental a la huelga, que no queda vacío de contenido por esos breves informativos; como el derecho a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión, que opera como límite del derecho a la huelga. El servicio público de la televisión autonómica andaluza proporcionó información relevante durante la emergencia de salud pública causada por la COVID-19. Aun cuando se incluyeran algunas noticias relevantes que no estaban directamente relacionadas con la COVID-19, en dicha situación de emergencia sanitaria, inmediatamente antes de la Navidad, el derecho fundamental a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión justifica que la televisión pública andaluza informase a los ciudadanos de las noticias más importantes durante esos breves lapsos temporales, que en modo alguno vaciaron de contenido el derecho a la huelga. En consecuencia, procede estimar los dos primeros motivos del recurso que, por su interconexión, se examinan conjuntamente, revocando la sentencia de instancia".

IX. Comentario

De nuevo estamos ante las controversias suscitadas por el ejercicio legítimo del derecho fundamental de huelga en servicios esenciales para la Comunidad y la exigencia de conciliar los intereses y bienes jurídicos fundamentales en juego (art. 28.2 CE). Una cuestión que es fuente de continuos, nuevos y renovados problemas como se aprecia en la praxis del ejercicio del derecho y en las controversias frente a las cuales la labor jurisprudencial se mueve siempre entre la continuidad y la renovación de sus tradiciones interpretativas. En todo ello ante un marco normativo manifiestamente insuficiente y deficiente.

El texto constitucional ex art. 28.2 impone la promulgación de una Ley Orgánica de garantía del derecho de huelga (que comprende también la conciliación de su ejercicio con el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad), pero esta Ley Orgánica no se ha aprobado aún. El hecho de que no se haya aprobado todavía supone una anomalía constitucional que desvirtúa el modelo de textura abierta (dentro de la obligada observancia del contenido esencial del derecho ex art. 53.1 CE) en la Constitución, al pervivir la regulación preconstitucional contenida en el RDLRT, que ha sido depurado constitucionalmente desde la STC 11/1981, de 8 de abril; de lo contrario, y sin este fuerte protagonismo "reconstructivo" (por vía de decisiones anulatorias, interpretativas y creativas o "sentencias normativas") llevado a cabo por el Tribunal Constitucional, el actual modelo legal no podría haber sobrevivido y superado el test de constitucionalidad, por contradecir abiertamente el contenido esencial del derecho de huelga y los condicionamientos y limitaciones que ello impone al legislador infraconstitucional de desarrollo de las previsiones constitucionales.

El Tribunal Constitucional había reclamado la intervención legislativa en desarrollo del mandato constitucional ex art. 28.2 CE, advirtiendo de "las consecuencias que produce en nuestro ordenamiento la falta de desarrollo del mandato que al legislador impone el art. 28.2 CE, lo que origina una puesta en peligro tanto de la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales como del ejercicio legítimo del derecho de huelga, lo que exige el establecimiento de procedimientos adecuados para asegurar la necesaria ponderación de los bienes constitucionales en juego"^[1]. Actualmente, cualquier regulación del derecho fundamental de huelga –en general y en particular a la delicada materia controvertida relativa a la huelga en servicios esenciales- deberá atender a la jurisprudencia constitucional y a la establecida por el Tribunal Supremo. Pero ya esa futura regulación legal tendrá que ir más lejos para hacer frente a la

incidencia que el uso empresarial de las nuevas tecnologías puede representar para las restricciones al ejercicio del derecho de huelga y al posible “vaciamiento” de su contenido esencial o una desactivación o aminoración de la capacidad de presión real asociada a su ejercicio (trabajo en plataformas digitales con las posibles “huelgas de desconexión”; el posible “esquirolaje tecnológico”^[2]; o la efectividad real del derecho de huelga en los supuestos de redes de empresa de subcontratación o de una pluralidad de empresas vinculadas^[3]).

La huelga es configurada como derecho, y como todo derecho subjetivo el derecho de huelga no es absoluto o incondicionado, sino que por el contrario supone deberes y responsabilidades para sus titulares, requiriendo que sea sometida tanto a «límites externos», derivados de la necesaria preservación de otros bienes, como a «límites internos», inherentes a su filosofía y a su configuración jurídica. Por lo demás, interesa anotar, como posible límite jurídico-político, la posibilidad de que el derecho constitucional de huelga puede ser objeto de suspensión cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución (art.55.1 CE). Es, ésta, una limitación importante que refleja explícitamente las reservas político-jurídicas del legislador constituyente sobre la huelga como medida de presión de relevancia sociopolítica^[4].

Por otra parte, el art.28.2 CE, siguiendo pautas internacionales, impone la necesidad de racionalizar el ejercicio del derecho de huelga. Para el Tribunal Constitucional la huelga no puede imponer el sacrificio de los intereses de los destinatarios de Servicios Esenciales.

El derecho de la comunidad (“usuarios” de los servicios) a estas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho de huelga (SSTC 11/1981, fj.18, 43/1990; 122/1990); lo que es matizado en el sentido de que es imprescindible ponderar las concretas circunstancias concurrentes en la huelga, así como las necesidades del servicio y la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que aquélla repercute, de modo que exista una razonable proporción entre los sacrificios impuestos a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de los servicios esenciales (STC 148/1993).

La fórmula del art.28. 2 CE es inexpresiva para determinar con exactitud el régimen jurídico de la huelga en servicios esenciales. La situación legal es anómala, primero, por la falta de legislación postconstitucional que realice una delimitación de lo que ha de entenderse como servicio esencial, y, segundo, porque está todavía vigente la regulación del RDLRT 17/1977, lo que —declarada discutiblemente su vigencia—, ha obligado al propio Tribunal Constitucional, desde la sentencia convalidante 11/1981, a establecer el perfil constitucional del ejercicio del derecho y de sus límites, especialmente en lo concerniente a la huelga en servicios esenciales de la comunidad. El art. 10.2 RDLRT (convalidado constitucionalmente por la STC 11/1981), establece que «cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de «servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad» y concurren circunstancias de especial gravedad, la autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas». Estos preceptos no resuelven «per se» las tres interrogantes fundamentales relativas a la determinación de los servicios esenciales para la comunidad, al tipo de medidas a adoptar y, en fin, a la autoridad que está legitimada para acordarlas (sin que se puedan adoptar de manera directa por la empresa, sin intervención de la autoridad competente: STS 174/2021, de 9 de febrero).

El Tribunal Constitucional, a diferencia de la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT, ha mantenido una concepción amplia (SSTC 11/1981, 26/1981, 51/1986, 53/1986, 8/1992, 148/1993, 362/1993, etcétera). El punto de partida es que la noción de servicios esenciales no puede establecerse atendiendo a la titularidad pública o privada del servicio (no se puede confundir servicio esencial con servicio público; STC26/1981), sino a través del carácter del bien satisfecho, y a los bienes e

intereses satisfechos: como bienes e intereses esenciales hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos (SSTC 26/1981, 51/1986 y 43/1990). La jurisprudencia del TS ha declarado la esencialidad de los servicios de transporte, sanidad, radiotelevisión y difusión, enseñanza, actividad parlamentaria, Administración Pública, Administración de Justicia, Ayuntamientos, etc. Esta enumeración es sólo aproximativa, pero no se puede olvidar que la delimitación del carácter esencial de determinados servicios dependerá mucho de todas las circunstancias del caso, ámbito y duración de la huelga, entre otros aspectos. En estos supuestos, debe buscarse un equilibrio y ponderación entre los intereses en presencia, de manera que la fijación de los servicios mínimos por la autoridad gubernativa no sean abusivos, pues ello tendría el efecto disfuncional de restringir de modo injustificado el ejercicio legítimo del derecho de huelga; la limitación del derecho de huelga debe ser la estrictamente indispensable para satisfacción de los derechos o bienes constitucionales. En todo caso, la huelga tiene que mantener su carácter de medio de presión eficaz frente a la contraparte, pública o privada (cfr. SSTC 183/2006, 184/2006 y 193/2006).

Como ha declarado la STC 2/2022, de 24 de enero, cuando la huelga afecta a servicios esenciales de la Comunidad se ha de partir de la legitimidad del derecho de huelga también en tales casos, pero garantizando unos servicios mínimos en servicios esenciales. De tal manera que exista una ponderación entre la lógica de la huelga y su efectividad, y el mantenimiento de los servicios esenciales. En otros términos: los límites al derecho fundamental de huelga deben fijarse con arreglo a los principios de racionalidad, justificación objetiva y proporcionalidad. En la controversia enjuiciada se declara la vulneración del derecho de huelga debido a que la Administración estableció unos servicios mínimos desproporcionados y sin que llevara a cabo una justificación objetiva y razonable. Tras analizar la doctrina general en torno a la motivación y proporcionalidad en los servicios mínimos, se considera que, con respecto a ambos requisitos, no se han cumplido las exigencias constitucionales y, por otro lado, en respeto al principio de subsidiariedad, retrotrae actuaciones para que sean los órganos judiciales ordinarios los que se pronuncien sobre la procedencia o improcedencia de la indemnización pretendida, así como, en su caso, sobre su alcance. En efecto, En el Fallo de la STC se declara que Otorgar el amparo al sindicato Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores de España, y, en consecuencia:

1.º Reconocer el derecho del sindicato demandante de amparo a la huelga (art. 28.2 CE).

2.º Restablecer su derecho y, a tal fin, anular la resolución de la Secretaría de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda del Ministerio de Fomento de 30 de noviembre de 2017; la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de junio de 2018, pronunciada en el procedimiento de derechos fundamentales núm. 10-2017; y la providencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2019, pronunciada en el recurso de casación núm. 574-2019.

3.º Ordenar la retroacción de las actuaciones al momento de pronunciarse la primera de las resoluciones judiciales anuladas para que, una vez declarada la nulidad de la resolución administrativa impugnada, se resuelva sobre el resto de pretensiones deducidas el recurso contencioso-administrativo y, singularmente, sobre la pretensión indemnizatoria.

Dentro del acervo jurisprudencial, se dispone ya de doctrina constitucional consolidada sobre la motivación y proporcionalidad de los servicios mínimos en el ejercicio del derecho de huelga (art. 28.2 CE)^[5]. Conforme a la jurisprudencia constitucional la principal técnica que viene utilizándose para garantizar el mantenimiento de los referidos servicios esenciales es la de la fijación de los servicios mínimos a cumplir por los trabajadores (STC 45/2016, de 14 de marzo, FJ 3).

Esta materia plantea, entre otras, una controversia sobre las exigencias de motivación y proporcionalidad vinculadas al carácter restrictivo que tiene la determinación de los servicios mínimos para el ejercicio del derecho de huelga. Los principales pronunciamientos en la materia, que toman como referencia la STC 11/1981, de 8 de abril, en cuyo fundamento jurídico 18, con ocasión del recurso de inconstitucionalidad promovido contra diversos preceptos del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, el Tribunal se pronunció sobre el alcance de la citada limitación del art. 28.2 CE, las SSTC 26/1981, de 17 de julio; 51/1986, de 24 de abril; 53/1986, de 5 de mayo; 27/1989, de 3 de febrero, FJ 4; 43/1990, de 15 de marzo; 122/1990, de 2 de julio, FJ 3, y 8/1992, de 16 de enero.

La jurisprudencia constitucional sobre esta cuestión que puede resumirse así:

a) La posibilidad establecida en el art. 28.2 CE de que se regulen las garantías precisas para asegurar en caso de huelga el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad determina que el derecho de huelga puede ser limitado cuando su ejercicio sea susceptible de impedir u obstaculizar el funcionamiento de servicios que atienden la garantía o el ejercicio de los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos. La consideración de un servicio como esencial no significa, sin embargo, la supresión del derecho de huelga de los trabajadores ocupados en tal servicio, sino la previsión de las garantías precisas para su mantenimiento, lo que implica la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual.

b) La determinación de las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad no puede ponerse en manos de ninguna de las partes implicadas en el conflicto colectivo que supone la huelga, sino que debe ser sometida a un tercero imparcial. Su atribución a la autoridad gubernativa es la manera más lógica de cumplir el mandato constitucional, si bien queda limitada por consideraciones materiales –las garantías establecidas no pueden vaciar de contenido el derecho de huelga o rebasar la idea de su contenido esencial– y formales –el control jurisdiccional de dichas decisiones sobre el mantenimiento de los servicios esenciales–, de todo lo cual se infiere que su establecimiento debe obedecer a un criterio restrictivo.

La consideración de un servicio como esencial no puede implicar la supresión del derecho de huelga de los trabajadores ocupados en tal servicio. La limitación del derecho de huelga que consiente el art. 28.2 CE en garantía del mantenimiento de esos servicios esenciales para la comunidad solo alcanza a establecer la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar su funcionamiento normal (así, por ejemplo, SSTC 53/1986, de 5 de mayo, FJ 3; 27/1989, de 3 de febrero, FJ 1, o 183/2006, de 19 de junio, FJ 3).

Esto es consecuencia de que en el conflicto de intereses constitucionales que confluyen en los supuestos en que el derecho de huelga se proyecta sobre servicios esenciales de la comunidad resulta preciso propiciar el mínimo de sacrificio para los intereses constitucionales enfrentados, lo que habitualmente implica simultáneamente la limitación del derecho de huelga, imponiendo unos servicios mínimos a los trabajadores que eventualmente pudieran ejercer ese derecho en protección de los intereses constitucionales que se preservan con el servicio esencial, con la limitación en el normal desarrollo del servicio esencial de la comunidad afectado, permitiendo que su prestación se produzca con una cobertura solo mínima en protección del derecho de huelga de los trabajadores que prestan ese servicio (al respecto, STC 27/1989, de 3 de febrero, FJ 1).

En este contexto, la exigencia constitucional de motivación que para la limitación del derecho de huelga supone el establecimiento de garantías para la prestación del servicio esencial de la comunidad impone que la autoridad gubernativa, como en todo juicio de proporcionalidad, haga una precisa identificación de los intereses que deben

preservarse con la medida limitativa, de la necesidad de esta preservación y del nivel de preservación que debe ser aplicado.

c) La decisión de la autoridad gubernativa en la determinación de las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, en la medida en que implica una limitación en el libre ejercicio de un derecho fundamental, debe ser objeto de motivación tras una ponderación y valoración de los bienes o derechos afectados, del ámbito personal, funcional o territorial de la huelga, de la duración y demás características de esta medida de presión y, en fin, de las restantes circunstancias que concurran en su ejercicio y que puedan ser de relevancia para alcanzar el equilibrio más ponderado entre el derecho de huelga y los restantes bienes afectados (comunidad afectada, existencia o no de servicios alternativos, etc.).

d) La finalidad de esta exigencia de motivación es la de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó y para que, en su momento, los órganos judiciales puedan fiscalizar adecuadamente la corrección constitucional del acto del poder público valorando su razonable ajuste a las circunstancias y la observancia de la regla de la proporcionalidad de los sacrificios.

e) La motivación del acto gubernativo en que se determinan las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad puede responder a criterios de concisión y claridad propios de la actuación administrativa al poner de manifiesto el motivo o fundamento acerca de la esencialidad del servicio, las características de la huelga convocada, los bienes que pueden quedar afectados o los trabajos que no pueden sufrir interrupción o cuya prestación debe mantenerse en alguna medida. Sin embargo, el deber de motivación no puede entenderse cumplido con el simple uso de fórmulas genéricas de las cuales no puedan derivarse criterios para enjuiciar la ordenación y proporcionalidad de la restricción que se impone al ejercicio del derecho de huelga y el defecto de motivación no puede entenderse subsanado si en un proceso posterior la autoridad gubernativa aporta todos los datos técnicos o jurídicos posibles para apoyar su decisión.

El TC ha reconocido la constitucionalidad del párrafo 2.º del art.10 RDLRT «que atribuye a la «Autoridad Gubernativa» (no a la «Autoridad Laboral») la potestad de dictar las medidas necesarias para determinar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, en cuanto que el ejercicio de esta potestad está sometida a la jurisdicción de los Tribunales de Justicia y al recurso de amparo de este Tribunal» (SSTC 11/1981, fj.2, y 8/1992, fj.2). En general los reglamentos (decretos) sobre estos servicios se refieren a la protección de derechos y libertades públicas de los ciudadanos, y que por ello sólo la autoridad gubernativa puede tomar (SSTC27/1989, 237/1997); esta facultad puede desconcentrarse, en órganos públicos inferiores; también se puede remitir la concreta fijación o puesta en práctica de los servicios a instituciones derivadas de la autonomía colectiva o hacer suyas las propuestas de las partes en conflicto (SSTC 26/1981, 27/1989, 8/1992,fj.4). Parece evidente que al asignar la decisión a un tercero imparcial queda excluida la posibilidad del establecimiento de un sistema de autorregulación sindical del derecho de huelga. Pero es perfectamente compatible con las varias fórmulas de autorregulación mixta, o regulación efectuada mediante las técnicas de combinación entre fuentes autónomas y heterónomas.

El TC impone límites al uso de la potestad gubernativa:

—Los servicios mínimos tenían, según la STC 11/1981, que ser impuestos caso por caso, aunque ya existen decretos «permanentes» (estándar) para determinados sectores. Regulación que, sin embargo, resulta muy discutible, por lo que a continuación se indica.

—Especialmente importante es, la necesidad de su motivación, lo cual sirve al doble fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó (STS 20.2.1998, y SSTC 43/1990, 8/1992) y los intereses a los que se

sacrificó (STC 26/1981, fj.14), y, en segundo lugar, a que puedan defenderse ante los órganos judiciales (STC 27/1989,fj.4). No se ha exigido que la consulta-negociación previa constituya una condición de validez del acto administrativo de imposición de los servicios mínimos. Se admite que la «previa negociación» con las partes en conflicto no está excluida, e incluso que puede ser deseable, pero recordando que esa previa negociación no es un requisito indispensable para la validez de la decisión administrativa desde el plano estrictamente constitucional, por lo que, vuelve a concluir que «a la autoridad gubernativa sólo toca decidir» (STC 51/1986, fj.3).

Cuestión también controvertida es la selección de los trabajadores concretos. Ésta puede ser confiada a los órganos de dirección y gestión de la empresa afectada (SSTC53/1986, 27/1989), aunque también puede ser la autoridad responsable la que adopte esta decisión. Pero puede estimarse más idónea que fueran los representantes de los trabajadores y la parte empresarial los que determinen quiénes son los trabajadores que tienen que atender las actividades correspondientes, y lo harán en función de las circunstancias que la huelga en cada momento requiera. No parece adecuada la opción del Tribunal Constitucional de que sea la propia empresa la que elija qué trabajadores han de prestar los servicios mínimos.

—Los desacuerdos, y, por tanto, los conflictos que se susciten sobre la determinación de los servicios mínimos para asegurar los servicios esenciales no se han incluido dentro del ámbito de aplicación de los sucesivos ASEC y del actual VI ASAC.

—Los actos de fijación de servicios mínimos pueden ser impugnados en vía jurisdiccional para poder hacer frente a posibles extralimitaciones y excesos en la fijación de servicios mínimos (SSTC 148/1993, fj. 4; 11/1981, fj. 18). Debe señalarse que a pesar de que el bloque normativo regulador de la huelga pertenece a la «rama social del derecho», hoy en día el control judicial sobre las correspondientes decisiones de imposición de servicios mínimos corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por tanto, la jurisdicción laboral sólo será competente en relación a esta materia en los siguientes supuestos: para resolver conflictos entre trabajadores y empresarios (STS de 27 de noviembre de 1999), cuando se suscite un conflicto sobre la posible vulneración por parte del ejercicio del derecho de huelga, garantizado por el art. 28.2 CE, una vez que ya estén fijados los servicios mínimos por la autoridad gubernativa (STS de 12 de marzo de 1997), e incluso la decisión gubernativa puede ser conocida indirectamente por la jurisdicción social si utiliza la vía de la defensa de los derechos fundamentales, frente a la entidad gestora del servicio (STS de 21 de octubre de 1995). Esta atribución de competencia jurisdiccional, determina que se produzca un fraccionamiento de los órdenes jurisdiccionales competentes para conocer de dos cuestiones muy vinculadas entre sí: de una parte el contencioso administrativo se utiliza para la aprobación de normas autorizadas por la autoridad gubernativa en materia de servicios esenciales y mínimos; y de otra, el orden social se usa para el reconocimiento de las reclamaciones presentadas por los trabajadores sancionados con motivo de la huelga. Es posible pensar que la opción de política legislativa más conveniente es que todos los litigios que surjan en la aplicación de este grupo normativo correspondan al orden jurisdiccional social.

En la STS Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo 199/2023, de 16 febrero, Rec. de casación núm. 7222/2020, se debate sobre la jurisdicción competente -social o contenciosa- para impugnar los servicios mínimos fijados por la Autoridad Gubernativa, delimita la competencia en esta materia entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción laboral, estableciendo, las siguientes reglas: En primer lugar, cuando se impugnen los servicios mínimos, impuestos por la autoridad gubernativa competente, la competencia para conocer el litigio corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. En segundo lugar, cuando se cuestiona un comportamiento empresarial, relacionado con la ejecución de los servicios mínimos, el conocimiento del litigio corresponde a la jurisdicción social. Una consecuencia de esa dualidad jurisdiccional conduce a que el plazo de prescripción para reclamar en el

orden social no puede activarse hasta la firmeza de la sentencia dictada en vía contenciosa^[6].

-Las sentencias TC 183/2006, de 19 junio, y 2/2022, de 24 enero^[7], sintetiza la doctrina constitucional sobre la materia:

A) La posibilidad establecida en el art. 28.2 CE de que se regulen las garantías precisas para asegurar en caso de huelga el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad determina que el derecho a la huelga puede ser limitado cuando su ejercicio sea susceptible de impedir u obstaculizar el funcionamiento de servicios que atienden la garantía o el ejercicio de los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos. La consideración de un servicio como esencial no significa, sin embargo, la supresión del derecho a la huelga de los trabajadores ocupados en tal servicio, sino la previsión de las garantías precisas para su mantenimiento, lo que implica la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual.

Por otra parte, STC 296/2006, de 11 de octubre, indica que, "a la hora de garantizar los servicios esenciales de la comunidad, la autoridad gubernativa no puede velar por los meros intereses empresariales de las empresas o entes que prestan el servicio, sino que su tarea se endereza única y exclusivamente a preservar los derechos o bienes constitucionales que satisface el servicio en cuestión, haciéndolos compatibles con el ejercicio del derecho a la huelga".

Por su parte, la STC 184/2006, de 19 junio; 193/2006, de 19 junio^[8]; y 191/2006, de 19 junio, entre otras, explican que la falta de la inexcusable Ley postconstitucional no puede valer para adoptar actitudes de tolerancia respecto de la utilización de criterios restrictivos del ejercicio del derecho (a la huelga) y de la laxitud de sus limitaciones establecidas por la autoridad gubernativa. El Alto Tribunal argumenta que no puede suprimirse el derecho a la huelga de los trabajadores ocupados en el servicio esencial, por lo que deben excluirse las garantías ordenadas al funcionamiento normal, mantener un servicio implica la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual. 2.- Las sentencias del TC 233/1997, de 18 diciembre y 296/2006, de 11 de octubre, indican que, "a la hora de garantizar los servicios esenciales de la comunidad, la autoridad gubernativa no puede velar por los meros intereses empresariales de las empresas o entes que prestan el servicio, sino que su tarea se endereza única y exclusivamente a preservar los derechos o bienes constitucionales que satisface el servicio en cuestión, haciéndolos compatibles con el ejercicio del derecho a la huelga".

B) La determinación de las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad no puede ponerse en manos de ninguna de las partes implicadas en el conflicto colectivo que supone la huelga, sino que debe ser sometida a un tercero imparcial. Su atribución a la autoridad gubernativa es la manera más lógica de cumplir el mandato constitucional, si bien queda limitada por consideraciones materiales -las garantías establecidas no pueden vaciar de contenido el derecho a la huelga o rebasar la idea de su contenido esencial- y formales -el control jurisdiccional de dichas decisiones sobre el mantenimiento de los servicios esenciales-, de todo lo cual se infiere que su establecimiento debe obedecer a un criterio restrictivo".

En el caso examinado quizás debería atenderse más al sentido del pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (con sede en Sevilla), que, recuérdese, declaraba en el fallo: "Desestimamos la excepción de falta de acción, aducida por la parte demandada y estimando en parte la demanda formulada por el Letrado D. Juan Pedrosa González en nombre de D. Luis María , representante a su vez de la Sección Sindical de CCOO en Canal Sur Radio y Televisión, S.A. y del Comité de Huelga, declaramos que los trabajadores que debían cubrir los servicios mínimos en la huelga convocada para los días 22 y 23 de diciembre de 2020 sólo

estaban obligados a informar sobre las medidas adoptadas frente al coronavirus, condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración y a abonarle a la parte actora una indemnización de 10.000 euros".

Y ello porque en el supuesto controvertido no se discutía la esencialidad del servicio y su cobertura ponderada de los intereses y bienes constitucionalmente relevantes en juego a través del instrumento de los "servicios mínimos" en servicios esenciales (carácter "mínimo" que ya de por sí pone de manifiesto que la cobertura no puede ser ni total ni de tal magnitud que neutralice las perjuicios que son connaturales al derecho fundamental de huelga), sino el alcance de los mismos^[9], pues según queda acreditado la controversia se centraba en el tipo de informaciones que se consideraban urgentes especialmente vinculadas sobre todo al contexto del Covid-19, excluyendo las transmisión de informaciones que ni eran calificables como urgentes o vinculadas a la situación del Covid-19.

Ello hubiera permitido al Tribunal Supremo entrar en la misma acomodación a Derecho de la resolución dictada por la Dirección General de Trabajo y Bienestar Laboral (sic.) estableciendo los servicios mínimos para garantizar el funcionamiento del servicio público que presta la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA) y sus sociedades filiales. Canal Sur Radio y Televisión, S.A., señalando como tales los consignados en su Anexo, esto es, "los de la producción y emisión de la programación informativa relevante, en formato reducido, entendiéndose por tales los Boletines Informativos y Diarios en radio y los Avances Informativos y Diarios en televisión, que permita en todo caso difundir las declaraciones o comunicaciones oficiales de interés público, con el personal estrictamente necesario para ello"^[10]. Términos de cobertura informativa ciertamente muy amplios, que deberían ser, por lo demás, objeto de justificación por la autoridad que dicta la resolución dada precisamente esa amplitud, y teniendo en cuenta que la fijación de los servicios mínimos debe ser proporcionada, es decir, buscando un equilibrio entre la satisfacción de los bienes jurídicos que protegen el interés general de los ciudadanos a recibir información del servicio público informativo y la efectividad, en términos razonables y ponderados, del derecho de huelga en servicios esenciales para la comunidad. No debe olvidarse que los servicios mínimos es un concepto de finalidad precisa, pero también cabe decir que no es un concepto del alcance uniforme, sino necesariamente flexible y adaptable a las características del servicio y al contexto circunstancial en que ese se lleve a cabo. De este modo, tendríamos una motivación jurídica de la Sentencia (art. 120.3 de la Constitución) más elaborada de la sentencia objeto de examen. Una sentencia, ésta, que sí realiza un previo y oportuno acopio relevante de la doctrina jurisprudencial consolidada tanto del Tribunal Constitucional como del propio Tribunal Supremo.

Atendiendo a los hechos probados, la Dirección de la empresa entregó a los representantes del personal la relación de trabajadores designados para la cobertura de los servicios mínimos mediante documento, sin que conste que haya habido una audiencia previa ni un intento prudente de buscar, con carácter previo a su establecimiento, un acuerdo con el comité de huelga o el sindicato convocante. En los días de desarrollo de la huelga (22 y 23 de diciembre de 2020) en Canal Sur TV se emitieron dos programas informativos a las 14,30 y a las 20,30 horas en formato reducido de 20 minutos de duración cada uno, en lo que se difundieron noticias de interés relevante pero sin circunscribirse a las relacionadas con la COVID-19, "para lo que fue precisa la intervención de trabajadores designados para la cobertura de los servicios mínimos que se habían sumado a la huelga".

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla 1084/2021, de 15 de abril (procedimiento 13/2021), declaró que los trabajadores que debían cubrir los servicios mínimos en la huelga convocada para los días 22 y 23 de diciembre de 2020 solo estaban obligados a informar sobre las medidas adoptadas frente al coronavirus. Condenó a Canal Sur Radio y Televisión SA a abonar a los actores una indemnización de 10.000 euros. No es baladí hacer notar, en este

contexto, que el Ministerio Fiscal el emitió el Informe pertinente en el sentido de interesar que se declare la improcedencia del recurso.

Es manifiesto que esta sentencia no carece de motivación, pues se indica nítidamente que:

“A juicio de esta sala, la emisión de noticias de interés relevante en dos breves informativos diarios de 20 minutos de duración cada uno, se ajusta a los servicios mínimos fijados por la autoridad laboral (sic) y no vulnera el derecho fundamental a la huelga. Se consigue así salvaguardar tanto el derecho fundamental a la huelga, que no queda vacío de contenido por esos breves informativos; como el derecho a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión, que opera como límite del derecho a la huelga.

El servicio público de la televisión autonómica andaluza proporcionó información relevante durante la emergencia de salud pública causada por la COVID-19. Aun cuando se incluyeran algunas noticias relevantes que no estaban directamente relacionadas con la COVID-19, en dicha situación de emergencia sanitaria, inmediatamente antes de la Navidad, el derecho fundamental a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión justifica que la televisión pública andaluza informase a los ciudadanos de las noticias más importantes durante esos breves lapsos temporales, que en modo alguno vaciaron de contenido el derecho a la huelga. En consecuencia, procede estimar los dos primeros motivos del recurso que, por su interconexión, se examinan conjuntamente, revocando la sentencia de instancia”.

Pero el conjunto de los antecedentes recogidos oportunamente en la misma sentencia aquí analizada conduciría a que hubiera sido necesario y congruente pronunciarse expresamente sobre este aspecto, con independencia de que se coincidiera o no con el criterio hermenéutico de interpretación mantenido por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Sería preciso examinar en el caso concreto la adecuación a Derecho de la concreción y alcance de los “servicios *mínimos*” atendiendo a los principios hermenéuticos de proporcionalidad^[11] y motivación^[12] –como garantías del derecho de huelga- que constituyen requisitos exigibles para la validez jurídica y legitimidad de la resolución de la autoridad competente (“Autoridad gubernativa” ex art. 10, párrafo 2º, RD-ley 1/1977).

X. Apunte final

La posibilidad establecida en el art. 28.2 CE de que se regulen las garantías precisas para asegurar en caso de huelga el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad determina que el derecho a la huelga puede ser limitado cuando su ejercicio sea susceptible de impedir u obstaculizar el funcionamiento de servicios que atienden la garantía o el ejercicio de los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos. La consideración de un servicio como esencial no significa, sin embargo, la supresión del derecho a la huelga de los trabajadores ocupados en tal servicio, sino la previsión de las garantías precisas para su mantenimiento, lo que implica la prestación de los servicios de los trabajadores necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual, pues de lo contrario la huelga carecería de efectividad.

Ahora bien: la decisión de la autoridad gubernativa en la determinación de las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, en la medida en que implica una limitación en el libre ejercicio de un derecho fundamental, debe ser objeto de motivación tras una ponderación y valoración de los bienes o derechos afectados. Se trata de buscar un equilibrio y ponderación entre los intereses en presencia, de manera que la fijación de los servicios mínimos por la autoridad gubernativa no sea abusiva o excesiva, pues el ejercicio del derecho

fundamental de huelga tiene que mantener su carácter de medio de presión eficaz frente a la contraparte. Para ello el mismo criterio de proporcionalidad no puede ser aplicado de manera genérica e invariable a todas las situaciones de huelga. Efectivamente, su utilización dependerá de factores como la naturaleza de los derechos de los ciudadanos o usuarios que se tratan de proteger mediante la fijación de los servicios mínimos, duración de la huelga, etcétera^[13].

XI. Bibliografía

ARGÜELLES BLANCO, A.R.: *Derecho de huelga y determinación de los servicios mínimos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

BAYLOS GRAU, A.: *Derecho de huelga y servicios esenciales*, Madrid, Tecnos, 1988.

BAYLOS GRAU, A.: *Servicios esenciales, servicios mínimos y derecho de huelga*, Albacete, Bomarzo, 2018.

CASAS BAAMONDE, M.E., «25 años de jurisprudencia constitucional social: huelga en servicios esenciales y responsabilidad política», *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, 2/2010.

FERNÁNDEZ PROL, F.: *La huelga en los servicios esenciales de la Comunidad. Algunas propuestas sobre un modelo de regulación*, Madrid, CES, 2005.

GARCÍA BLASCO, J.: *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, Barcelona, Bosch, 1983.

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “EL derecho de huelga: un derecho fundamental acorralado”, Lección Inaugural del Curso Académico 2017/2018. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

<https://www.upo.es/cms1/export/sites/upo/protocolo/documentos/Leccion-Inaugural-Santiago-Gonzalez-Ortega.pdf>

MATÍA PRIM, J., SALA FRANCO, R., VIDA SORIA, J.: *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Madrid, Civitas, 1982.

MONEREO PÉREZ, J. L.: “La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (I y II)”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 27-28, 1993.

MONEREO PÉREZ, J. L.: “La huelga (artículo 28.2 CE)”, en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002.

MONEREO PÉREZ, J. L.: “El modelo normativo de huelga en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en CABEZA PEREIRO, J. y MARTÍNEZ GIRÓN, J. (Coords.): *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Díéguez*, Murcia, Laborum, 2008.

MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.): *Derecho de huelga y conflictos colectivos: estudio crítico de la doctrina jurídica*, Granada, Comares, 2002.

MONEREO PÉREZ, J. L., y ORTEGA LOZANO, P.G.: *Configuración y régimen jurídico: Configuración y régimen jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Thompson-Aranzadi, 2019.

MORENO VIDA, M. N.: *La huelga en servicios esenciales*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2007.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “El ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad”, en VV.AA.: *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en*

Homenaje al profesor Gonzalo Diéguez, Cabeza Pereiro, J. y Martínez Girón (Coords), Murcia, Laborum, 2008.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (Dir.) y MONREAL BRINGSVAERD, E. (Coord.) *et al: Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (Régimen legal y jurisprudencial de la huelga, el cierre patronal y el conflicto colectivo)*, Madrid, La Ley, 2014.

ROJO TORRECILLA, E.: "Vulneración del derecho constitucional de huelga por fijación de servicios mínimos desproporcionados", en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Número 3, 2022.

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2022-00000001740

TORRENTE GARI, S.: *El ejercicio del Derecho de Huelga y los servicios esenciales*, Barcelona, Cedecs, 1996.

SALA FRANCO, T. y FITA ORTEGA, F.: "El derecho de huelga", en SALA FRANCO, T. (Coord.): *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral*, Madrid, Francis Lefebvre, 2018.

SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Sobre el modo de impugnar los servicios mínimos y sus lesivas consecuencias", en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3 (2023). https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2023-00000002371

VIVERO SERRANO, J. B.: *La huelga en los servicios esenciales*, Valladolid, Lex Nova, 2002.

VV.AA.: *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en Homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*, Cabeza Pereiro, J. y Martínez Girón (Coords), Murcia, Laborum, 2008.

VV.AA.: Número monográfico de la *Revista de Estudios Económicos* dedicada a la regulación del derecho de la huelga, 2-3, 2010.

Referencias:

1. ^ SSTC 123/1990, de 2 de julio (RTC 1990/123), y 183/2006, de 19 de junio (TC 2006/183). También la STS de 17 de diciembre de 1992, RJ 1992/100/46. Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: "La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (I y II)", en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 27-28, 1993; *Ibid.*, "La huelga (artículo 28.2 CE)", en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002; *Ibid.*, MONEREO PÉREZ, J. L.: "El modelo normativo de huelga en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en CABEZA PEREIRO, J. y MARTÍNEZ GIRÓN, J. (Coords.): *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*, Murcia, Laborum, 2008; CASAS BAAMONDE, M.E.: "25 años de jurisprudencia constitucional social: Huelga en servicios esenciales y responsabilidad política", en *Relaciones Laborales*, núm. 23, 2010, y la bibliografía citada más adelante en este comentario.
2. ^ *Sobre la que se han producido oscilaciones significativas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*. Así, STC

- 17/2017, de 2 de febrero (Telemadrid) ; STS de 13 de julio de 2017, y otras que le han seguido en la misma dirección.
3. ^ Puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J. L., y ORTEGA LOZANO, P.G.: *Configuración y régimen jurídico: configuración y régimen jurídico, Cizur Menor (Navarra), Thompson-Aranzadi, 2019, págs. 382 y sigs. ("Derecho de huelga y nuevas tecnología: a propósito del esquirolaje interno y tecnológico")* y págs. 405 y sigs. ("*La huelga en grupos de empresas y redes empresariales: a propósito del esquirolaje externo*"), y la bibliografía allí citada.
 4. ^ *Reténgase que el propio Tribunal Constitucional admitió la legitimidad de las huelgas sociopolíticas al amparo de los artículos 28.2 y 7 CE. En este sentido MONEREO PÉREZ, J. L.: "La constitucionalidad de las huelgas sociopolíticas (a propósito de la STC 36/1993, de 8 de febrero)", en VV.AA.: Homenaje al profesor Juan García Abellán, Murcia, Universidad de Murcia, 1994, págs. 223 y sigs.*
 5. ^ Cfr. Fj. 3º y 5º de la STC 2/2022, de 24 de enero.
 6. ^ SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Sobre el modo de impugnar los servicios mínimos y sus lesivas consecuencias", en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3 (2023). https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2023-00000002371
 7. ^ *Un comentario a esta última STC 2/2022, en ROJO TORRECILLA, E.: "Vulneración del derecho constitucional de huelga por fijación de servicios mínimos desproporcionados", en Revista de Jurisprudencia Laboral, Número 3, 2022. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2022-00000001740*
 8. ^ *La sentencia del TC 183/2006, de 19 junio, examinó los límites del derecho fundamental a la huelga en el ámbito de la gestión indirecta de los servicios públicos esenciales de radiodifusión sonora y de televisión. El TC argumentó: "la salvaguarda del derecho a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión [art. 20.1 d) CE] puede operar como límite de aquel derecho (a la huelga) a la hora de definir los servicios esenciales y los servicios mínimos en relación con una huelga concreta." El Alto Tribunal hizo hincapié en que se trataba de información que podía emitirse con posterioridad a la jornada de huelga de veinticuatro horas, sin menoscabo alguno del derecho a comunicar o recibir información, porque estaba desprovista de la actualidad e inmediatez necesarias que pudieran justificar en principio la restricción del derecho de huelga. A continuación, el TC explicó que la actividad televisiva previamente grabada, desprovista de todo contenido e interés informativo, en nada concierne al derecho a comunicar y recibir información del art. 20.1.d) de la Constitución. Por ello, la emisión de una programación previamente grabada dentro de los horarios habituales de difusión persigue la no interrupción del servicio de la radiodifusión sonora y de la televisión. También se vulneró el derecho fundamental a la huelga al fijar como servicio mínimo "la producción y emisión de la normal programación informativa [...] mantener un servicio implica la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual".*
 9. ^ *Sobre el alcance de la determinación de servicios mínimos en estos casos, véase SSTC 26/1981, de 17 de julio, y 33/1981, de 5 de noviembre; doctrina que, lógicamente, se iría perfilando después en sucesivos pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal.*
 10. ^ *En el texto de la referida resolución se puso de manifiesto que para la fijación de los servicios mínimos se habían tenido en cuenta las siguientes*

valoraciones específicas: “ El servicio público afectado por la convocatoria de huelga, esto es, el derecho a comunicar o recibir libremente información, es un derecho fundamental previsto en el art. 20.1.d) de la Constitución Española. El carácter de servicio esencial público esencial de la comunicación audiovisual está reconocido legal y constitucionalmente, con base en el ejercicio de los derechos fundamentales a comunicar y recibir libremente información veraz. En las circunstancias excepcionales que vivimos por la pandemia producida por el SARS-COV-2 es necesario la máxima difusión a las medidas aprobadas por las autoridades públicas de la Junta de Andalucía en relación con la restricción de la movilidad y circulación de las personas para contener la propagación de infecciones, así como toda decisión que se adopte por las autoridades sanitarias. La Ley 7/2010, de 31 de marzo. General de la Comunicación Audiovisual determina en su artículo 40.1 que “El servicio público de comunicación audiovisual es un servicio esencial de interés económico general”, en los mismos términos el artículo 44.1 de la Ley 10/2018, de 9 de octubre, Audiovisual de Andalucía, define el servicio público de comunicación audiovisual en Andalucía como un servicio esencial de titularidad pública para la sociedad, de interés económico general. El carácter de servicio esencial tiene especial relevancia en la situación actual por la pandemia producida por el SARS-COV-2 Es necesario garantizar que las decisiones que adopten las autoridades sanitarias lleguen de manera inmediata a la ciudadanía y para ello se debe garantizar la efectividad de esta información a través de los medios de comunicación públicos dependientes de la Junta de Andalucía [...]. En el Anexo de la referida resolución se dispuso que “Corresponde a la empresa, con la participación del comité de huelga, la facultad de designar las personas trabajadoras que deban efectuar los servicios mínimos, velar por el cumplimiento de los mismos y la organización del trabajo correspondiente a cada una de ellas”.

11. ^ Sobre el principio de proporcionalidad, véase SSTC 148/1993, de 25 de abril, fj. 5, 66/1995, de 8 de mayo, 37/1998, fj. 8 y 9, 37/1998, de 17 de febrero, fj. 8, y 45/2016, de 14 de marzo, fj. 3. Se utiliza, sin embargo, una interpretación excesivamente amplia de los servicios mínimos, en la STS-SOC núm. 417/2023, de 9 de junio, rc. núm. 263/2021, en ella se contempla un supuesto de huelga de la sanidad de Cataluña y la fijación de servicios mínimos al tratarse de un servicio esencial para la comunidad, declarando que la orden que fija el contenido de los servicios mínimos garantiza el normal funcionamiento del servicio de coordinación de urgencias y de los sistemas de emergencia médicas. La empresa fijó unos servicios mínimos del 100% del personal de turno y horario. Se limitó a cumplir los servicios fijados por la autoridad. La empresa no vulneró el derecho fundamental a la huelga. Este criterio no parece corresponderse con la doctrina establecida, paradigmáticamente, en la STC 2/2022 de 24 de enero, que declara la vulneración del derecho fundamental de huelga en el Sistema de Emergencias Médicas (SEM), al fijarse por la Administración un nivel de servicios mínimos desproporcionados y sin llevar a cabo una justificación objetiva y razonable.
12. ^ Respecto a la exigencia de motivación, véase STS, Sala Contencioso-Administrativa 7902/2011, de 25 de noviembre; STC 193/2006, de 19 de junio, fj. 2.
13. ^ STS 13 de junio de 1990, RJ 1990, 5094.

§ 78 Proceso de tutela de derechos fundamentales y acción procesal de condena al abono de prestaciones de Seguridad Social (del complemento de maternidad solicitado por un varón).

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional

Resumen: La STJUE de 12 de diciembre de 2019, WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social, C-450/2018, declaró que el artículo 60.1 de la Ley General de la Seguridad Social, que completaba las pensiones contributivas de las mujeres con un complemento por su maternidad, denominado por “su aportación demográfica a la Seguridad Social”, discriminaba directamente a los hombres, a lo que se oponía el Derecho de la Unión Europea. La sentencia de la Sala de lo Social Tribunal Supremo determina que el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas es modalidad procesal adecuada al ejercicio por un pensionista varón de sus pretensiones de cese de la conducta discriminatoria y de condena al Instituto Nacional de la Seguridad Social al abono del complemento de maternidad.

Palabras clave: Proceso de tutela de derechos fundamentales. Reclamaciones de prestaciones de Seguridad Social. Entidades gestoras de la Seguridad Social. Complemento de aportación demográfica. Varones. Discriminación por sexo.

Abstract: The STJUE of December 12, 2019, WA c. National Social Security Institute, C-450/2018, declared that article 60.1 of the General Social Security Law, which supplemented women's contributory pensions with a supplement for their maternity, referred to as "their demographic contribution to social security", discriminated directly to men, which was opposed by European Union law. The judgment of the Social Division of the Supreme Court determines that the special procedure for the protection of fundamental rights and public freedoms is a procedural procedure appropriate to the exercise by a male pensioner of his claims for cessation of discriminatory conduct and condemns the National Social Security Institute to pay the maternity allowance.

Keywords: Fundamental rights protection process. Process claims for Social Security benefits. Social Security management agencies. Demographic contribution complement. Men. Discrimination by sex.

I. Introducción

La sentencia establece una nueva consecuencia, de orden procesal, de la declaración por la STJUE de 12 de diciembre de 2019, WA, C-450/18^[1], de la oposición del Derecho de la Unión Europea, en concreto, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, al art.

60.1 de la Ley General de Seguridad Social – procedente de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de presupuestos generales del Estado para el año 2016, que incorporó un nuevo artículo 50 bis al texto refundido de la LGSS de 1994, el art. 60 del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en vigor desde 2 de enero de 2016, si bien el complemento por maternidad del art. 60 se aplicó a las pensiones contributivas causadas a partir de 1 de enero de 2016 (disp. final única LGSS)-, que reconocía el derecho a un complemento de pensión a las mujeres beneficiarias de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente con al menos dos hijos biológicos o adoptados, sin reconocérselo a los hombres en una situación idéntica; complemento con naturaleza jurídica de pensión pública contributiva a todos los efectos. La norma legal española producía una discriminación directa por razón de sexo masculino, contraria al art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE, que prohíbe toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, en lo relativo al cálculo de las prestaciones.

Para aplicar la STJUE de 12 de diciembre de 2019, WA, C-450/18, el art. 60 LGSS fue modificado por el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, bajo el título “Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”, causada en el importe de las pensiones de las mujeres por los perjuicios causados en sus carreras de cotización por el nacimiento y cuidado de hijos. La modificación legislativa reiteró el recurso a la configuración de una acción positiva en beneficio de las mujeres, para reducir la brecha de género y lograr la igualdad efectiva con los hombres, pero reconoció también el derecho al complemento, de igual naturaleza de pensión contributiva, a los hombres en determinados casos (causar pensión de viudedad) o cumpliendo ciertos requisitos en las pensiones contributivas de jubilación o incapacidad permanente; así, además de determinadas exigencias de cotización, si acreditan un perjuicio en sus carreras de cotización con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo o hija por la asunción de las tareas de cuidados, percibiendo el complemento la mujer si ninguno de los progenitores acredita el perjuicio en su carrera de cotización, o si, acreditándolo ambos, la suma de las pensiones reconocidas a la mujer es inferior a la suma de las pensiones que corresponda al otro progenitor [art. 60.1. b) LGSS]. Entró en vigor la nueva regulación legal, replicada en la disp. adicional 18ª del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado -y la transitoria sobre el mantenimiento del complemento por maternidad de la disp. transitoria 33ª LGSS por la disp. transitoria 14ª del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado-, el día siguiente a la fecha de su publicación oficial, lo que tuvo lugar el 4 de febrero de 2021.

En el caso de la sentencia comentada, en que estaba en vigor la regulación legal de complemento de maternidad o “por aportación demográfica” y se había dictado la STJUE de 12 de diciembre de 2019, WA, C-450/18, el varón solicitó pensión de jubilación, que le fue reconocida, y el complemento por aportación demográfica, que le fue denegado, por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. La sentencia determina que la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales es adecuada para el ejercicio de la pretensión de condena al INSS al abono del complemento de maternidad a un varón.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 540/2023, de 19 de julio.

Tipo y número recurso: RCUd núm. 3106/2022.

ECLI:ES:TS:2023:3405

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

Votos Particulares: carece

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El “dilema” suscitado en el recurso de casación unificadora de doctrina, que resuelve la sentencia comentada, es si al reclamar el complemento de maternidad un pensionista varón con dos hijos, con base en el artículo 60.1 LGSS en la redacción vigente durante el año 2020, tras la STJUE de 12 de diciembre de 2019, C- 450/18 y antes de la modificación legislativa del RDL 3/2021, la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales (art. 177 LRJS) es adecuada para ejercitar la pretensión de condena al Instituto Nacional de la Seguridad Social o si ha de acudir al procedimiento en materia de Seguridad Social (artículo 140 LRJS).

Hechos

Los hechos, según los probados de la sentencia 316/2021 del Juzgado de lo Social núm. 20 de Madrid, de 21 de octubre de 2021^[2], son los siguientes:

1º) en fecha 20 de diciembre de 2020 el demandante solicitó pensión de jubilación, que le fue reconocida con efectos de 14/09/2018 -“con base reguladora de 1314,46 euros y porcentaje del 94,68% (hechos no controvertidos)”-;

2º) la cónyuge del demandante tiene también reconocida pensión de jubilación con efectos de 1/11/2020 -“con base reguladora de 1404,56 euros, porcentaje de 85,37%”- y complemento de maternidad de 120,99 euros (hechos no controvertidos)”;

3º) el demandante solicitó el complemento de maternidad, que le fue denegado por resolución del INSS. Interpuesta la reclamación administrativa previa el 15 de diciembre de 2020, fue desestimada por resolución del INSS de 20 de enero de 2021;

4º) el demandante tiene dos hijos.

El 26 de abril de 2021 el actor presentó demanda en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales frente al INSS y TGSS, en la que solicitaba se le reconociera el complemento de maternidad en la pensión de jubilación.

Antecedentes

La sentencia de instancia desestimó la demanda del actor de tutela de derechos fundamentales por la discriminación padecida por no haberle sido reconocido el complemento de pensión del art. 60.1 de la LGSS por su condición de hombre sin entrar a conocer el fondo del asunto, al estimar la excepción procesal de inadecuación de procedimiento. La sentencia consideró que la acción es una reclamación en materia de Seguridad Social no subsumible en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, conforme a los arts. 26.6 y 140.1 LRJS, y no reconducible a ese proceso especial por ser de cognición limitada. No hubo, por lo demás, actuación discriminatoria del INSS, que se limitó a aplicar la norma legal considerada discriminatoria, por lo que el INSS no podía ser condenado por vulnerar derecho fundamental alguno del actor.

La sentencia 371/2022 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 22 de abril de 2022^[3], estimó el recurso de suplicación del actor y, acogiendo su *petitum* subsidiario, anuló la sentencia de instancia y retrotrajo las actuaciones para que el Juzgado de lo Social resolviese sobre el fondo del asunto, desestimando la excepción de inadecuación de procedimiento. La demanda fue correctamente formalizada través de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales al alegar el demandante la vulneración por el INSS de su derecho fundamental a la no discriminación por sexo, con infracción del art. 14 CE (177 LRJS). Pudo haber optado el demandante por ejercitar su acción a través del proceso de Seguridad Social y alegar en ese proceso la vulneración de su derecho fundamental (art. 26.6 y 140.1 LRJS). La modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, pese a ser de cognición limitada (art. 178.1 LRJS), no impide, una vez constatada la vulneración del derecho fundamental, analizar las cuestiones de legalidad ordinaria vinculadas.

Diferente hubiera sido que la vulneración del derecho fundamental aducido no tuviera fundamento y el actor hubiera optado por la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, en cuyo caso no sería posible examinar las cuestiones de legalidad ordinaria.

El INSS y la TGSS formularon recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando como contradictoria la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 80/2022, de 2 de febrero de 2022^[4], y la infracción de los arts. 178, 26.6 y 102 LRJS. El pensionista recurrido no formalizó oposición al recurso.

IV. Posición de las partes

El demandante solicitó que se le reconociera el complemento de maternidad en la pensión de jubilación a razón del 10% de la misma y efectos desde la resolución de la pensión, o, subsidiariamente, desde los tres meses antes de la fecha de presentación de la solicitud al INSS (art. 53.1 LGSS), condenando a las demandadas a estar y pasar por tal declaración, con abono de atrasos e intereses desde tal fecha y con todo cuanto más proceda en Derecho. Pidió, en consecuencia, la condena al INSS al pago de la prestación demandada. Además, suplicó se declarase la discriminación padecida y la condena al INSS a su cese inmediato.

En el recurso de suplicación el recurrente denunció la infracción por la sentencia de instancia de los preceptos y doctrina judicial que cita. Fundamentó el ejercicio de la acción de tutela de derechos fundamentales en la discriminación legal por razón de sexo de lo hombres pensionistas en situación comparable a la de las madres trabajadoras, derivada del no reconocimiento del complemento de pensión por el art. 60.1 LGSS de acuerdo con la interpretación del TJUE, vinculante para los órganos jurisdiccionales nacionales. Coherentemente con esa fundamentación, solicitó la declaración de la vulneración de su derecho fundamental a no ser discriminado, debiendo el INSS dictar nueva resolución reconociendo su derecho al cobro del complemento, conforme al art. 182 LRJS. Subsidiariamente pidió la declaración de nulidad de la sentencia de instancia, retro trayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior, a fin de que se dictase otra en la que, salvando la excepción, se resolviese el fondo de la cuestión litigiosa dando respuesta a todas las cuestiones planteadas (FFDD 5º y 11º de la sentencia de suplicación recurrida).

El INSS impugnó el recurso, defendiendo que la pretensión del actor no tenía encaje en el proceso de tutela de derechos fundamentales del art. 177 y siguientes LRJS, sino en una reclamación en materia de Seguridad Social en la que se podía examinar la procedencia o no de la resolución impugnada y la vulneración derechos fundamentales alegada por el actor, en concreto la discriminación “por razón de género”, elemento decisorio para determinar la validez de la misma, de acuerdo a lo previsto en el art. 26.6 LRJS (FD 6º de la sentencia de suplicación recurrida).

V. Normativa aplicable al caso

1. Ley General de la Seguridad Social

“Artículo 60. Complemento de maternidad en las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social”, redacción vigente desde 2 de enero de 2016 hasta 3 de febrero de 2021

“1. Se reconocerá un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente.

Dicho complemento, que tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, consistirá en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las referidas pensiones un porcentaje determinado, que estará en función del número de hijos según la siguiente escala:

- a) En el caso de 2 hijos: 5 por ciento.
- b) En el caso de 3 hijos: 10 por ciento.
- c) En el caso de 4 o más hijos: 15 por ciento.

A efectos de determinar el derecho al complemento así como su cuantía únicamente se computarán los hijos nacidos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente”.

[...]

2. *Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*

“Artículo 26. Supuestos especiales de acumulación de acciones

[...]

6. “No serán acumulables entre sí las reclamaciones en materia de Seguridad Social, salvo cuando tengan la misma causa de pedir y salvo la posibilidad de alegar la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas a que se refiere el apartado 1 del artículo 140”.

[...]

“Artículo 140. Tramitación. Impugnación de altas médicas

1. En las demandas formuladas en materia de prestaciones de Seguridad Social contra organismos gestores y entidades colaboradoras en la gestión se acreditará haber agotado la vía administrativa correspondiente, incluidas aquellas en las que se haya acumulado la alegación de la lesión de un derecho fundamental o libertad pública y salvo que se opte por ejercitar exclusivamente esta última mediante la modalidad procesal de tutela”.

[...]

“Artículo 178. No acumulación con acciones de otra naturaleza

1. El objeto del presente proceso queda limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del citado derecho o libertad”

[...]

“Artículo 184. Demandas de ejercicio necesario a través de la modalidad procesal correspondiente

No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 178, las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el artículo 139, las de impugnación de convenios colectivos y las de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 26, las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva”.

VI. Doctrina básica

1. Sobre el marco jurídico aplicable

La sentencia destina su FD 2º al “examen del marco jurídico aplicable”. Destacan sus precisiones sobre los efectos temporales del fallo de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, WA, C-450/18, y de la reforma del art. 60 LGSS por el RDL 3/2021, de 2 de febrero, y sobre la improcedencia de indemnización por daños morales por la vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo causada por la denegación por el INSS, al progenitor varón, del complemento de maternidad del art. 60 LGSS, tras la reiteradamente citada STJUE de 12 de diciembre de 2019, WA, C- 450/18.

Las siguientes:

1ª) Sobre la interpretación por el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo del artículo 60.1 LGSS de conformidad con el Derecho de la Unión interpretado por la citada sentencia del Tribunal de Justicia de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, WA, C-450/18, cuyo fallo, respondiendo a la cuestión prejudicial del Juzgado de lo Social nº 3 de Girona sobre la compatibilidad o incompatibilidad del art. 60.1 de la LGSS (en la redacción aplicable al caso) con el Derecho de la Unión, declaró que “La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión” (DO 17 febrero 2020, C 54, 2020/C54/02, pág. 7). El art. 60.1 LGSS incurría en una discriminación directa por razón de sexo masculino, contraria a la Directiva 79/7. Y, lo que es esencial con carácter general y para el caso, sobre los efectos temporales de la sentencia del Tribunal de Justicia. El art. 4 bis.1 LOPJ sanciona la vinculación de los jueces y tribunales nacionales a la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión de conformidad con la jurisprudencia del TJUE.

En las SSTs 17 de febrero de 2022^[5], seguidas de otras posteriores, el Pleno de la Sala de lo Social estableció, de acuerdo con la regulación del Derecho de la Unión sobre la obligatoriedad de las sentencias desde el día de su pronunciamiento -la STJUE WA fue pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, en fecha 12 de diciembre de 2019, siendo, por ende, obligatoria desde ese mismo día- y la jurisprudencia del TJUE acerca de su valor interpretativo de las normas eurounitarias que, así interpretadas, tienen efecto directo por sí mismas -salvo que excepcionalmente la propia sentencia limite su eficacia temporal-, que la interpretación del art. 60 LGSS por los órganos judiciales nacionales debía de ser compatible con los propósitos perseguidos por la Directiva 79/7 desde su entrada en vigor: “La norma que ha sido interpretada podrá y deberá ser aplicada en consecuencia a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se haya pronunciado la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación si, además, se cumplen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma”.

2ª) Sobre la aplicación temporal del art. 60.1 LGSS, “Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”, tras la STJUE de 12 de diciembre de 2019, WA, C-450/2018, y su reforma por el RDL 3/2021, de 2 de febrero, que adopta medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico. La disp. adicional 1ª determina que el complemento para la reducción de la brecha de género introducido en el reformado art. 60 (y en la disp. adicional 18ª del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado) se reconoce a las pensiones causadas a partir de su entrada en vigor, que

tuvo lugar, como se señaló, al día siguiente de su publicación en el BOE, el 4 de febrero de 2021, sin contemplar situaciones transitorias. En consecuencia, el art. 60 LGSS, reformado, no es de aplicación al caso resuelto por la sentencia comentada.

3ª) Sobre la inaplicación al caso del complemento de maternidad discriminatorio de la indemnización por daños morales y de los efectos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. En la importante STS 361/2023, de 17 mayo^[6], el Pleno de la Sala de lo Social afirmó que el reconocimiento al demandante del derecho reclamado de percibir el complemento de paternidad/maternidad le reponía en la integridad de su derecho a la no discriminación por sexo, que había sido vulnerado, sin que procediese el reconocimiento de indemnización alguna por daños morales, dada la naturaleza de entidad gestora de la Seguridad Social del INSS y sus atribuciones administrativas de gestión, sin facultades normativas. Y rechazó que pudiera reclamarse ante la jurisdicción social otra reparación del eventual daño padecido por el pensionista varón discriminado que el devengo del complemento por maternidad o aportación demográfica desde la fecha del hecho causante, el reconocimiento de la correspondiente pensión contributiva, reenviando la cuestión a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador y de las Administraciones públicas, de la que conoce exclusivamente la jurisdicción contencioso-administrativa. Dijo la citada sentencia: "La eventual responsabilidad en el mantenimiento en ese lapso del contenido de la norma por quien tiene la potestad legislativa y su aplicación correlativa por entes que tienen encomendadas funciones de gestión no pueden dilucidarse en el presente procedimiento. De forma tangencial, en los pronunciamientos del Pleno de 17 de febrero de 2022 efectuamos una referencia al art. 32 de la Ley 40/2015 -si bien a su apartado 6, en la remisión que opera a la publicación en el DOUE-, ley atinente al "Régimen Jurídico del Sector Público", precepto insertado en la rúbrica sobre los Principios de la responsabilidad, responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que pudiere aparejar el derecho al percibo de la indemnización habilitada por el art. 106 CE" (FD 3º).

2. *La adecuación de la utilización por el demandante del proceso especial de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas y la discriminación del complemento de aportación demográfica declara por la STJUE de 12 de diciembre de 2019, WA, C-450/18*

Tras una ajustada comprobación del requisito de la contradicción entre la sentencia referencial y la recurrida, ambas de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de la Sección 3ª la referencial y de la Sección 1ª la recurrida, el Tribunal Supremo adelanta su *decisum* de que la buena doctrina se contiene en la sentencia recurrida al haber admitido la utilización legítima en el caso del cauce específico para la tutela de derechos fundamentales. Y, a continuación, expone la fundamentación o razón de su decisión, ya esbozada, aunque el tema fuera allí colateral, en la citada STS del Pleno de la Sala 361/2023, de 17 mayo.

El principio *pro actione* en el acceso a la jurisdicción -parece que también en el acceso a los recursos- milita en favor de la buena doctrina de la sentencia de suplicación recurrida. Fue el demandante quien se acogió a la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales para reclamar el cese de la conducta discriminatoria del INSS y el abono del complemento de pensión. Su discriminación por razón de sexo masculino es incontestable tras la STJUE de 12 de diciembre de 2019, WA, C-450/18, materializada en la denegación por el INSS del complemento "de maternidad" por razón de su sexo masculino. Siendo esto así, a la sentencia comentada le resulta lógicamente difícil aceptar que la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales, singularmente prevista a su fin tutelar, no esté expedita al demandante.

Ciertamente, el demandante podía haber tramitado su demanda por la modalidad procesal específicamente prevista en materia de seguridad social e invocar allí la vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de sexo. El art. 26.6 LRJS contempla expresamente la posibilidad de alegar la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas a que se refiere el apartado 1 del artículo 140 de la propia ley en

las demandas formuladas en materia de prestaciones de Seguridad Social contra organismos gestores y entidades colaboradoras en la gestión.

Pero no fue eso lo que hizo el demandante, que ajustó su conducta procesal a la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales, de acuerdo, por lo demás, con la previsión del art. 140.1 LRJS de "que se opte por ejercitar exclusivamente [...] la modalidad procesal de tutela". Finalmente, el hecho de que el art. 184 LRJS no incorpore la modalidad sobre prestaciones de Seguridad Social entre las demandas de ejercicio necesario a través de la modalidad procesal correspondiente constituye, para la sentencia comentada, un "poderoso argumento interpretativo", "a sensu contrario", de la adecuación legal del comportamiento procesal del demandante de canalizar su demanda a través del proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas.

3. La cognición limitada del proceso de tutela de derechos fundamentales y el enjuiciamiento de la pretensión de condena al Instituto Nacional de la Seguridad Social al abono del complemento por aportación demográfica del pensionista varón

La cognición limitada del proceso especial de tutela de derechos fundamentales no impide el examen de las consecuencias y derivaciones indisolublemente unidas a la cuestión principal, una vez apreciada la lesión del derecho fundamental.

Esto dicho sobre la adecuación de la modalidad procesal elegida por el demandante, al Tribunal Supremo le resta decidir si la cognición limitada propia del proceso especial de tutela de derechos fundamentales, impuesta por el art. 170.1 LRJS, impide o no examinar el fondo de la pretensión de condena articulada en la demanda. Su conclusión es, obviamente, negativa para dar sentido al propio proceso de tutela, que, en caso contrario, perdería su significado y funcionalidad: si concurre la vulneración reclamada es "posible y pertinente entrar a examinar las cuestiones de legalidad ordinaria vinculadas a ella"; conclusión que viene apoyada en su propia jurisprudencia y en la del Tribunal Constitucional.

La STS, del Pleno de la Sala, 217/2021, de 17 febrero^[7], ya reconoció que la pretensión de reclamar el cumplimiento de obligaciones preventivas puede plantearse a través del procedimiento de tutela de derechos fundamentales para la protección del derecho a la salud, a la vida y a la integridad física de los trabajadores (durante la Covid-19). Lo decisivo es que la pretensión procesal se sustancie como una pretensión de tutela frente a la existencia de una violación de un derecho fundamental. La STC 31/1984, alegada por el Fiscal, había establecido esa misma doctrina, con la consecuencia de que "si, ejercitándose una pretensión cualificada por la indicada fundamentación [sobre la eventual vulneración de un derecho fundamental] se niega el proceso, se está privando al que acciona de garantías jurisdiccionales de derechos o libertades fundamentales" (FJ 2).

4. Doctrina unificada y desestimación del recurso casacional

Terminado aquí el recorrido argumental de su doctrina, la sentencia unifica las doctrinas judiciales contrapuestas, declarando la firmeza de la sentencia recurrida y estableciendo formalmente como doctrina unificada que, ante denegaciones presuntamente discriminatorias de prestaciones de Seguridad Social por las entidades gestoras, el beneficiario puede canalizar su acción procesal a través de la modalidad de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas. Es el caso de varón jubilado bajo la vigencia del art. 60 LGSS antes de su modificación por RDL 3/2021 y después de la STJUE 12 diciembre 2019, a quien, pese a tener dos hijos, el INSS deniega el complemento de pensión.

La sentencia desestima el recurso de casación para las unificación de doctrina interpuesto por el INSS y la TGSS. Confirma, en consecuencia, la sentencia recurrida, a cuyo fallo ha de darse cumplimiento, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia de instancia, a fin de que se dicte

otra que, salvando la excepción de inadecuación de procedimiento, resuelva sobre el fondo del asunto dando respuesta a todas las cuestiones planteadas.

VII. Parte dispositiva

“[...] esta Sala ha decidido:

1º) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social [...].

2º) Confirmar y declarar firme la sentencia nº 371/2022 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 22 de abril, en el recurso de suplicación nº 108/2022, interpuesto frente a la sentencia nº 316/2021 de 20 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Social nº 20 de Madrid, en los autos nº 514/2021, seguidos a instancia [...]del demandante] contra dichos recurrentes, sobre derechos fundamentales.

3º) No adoptar decisión especial en materia de costas procesales, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia”.

VIII. Pasajes decisivos

- “El tenor del art. 26 LRJS permite que en la modalidad procesal de Seguridad Social aparezca invocado un derecho fundamental y el art. 140.1 concuerda con tal previsión pero también abre la puerta a que “se opte por ejercitar exclusivamente esta última mediante la modalidad procesal de tutela” (FD 4º.3)

- “Existiendo una discriminación por razón de género (premisa incontestable a la vista de la STJUE 12 de diciembre de 2019, C-450/18) y viendo el actor cómo le es denegado el complemento por el exclusivo dato de su masculinidad, resulta difícil sostener que el cauce procesal habilitado para accionar frente a ese tipo de vulneración no puede transitarse” (FD 4º.3).

- “Es cierto que también podría haber optado el actor por seguir la modalidad procesal específicamente prevista en materia de Seguridad Social e invocar la misma vulneración del derecho a no ser discriminado. Pero eso no significa que la vía elegida deba considerarse inadecuada” (FD 4º.3).

- “El artículo 184 LRJS [...] ha listado los supuestos en que la modalidad procesal específica y alternativa a la de vulneración de derechos fundamentales ha de seguirse necesariamente” (FD 4º.4).

- “Que en esa larga lista no aparezca la modalidad sobre prestaciones de Seguridad Social constituye un poderoso argumento interpretativo para respaldar la conclusión a que vamos llegando” (FD 4º.4).

- “En numerosas ocasiones hemos puesto de manifiesto que la modalidad procesal de vulneración de derechos fundamentales posee un objeto material acotado, puesto que “queda limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del citado derecho o libertad” (art. 170.1 LRJS)” (FD 4º.5).

- “Ahora bien, si concurre la vulneración reclamada resulta posible y pertinente entrar a examinar las cuestiones de legalidad ordinaria vinculadas a ella. Como hemos dicho a propósito de las obligaciones en materia de salud laboral y del cauce procesal para exigir las, con independencia de la solución del fondo del asunto, que quien pretenda reclamar el cumplimiento de obligaciones preventivas [...] pueda utilizar el procedimiento de tutela de derechos fundamentales para la protección del derecho a la salud, a la vida y a la integridad física de los empleados, sin que pueda considerarse que tal utilización sea abusiva o inadecuada, ya que, lo decisivo pues, a efectos de la adecuación del procedimiento, no es que la pretensión deducida esté correctamente

fundada y deba ser estimada, sino que formalmente se sustancie como una pretensión de tutela, es decir, que se afirme por el demandante la existencia de una violación de un derecho fundamental [...]” (FD 4º.5).

- “Cuando un beneficiario de prestaciones de Seguridad Social considera que la resolución de la Entidad Gestora lo discrimina puede canalizar su acción procesal a través de la modalidad de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas. Así procede en el caso de varón jubilado bajo la vigencia del art. 60 LGSS antes de su modificación por RDL 3/2021 pero después de la STJUE 12 diciembre 2019 a quien, pese a tener dos hijos, el INSS deniega el complemento de pensión” (FD 5.1.).

IX. Comentario

La sentencia comentada es absolutamente sistemática y clara en la construcción y desarrollo de su fundamentación jurídica. La cuestión que resuelve, y resuelve bien, “posee estricta dimensión procesal” (FD 1º.1) y en ella se mueve la sentencia, aunque en dicha fundamentación jurídica considere tangencialmente, y no tangencialmente – “existiendo una discriminación por razón de género [...]” premisa incontestable a la vista de la STJUE 12 de diciembre de 2019, C-450/18 [...]: FD 4º.3-, elementos de fondo necesarios para encuadrar el litigio y resolver el “dilema” procesal planteado por las partes.

En su FD 2º, en el que examina el “marco jurídico aplicable”, es obligada su referencia a la regulación legal material del controvertido complemento de pensiones por maternidad o “por aportación demográfica” y a la inaplicación al caso, por obvias razones temporales, de su reforma legal para dar cumplimiento a la STJUE de 12 de diciembre de 2019, WA, C-450/18; como también lo es su señalamiento del momento de producción de efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia que declaró el complemento por maternidad discriminatorio por sexo masculino y del momento desde el que los pensionistas varones pueden solicitar su percepción, el del hecho causante de la pensión contributiva al que acompaña el complemento discriminatorio, que es también el momento de producción de efectos económicos de la sentencia del Tribunal de Justicia derivados de esas solicitudes, temidas y tratadas de ser reducidas por las entidades gestoras de la Seguridad Social; o su exposición sintetizada de la improcedencia de la indemnización por daños morales por la vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo al denegarse por el INSS, al progenitor varón, el complemento de maternidad, y la improcedencia de la sustanciación ante la jurisdicción social de cuestiones de responsabilidad patrimonial del Estado legislador o de la Administración pública gestora de la Seguridad Social, que carece de competencias normativas.

La sentencia del Tribunal Supremo no puede dejar de poner de relieve esas cuestiones, y su esencial interpretación unificadora de doctrina de la aplicación de regulación legal del complemento por maternidad discriminatorio de conformidad al precepto del Derecho de la Unión dotado de eficacia directa, interpretado por la STJUE WA, C-450/18, y el consiguiente derecho del pensionista varón discriminado al restablecimiento de su derecho al complemento de maternidad al tiempo del hecho causante. La sentencia lo hace de modo sobrio y conciso, por remisión a las sentencias del Pleno de la Sala que establecieron la doctrina unificada, dando lugar a una fundamentación jurídica sólida, trabada y embebida en la jurisprudencia de la Sala y en la del Tribunal Constitucional.

En ese marco y con ese bagaje, la sentencia determina que el proceso especial de tutela de derechos fundamentales es cauce procesal adecuado en el caso para reclamar el cese de la conducta discriminatoria del INSS y el abono del complemento de pensión. Lo que enlaza con el principio constitucional *pro actione* en el acceso a la jurisdicción, que lleva con exceso al acceso a los recursos, refiriéndose a un canon de interpretación más favorable a su efectividad, inaplicado por la jurisprudencia constitucional al acceso a los recursos, y en particular a los recursos de casación de que conoce el Tribunal Supremo, desde la década de los años 90 del pasado siglo (STC 37/1995, en recurso de amparo avocado al Pleno). El derecho a los recursos no

se integra en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE - excepto en el orden penal-, siendo cuestión de “estricta legalidad procesal, de la exclusiva competencia de los órganos judiciales, sin que, en general, en el ejercicio de la misma”, el art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a una resolución motivada en derecho “les imponga más limitaciones que las derivadas de los cánones del error patente, la arbitrariedad o la manifiesta irrazonabilidad”, correspondiendo a la libertad del legislador configurar ese acceso incluso sujeto a rigurosos requisitos formales (STC 197/1999, FJ 3, entre otras muchas). La sentencia comentada cita aquí la STS 369/2023, de 23 de mayo de 2023^[8], sobre acceso al recurso de casación, y ésta, entre otras, la STC 17/1985, sobre el rigorismo en la admisión judicial de los recursos, corregida por la jurisprudencia constitucional posterior.

Con absoluto acierto interpreta la sentencia la que denomina “posibilidad de invocar derechos fundamentales en la reclamación de Seguridad Social”, esto es, el juego de los arts. 26, 140.1 y 184 (este último *a sensu contrario*) LRJS. Con la flexibilidad insita en el principio *pro actione*, en su única versión de prestación de tutela judicial efectiva, y con la finalidad firme de defensa de los derechos fundamentales, que impregnan todo el ordenamiento jurídico y que han de encontrar cauces procesales para esa defensa que deben prestarle, en primer término, los jueces y tribunales ordinarios, la opción del demandante de articular su demanda a través del proceso de tutela de derechos fundamentales, para hacer valer las pretensiones señaladas, fue legítima. Esta es la buena doctrina que el Tribunal Supremo unifica. También hubiera sido adecuada la decisión del demandante de elegir la modalidad procesal específicamente prevista en materia de Seguridad Social e invocar en ella la vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado. El legislador está obligado a establecer, en los distintos órdenes jurisdiccionales, procedimientos basados en los principios de preferencia y sumariedad para que los ciudadanos puedan recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección 1ª del capítulo segundo de la Constitución ante los tribunales ordinarios (art. 53.2 CE), pero esa tutela judicial no queda aprisionada en esos procedimientos, sino que puede recabarse a través de cualesquiera otros, según las leyes procesales, dada la inviolabilidad de los derechos fundamentales (art. 10.1 CE) y su posición preferente en el ordenamiento jurídico. Ahora bien, establecido legalmente ese cauce específico de tutela de los derechos fundamentales, preferente y sumario, ha de constituir una vía transitable y efectiva para la finalidad tutelar constitucional y legalmente prevista. La sentencia deshace las falsas dicotomías reduccionistas y generaliza las soluciones constructivas.

El mismo acierto debe predicarse de la interpretación que la sentencia efectúa del art. 178.1 LRJS y la cabida en la cognición limitada propia del proceso de tutela de derechos fundamentales del examen de las cuestiones de legalidad ordinaria, vinculadas a la vulneración denunciada y declarada del derecho fundamental, que constituyen el objeto de las pretensiones deducidas en la demanda, en el caso, como quedó dicho, el cese de la conducta discriminatoria del INSS y el abono del complemento de pensión. Los derechos fundamentales no viven en compartimentos estancos, sin contagiarse con cuestiones de legalidad ordinaria, cuya resolución se hace precisa para garantizar su efectividad.

A la postre, la sentencia cumple la función de unificar la doctrina legal –“Cuando un beneficiario de prestaciones de Seguridad Social considera que la resolución de la Entidad Gestora lo discrimina puede canalizar su acción procesal a través de la modalidad de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas”: FD 5º.1- haciendo efectiva la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales a través del proceso especial configurado a ese fin llevando vida al proceso de tutela de derechos fundamentales en beneficio de su efectividad, de acuerdo con la doctrina constitucional.

X. Apunte final

Dos últimos apuntes finales, muy breves, para cerrar el comentario a esta destacable sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Aunque sea entrar en el fondo de una sentencia de “estricta dimensión procesal”, no estará de más llamar la atención sobre la interpretación del complemento de maternidad efectuada por la sentencia de suplicación recurrida, y confirmada por el Tribunal Supremo en su decisión procesal. Señaló aquella sentencia, de manera certera, en cuanto al fondo sin salirse de la interpretación de conformidad con el Derecho de la Unión Europea interpretado por el TJUE, que el “espíritu del complemento de maternidad era compensar la discriminación que sufren las mujeres trabajadoras que han sido madres y reducir la brecha salarial, y consecuentemente, pensional, derivada de la maternidad”. Añadiendo: “El TJUE, como no podía ser de otro modo, está a la redacción del precepto, no a la finalidad que lo guiaba, de manera que se desliga el complemento de las circunstancias que acompañan a la maternidad, el embarazo, la recuperación, la lactancia y de los efectos en la promoción profesional de las mujeres, siendo dicho complemento una recompensa a la aportación demográfica que resulta de aplicación tanto a hombres como a mujeres” (FD 8º). Y concluye: “Por lo tanto, igual que las mujeres, todos aquellos hombres que teniendo dos o más hijos hayan accedido a partir del 1 de enero de 2016, y hasta el 3 de febrero de 2021, a pensiones contributivas de jubilación forzosa, viudedad o incapacidad permanente, tendrán derecho al cobro de este complemento [...]” (FD 9º).

Es cierta esa aproximación formal del TJUE a los derechos a la igualdad y a la no discriminación y su aversión a las acciones positivas. Pueden consultarse las SSTJUE de 29 de noviembre de 2001, *Griesmar*, C-366/99; de 17 de julio de 2014, C-173/13, *Maurice Leone*; y de 3 de septiembre de 2014, C-318/13, X. Por cierto, el art. 4.2 de la Directiva 79/7/CEE dispone: “El principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad”.

En fin, pocas sentencias han traído tanta cola judicial y jurisprudencial en nuestro país como la STJUE de 12 de diciembre de 2019, WA, C-450/18, como la propia sentencia comentada prueba. Produjo también el efecto de que el TC, en su STC 152/2021, bien que en boca del demandante de amparo, aludiese a su doctrina sobre la “discriminación masculina” en materia de pensiones o en el sistema de prestaciones, contenida en su primera jurisprudencia sobre varones discriminados, desautorizada después por la STC 128/1987.

Ha de traer aun más consecuencias, pues la STJUE de 14 de septiembre de 2023, *DX c. Instituto Nacional de la Seguridad Social*, C-113/22, castiga la perseverancia del INSS en su práctica denegatoria de los complementos por maternidad a los pensionistas varones y aplica en su plenitud la reparación de las conductas de discriminación por sexo femenino. El TJUE ha declarado, adicionalmente, que el art. 6 de la Directiva 79/7 exige, para la reparación de la discriminación directa por sexo padecida por un hombre como consecuencia del art. 60.1 LGSS, anterior a su reforma, según la interpretación de la STJUE WA, que por el órgano jurisdiccional nacional que conozca de una demanda frente a la resolución denegatoria del INSS, se ordene no solo que conceda al interesado el complemento de pensión solicitado, “sino también que le abone una indemnización que permita compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación, según las normas nacionales aplicables, incluidas las costas y los honorarios de abogado en que el interesado haya incurrido con ocasión del procedimiento judicial, en caso de que la resolución denegatoria se haya adoptado de conformidad con una práctica administrativa consistente en continuar aplicando la referida norma a pesar de la citada sentencia, obligando así al interesado a hacer valer su derecho al complemento en vía judicial”.

La doctrina unificada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, denegatoria de una indemnización por los daños morales causados por la negativa administrativa a la concesión del complemento por maternidad a los hombres, recordada por la sentencia comentada, deberá ajustarse a la nueva STJUE.

Referencias:

1. ^ ECLI:EU:C:2019:1075
2. ^ Autos nº 514-21.
3. ^ Rec. nº 108/2022, ECLI:ES:TSJM:2022:5249.
4. ^ Rec. nº 906/2021, ECLI:ES:TSJM:2022:1460.
5. ^ Sentencias 160/2022 y 163/2022, rcud nº 2872/2021 y nº 3379/2021, ECLI:ES:TS:2022:621 y 2022:622.
6. ^ ECLI:ES:TS: 2023:2149.
7. ^ ECLI:ES:TS:2021:449.
8. ^ Rec. 3/2021, ECLI:ES:TS:2023:2237.

§ 79 **Consideraciones sobre la aplicación del cupo de reserva del dos por cien de plazas para personas con discapacidad en las empresas públicas.**

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León.

Resumen: *Teniendo en cuenta que según el art. 42 de la Ley General de Derechos de las Personas con discapacidad, las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad, procede entender que el ámbito de aplicación de tal previsión se extiende a la Corporación RTVE.*

Palabras clave: *Personas con discapacidad. Cuotas de reserva. Empresas públicas. Administraciones Públicas.*

Abstract: *Considering that according to art. 42 of the General Law on the Rights of Persons with Disabilities, public and private companies employing a number of 50 or more workers shall be obliged to ensure that at least 2% of them are workers with disabilities, it is to be understood that the area of application of this provision includes the Corporación RTVE.*

Keywords: *People with disabilities. Reserve quotes. Public enterprises. Public administrations,*

I. Introducción

Cierto es que uno de los colectivos que mayores dificultades presenta en el acceso al mercado laboral es el de las personas con discapacidad. Basta aportar un significativo dato estadístico^[1]: su índice de afiliación alcanza solamente el 1,50 por 100 o, dicho en otros términos, su tasa de inactividad duplica a la de las personas no discapacitadas. En concreto, haciendo una foto fija, se puede mostrar que en febrero de 2022 las personas con discapacidad integran el 6,3% de la población total en edad laboral, llegando únicamente a 516.300 las personas con discapacidad ocupadas (1,6 por 100)^[2].

No menos verdad resulta que las personas con discapacidad no constituyen un grupo homogéneo, pues las afectaciones pueden ser manifiestas u ocultas, graves o leves, singulares o múltiples, crónicas o intermitentes, cognitivas o físicas. Constituyen un sector de población muy heterogéneo, incluyendo diversos subgrupos con notables diferencias no sólo relativas a, entre otras circunstancias, sus propias características personales sino a la concurrencia de otros factores (edad, sexo, género, orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, violencia sexual y violencia machista, tipo y grado de discapacidad, nivel de cualificación, lugar de residencia, soledad o situación de pobreza), que, al sumarse con la discapacidad, provocan en numerosas ocasiones discriminaciones múltiples (por la manifestación de

manera simultánea o consecutiva de dos o más causas) o interseccionales (por la interacción de diversas causas, generando de forma específica discriminación)^[3].

Pese a estas incontrovertidas circunstancias, no cabe soslayar un imprescindible elemento de acción común: dada su preterición laboral, es necesario que desde el ordenamiento jurídico se diseñen una serie de medidas de acción positiva capaces de corregir este abrupto devenir, máxime cuando la constitucionalidad de estas medidas ha sido avalada de forma expresa para las personas con discapacidad por la Sentencia del Máximo Intérprete de la Norma Fundamental de 3 de octubre de 1994.

Bajo tales premisas, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGD), en su art. 37, prevé que entre las finalidades de la política de empleo se incluye la destinada a “aumentar las tasas de actividad y de ocupación e inserción laboral de las personas con discapacidad, así como mejorar la calidad del empleo y dignificar sus condiciones de trabajo, combatiendo activamente su discriminación. Para ello, las Administraciones Públicas competentes fomentarán sus oportunidades de empleo y promoción profesional en el mercado laboral, y promoverán los apoyos necesarios para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo”. Por su parte, el art. 17.2 y 3 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba, el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, prevé la posibilidad de que se puedan establecer “por ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente”, pudiendo el Gobierno “regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo”. Asimismo, entre los principios rectores de la política de empleo, aparece expresamente recogido el de igualdad y no discriminación “en el acceso y consolidación del empleo y desarrollo profesional” por motivo de (art. 5 Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo).

Una de las medidas más clásicas destinadas al fomento del empleo de las personas con discapacidad es la denominada “cuota de reserva”, regulada en el art. 42 LGD, en virtud del cual “las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad”. Además, en el marco del empleo público, existe también, al igual que en el sector privado, un cupo de reserva “no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad a favor de las personas con discapacidad”. Este cupo se encuentra regulado en el art. 59 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), con el fin de que “progresivamente” las personas con discapacidad alcancen “el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública”. En todo caso, añade este precepto que “la reserva del mínimo del siete por ciento se realizará de manera que, al menos, el dos por ciento de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto de las plazas ofertadas lo será para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad”.

La duda planteada en el supuesto aquí enjuiciado estriba en dilucidar si a la corporación RTVE se le aplica la reserva del dos por 100 como a las empresas públicas (o privadas) o, por el contrario, la reserva es del siete por 100 por formar parte del sector público.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Audiencia Nacional, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 87/2023, de 4 de julio.

Tipo y número recurso o procedimiento: conflicto colectivo, núm. 0000127/2023

ECLI:ES:AN:2023:3475

Fuente: CENDOJ

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Pablo Aramendi Sánchez.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El día 21 de diciembre de 2022, la Corporación RTVE en su página web convocó procesos selectivos para la cobertura de puestos de trabajo a fin de incorporar a su plantilla personal laboral fijo, mediante un documento denominado "Bases generales de la convocatoria 1/2022 para la cobertura de puestos de trabajo de personal fijo en la Corporación de Radio y Televisión Española S.A.". En dichas bases se reservan 54 plazas para personas con discapacidad, siendo la oferta total de 1.082 plazas, que se distribuyen según su anexo 1 en los siguientes procesos: A) 255 plazas, de 16 ocupaciones tipo diferentes, a cubrir mediante el procedimiento especificado en el apartado 6 (regulado en las disposiciones adicionales 6ª, 7ª y 8ª del R.D.L. 20/2021) bajo el rótulo proceso de concurso de méritos regulado en el apartado 6 de las bases generales. B) 60 plazas, de 10 ocupaciones tipo diferentes, a cubrir mediante el procedimiento especificado en el apartado 7 (regulado en art. 2 y D.A. 7ª del R.D.L. 20/2021) denominado proceso de concurso oposición sin pruebas eliminatorias, regulado en el apartado 7 de las Bases generales. C) 713 plazas, de 31 ocupaciones tipo diferentes, a cubrir mediante el procedimiento especificado en el apartado 8 (regulado en el art. 13 del III Convenio Colectivo). De todas ellas, para integrarse por personas discapacitadas se reserva un total de 54 plazas, de 8 ocupaciones tipo diferentes, a reclutar mediante el procedimiento especificado en el apartado 8 (regulado en el art. 13 del III Convenio Colectivo).

El día 25 de enero de 2023 se presentó por el sindicato CCOO un escrito a la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo de la Corporación RTVE en el que ponía de manifiesto, por una parte, que dicha convocatoria no respetaba el cupo del 7 por 100 de reserva para las personas con discapacidad en el sector público atendiendo a lo dispuesto en la disposición adicional 1ª EBEP, que entiende, a su vez, aplicable el art. 59 EBEP a las sociedades mercantiles públicas, y, por otra, que la reserva no se aplica a todas las categorías obrantes en la convocatoria. La Comisión Paritaria incluyó dicho asunto en el orden del día de la reunión del 9 de febrero de 2023, manifestándose por la dirección de dicha Corporación que "entendía que las bases estaban totalmente dentro de la normativa, dado que en la disposición adicional 1ª EBEP solo habla de los principios que rigen el acceso al empleo público, pero no del estricto cumplimiento del art. 59 EBEP. Respecto de no reservar plazas en todas las categorías es porque hay centros donde no existe infraestructura para acoger a personas con discapacidad".

Fracasado este intento ante la Comisión Paritaria, el suplico de la demanda reseña la obligación de la corporación RTVE de reservar, en las ofertas de empleo público, el 7% de las plazas para personas con discapacidad en cumplimiento de lo establecido en el art. 59 EBEP, lo que supone, de acuerdo con las bases generales publicadas, la reserva de 76 plazas como mínimo (no de 54), debiendo proceder a modificar y subsanar las convocatorias publicadas hasta alcanzar el aludido mínimo del 7% de plazas reservadas a personas discapacitadas.

IV. Posición de las partes

La parte demandante, el sindicato CCOO, argumenta que la Corporación RTVE ha vulnerado el cupo del 7 por 100 de reserva de plazas para las personas con discapacidad, lo cual contraviene lo dispuesto en el art. 59 EBEP y en la disposición adicional 1ª del mismo texto legal. El sindicato CGT se adhiere a dicha consideración, precisando que se han reservado 54 plazas en relación con las 767 del concurso ordinario para la cobertura de reposición, pero no se han reservado el 7% de las 255 plazas del concurso de méritos ni el 7% de las 60 plazas del concurso oposición.

En contraposición, la Abogacía del Estado se opone a la demanda, indicado los siguientes extremos: primero, que se ha producido por CGT una ampliación de la demanda introduciendo hechos no contemplados en la demanda inicial a la que se ha adherido, pues esta sólo se refería a no haberse cumplido el 7% del total de plazas no diferenciándolas en distintos concursos; segundo, que para resolver la controversia debe partirse de que RTVE es una sociedad mercantil estatal, pertenece al sector público institucional pero no es Administración Pública conforme art. 2 de la Ley 40/2015, de manera que las ofertas de empleo público con reserva del 7 por 100 se aplican a las Administraciones Públicas no a las sociedades estatales; tercero, que aun cuando no afectan a la convocatoria aquí controvertida ni el art. 59 EBEP ni la disposición adicional 1ª de dicho texto legal, en el hipotético caso que se interpretara que tales preceptos son de aplicación habría que haber planteado la impugnación del convenio colectivo por contrario al EBEP derivando una inadecuación de procedimiento; cuarto, que las ofertas de empleo público, conforme las normas recogidas en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado que las desarrollan para 2020, 2021 y 2022, no afectan a RTVE tal como se aprecia de sus anexos; quinto, oferta pública de empleo y tasa de reposición son conceptos antagónicos.

En fin, el sindicato UGT codemandado se opone a la demanda por las mismas razones aludidas por la Abogacía del Estado.

V. Normativa aplicable al caso

Los preceptos tomados en consideración para resolver el supuesto aquí enjuiciado son los siguientes:

El art. 42 LDG, en virtud del cual “las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad. El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. Igualmente se entenderá que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores con discapacidad que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal”.

El art. 59 EBEP, conforme al cual “en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, considerando como tales las definidas en el apartado 2 del artículo 4 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública. La reserva del mínimo del siete por ciento se realizará de manera que, al menos, el dos por ciento de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto de las plazas ofertadas lo sea para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad”.

El art. 70 EBEP, según el cual “1. Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años. 2. La oferta de empleo público o instrumento similar, que se aprobará anualmente por los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas, deberá ser publicada en el Diario Oficial correspondiente. 3. La Oferta de

empleo público o instrumento similar podrá contener medidas derivadas de la planificación de recursos humanos”.

El art. 2 EBEP, que extiende el ámbito de aplicación de este Estatuto “al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas: a) La Administración General del Estado; b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla; c) Las Administraciones de las entidades locales; d) Los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas; e) Las Universidades Públicas”.

La disposición final primera EBEP, conforme a la cual “los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica”.

El art. 2 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en virtud del cual “1. La presente Ley se aplica al sector público que comprende: a) La Administración General del Estado. b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas. c) Las Entidades que integran la Administración Local. d) El sector público institucional. 2. El sector público institucional se integra por: a) Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas. b) Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, en particular a los principios previstos en el artículo 3, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas. c) Las Universidades públicas que se registrarán por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones de la presente Ley. 3. Tienen la consideración de Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público previstos en la letra a) del apartado 2”.

El art. 113 Ley 40/2015, según el cual “las sociedades mercantiles estatales se registrarán por lo previsto en esta Ley, por lo previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas”.

El art. 166 Ley 33/2003, de 2 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, prevé que “las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, se registrarán por el presente título y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación”.

En fin, el art. 18 del convenio colectivo de la Corporación RTVE indica que “en aplicación de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social o de la legislación vigente que la sustituya, en los procesos de selección de más de 20 plazas se podrá reservar el porcentaje de plazas que establezca dicha normativa”.

VI. Doctrina básica

Dada la naturaleza jurídica de la Corporación RTVE (sociedad mercantil estatal), la Audiencia Nacional entiende aplicable el art. 42 LGD (cupos de reserva del 2 por 100) y no el art. 59 EBEP (reserva del 7 por 100 en las ofertas de empleo público), sin que haya norma convencional aplicable que aumente el primer parámetro.

VII. Parte dispositiva

Previo rechazo de las cuestiones procesales referidas a alteración sustancial de la demanda e inadecuación de procedimiento, la Audiencia Nacional desestima la demanda presentada por el sindicato FSC-CCOO, a la que se adhirieron los sindicatos CGT y USO, absolviendo a la demandada CORPORACIÓN RTVE S.A. y al sindicato UGT de las pretensiones en su contra al entender ajustado a derecho la aplicación del cupo de reserva para personas con discapacidad del 2 por 100.

VIII. Pasajes decisivos

La sentencia objeto de comentario sistematiza su argumentación en los extremos siguientes:

En primer lugar, no admite la alegación de la Abogacía del Estado referida a que las manifestaciones de CGT como sindicato que se adhiere a la demanda de CCOO constituyan una alteración de la demanda inicial, ya que “se ha limitado a precisar, en los mismos términos que se contemplan en las bases de la convocatoria y en los mismos términos que se indican en la propia demanda de CCOO, que la convocatoria de 1082 plazas se dividía en tres diferenciadas y que consideraba que el 7% de reserva para personas con discapacidad se cumplía respecto de una de ellas pero no respecto de las otras dos”. Tampoco considera pertinente la alegación de la Abogacía del Estado sobre la pretendida inadecuación de procedimiento dado que en ningún momento la demanda cuestiona el acomodo a la legalidad del art. 18 del convenio colectivo de la Corporación RTVE (CRTVE).

En segundo lugar, la Audiencia Nacional, acogiendo la argumentación vertida en un pronunciamiento previo de 28 de febrero de 2023^[4], entra a dilucidar la naturaleza jurídica de la Corporación RTVE. Y así, atendiendo a lo dispuesto en el art. 2 Ley 40/2015, en el art. 113 del mismo texto legal, en el art. 166.2 Ley 33/2003, de 2 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, así como en el art. 2.1 EBEP, llega a la siguiente conclusión: “1º.- Que CRTVE SA en su condición de Sociedad Mercantil Estatal, no tiene la consideración ni Administración pública, ni de entidad u organismo de derecho público; 2º.- Que al personal al servicio de CRTVE únicamente le resultan de aplicación aquellos preceptos del EBEP a los que se refiere la Disposición Adicional Primera del mismo”, que menciona “los arts. 52, 53, 54, 55 y 55”, en alusión a su vez a “los deberes de los empleados públicos y Código de Conducta (arts. 52 a 54), a los principios rectores de acceso al empleo (art. 55) y a las personas con discapacidad (art. 59)”.

En tercer lugar, la Sentencia objeto de comentario entra a dilucidar si el mencionado art. 59 EBEP se aplica o no a la Corporación RTVE en todos sus extremos. A tal fin, primero, señala que, según las bases de la convocatoria, se convocan las siguientes vacantes: a) 767 plazas con cargo a la tasa de reposición; b) 60 plazas fijas correspondientes a las tasas de reposición generadas por las altas y bajas de personal fijo de RTVE registradas durante 2022 o ejercicios posteriores, así como aquellas que RTVE entienda necesario cubrir con personal fijo debido a las necesidades organizativas y productivas ocasionadas con motivo de la resolución de los procesos internos de traslado, promoción y cambio de ocupación tipo; c) 315 plazas convocadas con cargo a la tasa adicional para la estabilización de empleo temporal. Y, segundo, considera que si se acude a la Ley 22/2021, de Presupuestos Generales del Estado para 2022, resulta claro que su art. 20 regula la oferta de empleo público para el sector público, no solo para las Administraciones Públicas, tal como evidencia su apartado 2 que expresamente se refiere a las sociedades mercantiles públicas y entidades públicas empresariales, fundaciones del sector público y consorcios participados mayoritariamente por las Administraciones y Organismos que integran el sector público, indicando que se registrarán por lo establecido en las disposiciones adicionales décima séptima, décima octava y décima novena. Es más, “en esta Ley 21/22 se admite una tasa de reposición de entre el 110 y 120%, lo que, de acuerdo con la disposición adicional 17ª para las sociedades mercantiles públicas y las entidades públicas empresariales que gestionen servicios públicos, se

traduce en una tasa de reposición del 120 por ciento, siempre que quede justificada la necesidad de esa tasa para la adecuada prestación del servicio o realización de la actividad. En los demás casos la tasa será del 110 por ciento”.

Por tanto, a juicio de la Audiencia Nacional, “oferta de empleo público y cobertura de la tasa de reposición no son conceptos antagónicos” como alegaba la abogacía del Estado, sino que “la oferta de empleo público hace referencia al instrumento básico para atender las necesidades de recursos humanos con asignación presupuestaria tal como se indica en el art. 70 EBEP, mientras que la tasa de reposición es un indicador que hace referencia a los puestos de trabajo ocupados por personas que causan baja (normalmente por jubilación o incapacidad) y que deben ser cubiertos para contar con los mismos efectivos humanos”.

Ahora bien, la Audiencia Nacional entiende que el art. 59 EBEP, en su ámbito aplicativo, atiende al mismo propósito que inspira la LGD, recogido en el art. 1 a) que no es otro que “garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos”. La LGD, en su art. 2j), define el principio de inclusión social “como aquel por el que la sociedad promueve valores compartidos orientados al bien común y a la cohesión social, permitiendo que todas las personas con discapacidad tengan las oportunidades y recursos necesarios para participar plenamente en la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, y para disfrutar de unas condiciones de vida en igualdad con los demás”. Y reconoce, en su art. 2 g), que “para hacer efectivo este principio se han de establecer y aplicar medidas de acción positiva, consideradas como aquellas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad”. Y es el art. 42 LGD el que establece el cupo de reserva para las empresas públicas y privadas.

Así pues, atendiendo a la naturaleza jurídica de la Corporación RTVE (sociedad mercantil estatal) y no Administración Pública, la sentencia objeto de comentario entiende que la Corporación RTVE da cumplimiento a la medida de acción positiva exigida en el art. 42 LGS, reservando en la convocatoria 54 plazas para personas con discapacidad y su decisión encaja en la normativa legal y convencional aplicable, pues cumple con el cupo del 2% de la cuota legal. Cierto es que aumentar dicho parámetro, como alega la parte demandante, sería sin duda un propósito encomiable, pero ampliarlo corresponde a la negociación colectiva, sin que en la actualidad se haya materializado previsión convencional en tal sentido, lo que determina la desestimación de la demanda.

IX. Comentario

La Sentencia objeto de comentario se detiene en interpretar la alusión a “empresas privadas y públicas” que efectúa el art. 42 LGPD en cuanto obligadas a reservar un cupo de al menos el 2 por 100 de las plazas a personas con discapacidad, siempre que cuenten en su plantilla con un número de trabajadores igual o superior a 50.

Ninguna duda plantea la referencia a las “empresas privadas”, pues engloba a cualquier forma de personificación, con ánimo de lucro o no, incluyendo fundaciones, asociaciones y entidades de economía social. Más dificultades conlleva la delimitación conceptual de lo que debe entenderse por “empresa pública”, debiendo acudir a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del Sector Público, que incluye en tal concepto a las siguientes estructuras: entidades públicas empresariales, definidas “como entidades de Derecho público, con personalidad jurídica propia, patrimonio propio y autonomía en su gestión, que se financian con ingresos de mercado, y que junto con el ejercicio de potestades administrativas desarrollan actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación (arts. 103 y ss.); fundaciones públicas, conformadas

sobre un triple criterio, bien porque se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración o reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución, bien su patrimonio esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por la Administración General del Estado o cualquiera de los sujetos integrantes del sector público institucional estatal con carácter permanente, bien la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes de la Administración (art. 128); y sociedades mercantiles estatales, definidas como aquellas en las que la Administración tiene una participación en su capital de más del 50 por 100 o ejerce un control sobre el mismo (arts. 111 y ss.). Atendiendo a tal catalogación, la Corporación RTVE estaría incluida en el último estrato.

En la medida en que las sociedades mercantiles estatales, a la luz del art. 166 Ley 33/2003, de 2 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, se rigen "por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación", procede entender que deben observar el cupo de reserva del 2 por 100 marcado por el art. 42 LGD.

Quedan, por tanto, al margen del concepto "empresa pública" las Administraciones Públicas de base territorial y el resto de entidades públicas que conforman el sector público institucional que están recogidas en el art. 2 EBEP (Administración General del Estado, Administraciones de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla, Administraciones de las entidades locales, organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas y Universidades Públicas), pues todas estas no sólo se rigen por los principios de acceso marcados en el propio EBEP (superar los procesos selectivos bajo los principios de mérito y capacidad, acreditar su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas), sino también, en cuanto aquí interesa, por la cuota específica del 7 por 100.

Otra cosa es que el art. 42 LGD permita que la negociación colectiva incremente el porcentaje de la cuota del 2 por 100, pero tal operación no se ha llevado a cabo en el marco aquí analizado.

X. Apunte final

Dadas las cuantiosas dificultades que presentan las personas con discapacidad en el acceso al mercado de trabajo, es necesario que tanto el legislador como la negociación colectiva sigan dando pasos, mediante medidas de acción positiva, para conseguir la superación de tales barreras, no en vano una ocupación remunerada no sólo permite allegar recursos económicos para poder llevar una subsistencia digna sino que es la palanca esencial para lograr la inclusión social.

Referencias:

1. ^ https://www.ige.eu/web/mostrar_actividade_estadistica.jsp?idioma=es&codigo=0204031016
2. ^ *Datos recogidos del Observatorio de las ocupaciones 2022. Informe del mercado de trabajo de las personas con discapacidad estatal. Datos 2021.* https://www.sepe.es/HomeSepe/dam/SiteSepe/contenidos/que_es_el_sepe/publicaciones/pdf/pdf_mercado_trabajo/2022/Informe-Mercado-Trabajo-Discapacitados-2022-datos2021.pdf

3. ^ *Libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad, 2023, p. 384* https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/discapacidad/docs/Libro_blanco_empleo_discapacidad_2023.pdf
4. ^ Autos 380/22

§ 80 ¿En qué casos el pluriempleo es causa de despido disciplinario?, ¿y qué valor probatorio tiene el informe de un detective privado en el proceso de despido?

María Areta Martínez

Secretaria de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

Resumen: La STSJ de La Rioja-SOC núm. 91/2023, de 26 de julio, confirma la procedencia del despido disciplinario de una trabajadora que, estando contratada por cuenta ajena como esteticista, desarrolla igual actividad profesional durante cuatro días consecutivos en otra empresa del mismo sector sita en localidad próxima y sin ponerlo en conocimiento de la primera para la que trabaja. La Sala fundamenta el fallo en el artículo 58.1 del ET, puesto en relación con el artículo 35.4 del Convenio Colectivo estatal para el sector de peluquerías, institutos de belleza y gimnasios, que tipifica como falta disciplinaria muy grave "El trabajo por cuenta propia o para otra empresa del ámbito funcional del convenio, sin autorización escrita de aquella a que pertenece". La empresa acredita los hechos imputados en la carta de despido por medio del informe de un detective privado, ratificado posteriormente por su autor en el acto del juicio oral. El caso ahora examinado invita a reflexionar sobre los siguientes aspectos: 1) el pluriempleo como causa de despido disciplinario, 2) la facultad del convenio colectivo para regular el pluriempleo y 3) el valor probatorio del informe de un detective privado y de sus anexos en el proceso de despido.

Palabras clave: Pluriempleo. Despido disciplinario. Convenio Colectivo estatal para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios. Informe de detective privado.

Abstract: En Espagne, la convention collective nationale de la coiffure et des professions connexes ne prévoit pas l'obligation pour le salarié de prévenir son employeur d'un cumul d'emplois, c'est à dire, la convention collective ne contient pas une disposition prévoyant que le salarié qui souhaite occuper un second emploi dans le même secteur d'activité doit en informer obligatoirement son employeur et obtenir son autorisation. Cependant l'article 35, paragraphe 4 de la convention collective prévoit que la violation de cette obligation est constitutive d'une faute lourde pouvant justifier le licenciement. La chambre sociale du Tribunal Supérieur de Justice de La Rioja a qualifié le licenciement comme approprié dans un arrêt du 23 juillet 2023 (n° 91/2023).

Keywords: Le cumul d'emplois salariés dans le secteur privé. Le licenciement disciplinaire. La convention collective nationale de la coiffure et des professions connexes. Valeur juridique du rapport d'un détective privé.

I. Introducción

Las páginas que siguen a continuación tienen por objeto comentar los Antecedentes de Hecho, los Fundamentos de Derecho y el Fallo de la STSJ de La Rioja-SOC núm. 91/2023, de 26 de julio, que resuelve el recurso de suplicación núm. 59/2023 (ECLI:ES:TSJLR:2023:254) interpuesto contra la sentencia núm. 56/2023, de 22 de marzo, del JS núm. 2 de Logroño (ECLI:ES:JSO:2023:995), en reclamación de despido disciplinario con vulneración de derechos fundamentales.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del TSJ de La Rioja.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 91/2023, de 26 de julio.

Tipo y número de recurso: Recurso de suplicación núm. 59/2023.

ECLI:ES:TSJLR:2023:254

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilma. Sra. Dña. María José Muñoz Hurtado.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión de fondo consiste en determinar la calificación que merece el despido disciplinario de una trabajadora que, estando contratada por cuenta ajena como esteticista, desarrolla igual actividad durante cuatro días consecutivos en otra empresa del mismo sector sita en localidad próxima y sin ponerlo en conocimiento de la primera a la que pertenece.

Antes de resolver la cuestión de fondo, la Sala de lo Social del TSJ de La Rioja examina otras dos cuestiones:

- Si el despido disciplinario adoptado por la empresa lesiona el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su faceta de garantía de indemnidad.
- Si la falta disciplinaria muy grave que se imputa a la trabajadora en la carta de despido disciplinario ha prescrito. La respuesta a esta cuestión pasa por determinar el *dies a quo* del plazo de prescripción corta de las faltas disciplinarias muy graves, que el artículo 60.2 del ET fija en 60 días.

Los hechos declarados probados por la sentencia del JS e inalterados en suplicación han seguido el *iter* cronológico señalado a continuación:

El **15 de mayo de 2019**, la trabajadora despedida suscribe con la empresa demandada contrato de trabajo indefinido, con jornada a tiempo completo y categoría profesional de esteticista.

Desde el **14 de marzo de 2020 hasta el 14 de febrero de 2022**, la trabajadora ha estado afecta a distintos periodos de ERTE-COVID señalados a continuación, durante los que ha percibido prestación por desempleo:

- Del 14 de marzo de 2020 al 13 de mayo de 2020 (60 días de suspensión).
- Del 14 de mayo de 2020 al 30 de septiembre de 2020 (137 días de reducción de jornada al 50 %).
- Entre el 1 de octubre de 2020 y el 16 de octubre de 2021, ha habido un total de 209 días de ERTE-COVID suspensivo con percibo de prestación por desempleo, distribuidos en varios periodos, en su mayoría durante la primera quincena de cada mes; a saber:

- Del 1 al 15 de octubre de 2020 (15 días).
- Del 1 al 15 de noviembre de 2020 (15 días).
- Del 1 al 15 de diciembre de 2020 (15 días).
- Del 12 al 30 de enero de 2021 (19 días).
- Del 1 al 24 de febrero de 2021 (24 días).
- Del 1 al 15 de marzo de 2021 (15 días).
- Del 1 al 15 de abril de 2021 (15 días).
- Del 1 al 15 de mayo de 2021 (15 días).
- Del 1 al 15 de junio de 2021 (15 días).
- Del 1 al 15 de julio de 2021 (15 días).
- Del 1 al 15 de agosto de 2021 (15 días).
- Del 1 al 15 de septiembre de 2021 (15 días).
- Del 1 al 16 de octubre de 2021 (16 días).
- Entre el 1 de noviembre de 2021 y el 14 de febrero de 2022, ha habido un total de 56 días de ERTE-COVID suspensivo con percibo de prestación por desempleo, distribuidos en los periodos indicados a continuación:
 - Del 1 al 15 de noviembre de 2021 (15 días).
 - Del 1 al 16 de diciembre de 2021 (16 días).
 - Del 1 al 11 de enero de 2022 (11 días).
 - Del 1 al 14 de febrero de 2022 (14 días).

El **31 de enero de 2022**, la empresa recibe informe del detective privado contratado para realizar el seguimiento de la trabajadora despedida. La empresa contrató los servicios del detective tras conocer, por las manifestaciones de una clienta, que la trabajadora despedida estaba prestando servicios como esteticista en otra mercantil. Dicho informe deja constancia de que la trabajadora ha desempeñado actividad con igual categoría profesional durante cuatro días consecutivos en otro centro de estética sito en localidad próxima, siendo la única persona al frente del negocio que atendía al público. El informe de seguimiento recoge que la trabajadora prestó servicios, *al menos*, durante los cuatro días siguientes:

- 20 de diciembre de 2021, de 19:00 h a 21:13 h
- 21 de diciembre de 2021, de 19:00 h a 20:55 h
- 22 de diciembre de 2021, de 14:02 h a 19:45 h
- 23 de diciembre de 2021, de 16:00 h a 21:13 h

En **día indeterminado de febrero de 2022**, previo al despido, la trabajadora se reúne con la dirección de la empresa para: 1) solicitar aclaración sobre el cómputo de horas de trabajo, 2) reclamar la entrega del calendario laboral y 3) manifestar que tiene derecho a más días de vacaciones.

El **28 de febrero de 2022**, la empresa notifica a la trabajadora su despido disciplinario con efectos desde el mismo día.

El **13 de marzo de 2022**, se insta el expediente de conciliación extrajudicial.

El **22 de marzo de 2022**, se celebra el acto de conciliación extrajudicial con resultado de “sin avenencia”.

En relación con los servicios de igual categoría que la trabajadora despedida desempeñó en otra empresa del mismo sector sita en localidad próxima, quedan acreditados los siguientes hechos complementarios:

- El 14 de diciembre de 2021, la titular de dicha empresa estuvo en situación de incapacidad temporal por COVID-19.
- La trabajadora no consta de alta en la Seguridad Social en los cuatro días (del 20 al 23 de diciembre de 2021) que prestó servicios en dicha empresa.
- El seguimiento de la trabajadora por parte del detective privado se produjo no solo los días 20, 21, 22 y 23 de diciembre de 2021, sino también los días 3, 21 y 31 de enero de 2022, haciendo constar el informe que en estos tres últimos días la trabajadora no acudió a la referida empresa.

IV. Posiciones de las partes

1. La parte recurrente (trabajadora despedida)

La trabajadora despedida recurre en suplicación la sentencia núm. 56/2023, de 22 de marzo, del JS núm. 2 de Logroño (ECLI:ES:JSO:2023:995), articulando los motivos siguientes:

Tres motivos de revisión fáctica, ex artículo 193.b) de la LRJS, destinados a modificar los hechos probados primero, cuarto y octavo:

- Revisión del hecho probado primero. La trabajadora solicita cambiar la antigüedad que figura en el hecho probado primero de la sentencia del JS. La antigüedad no es de 24 de agosto de 2009, sino de 15 de mayo de 2019. La Sala de suplicación aclara que no se trata de revisar un hecho fruto de un error en la valoración de la prueba, sino de rectificar un mero error material de transcripción. Conforme al artículo 267.3 de la LOPJ, los errores materiales manifiestos en que incurren las resoluciones judiciales pueden ser rectificadas en cualquier momento, incluso por el tribunal *ad quem* al resolver un recurso extraordinario como es el de suplicación (Fundamento de Derecho Segundo.B.1).
- Revisión de los párrafos primero y segundo del hecho probado cuarto. La Sala de suplicación señala que esta revisión fáctica no merece favorable acogida porque no se fundamenta en prueba documental ni en prueba pericial, sino en prueba testifical, como es el informe del detective privado ratificado por su autor en el acto del juicio oral (Fundamento de Derecho Segundo.B.3).
- Revisión del primer párrafo del hecho probado octavo. La Sala de suplicación indica que tal revisión fáctica no puede recibir favorable acogida porque no se cita medio de prueba con virtualidad revisoría, y además la revisión propuesta no añade información relevante para alterar el sentido del fallo de la sentencia recurrida (Fundamento de Derecho Segundo.B.2).

Tres motivos destinados a examinar la infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia, ex artículo 193.c) de la LRJS. La trabajadora invoca las siguientes infracciones normativas por parte de la sentencia del JS recurrida:

- Hechos no consignados en la carta de despido. Se denuncia contravención del artículo 53 de la CE, en relación con los artículos 5.d), 21 y 54.2.d) del ET, con los artículos 35.4 y 36 del Convenio Colectivo estatal para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios, y con el artículo 105.2 de la LRJS. El Letrado de la trabajadora considera que al enjuiciar la calificación del despido se han tomado en cuenta hechos no consignados en la carta de despido como, por ejemplo, la existencia de un periodo previo de alta como trabajadora en otra empresa del mismo sector.

- Prescripción de la falta disciplinaria muy grave. Se denuncia conculcación del artículo 60 del ET y de la jurisprudencia que lo interpreta, en relación con los artículos 35.4 y 37 del Convenio Colectivo estatal para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios. El letrado de la trabajadora señala que la falta disciplinaria muy grave que se imputa a la trabajadora ha prescrito porque han transcurrido más de 60 días desde que la empresa tuvo conocimiento. El Letrado argumenta que la empresa tenía conocimiento cierto y preciso de los hechos por habérselo comunicado una cliente, habiendo transcurrido más de 60 días desde que tuvo noticia hasta que adoptó el despido. Por otra parte, el letrado considera que el *dies a quo* de la prescripción debe situarse el 23 de diciembre de 2021, que es cuando se produjo el último hecho imputado en la carta de despido.
- Lesión de la garantía de indemnidad. Se denuncia vulneración del artículo 24 de la CE, en relación con el art. 54.2.d) del ET y los artículos 22, 23 y 24 del Convenio Colectivo estatal para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios (Código de convenio núm. 99010955011997). El Letrado de la trabajadora considera que el despido disciplinario es nulo porque comporta vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su faceta de garantía de indemnidad. El letrado considera que el despido viene motivado por la queja (reclamación) que la trabajadora dirigió a la empresa días antes sobre jornada, calendario laboral y vacaciones.

2. La parte recurrida (empresa)

La empresa demandada se ha opuesto al recurso (Fundamento Jurídico Primero, último párrafo).

V. Normativa aplicable al caso

La STSJ de La Rioja-SOC núm. 91/2023, de 26 de julio, fundamenta el Fallo en la normativa vigente señalada a continuación:

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) (BOE núm. 255, de 24 octubre 2015):

- El artículo 8.1 del ET establece que el contrato de trabajo *Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel.*
- El artículo 54.1 del ET permite la extinción del contrato de trabajo *por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.*
- El artículo 58.1 del ET dispone que *Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable.*
- El artículo 60.2 del ET señala que *Respecto a los trabajadores, las faltas leves prescribirán a los diez días; las graves, a los veinte días, y las muy graves, a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido.*

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS) (BOE núm. 245, de 11 octubre 2011):

- El artículo 96.1 de la LRJS dispone que *En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.*
- El artículo 181.2 de la LRJ establece que *En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.*

Convenio Colectivo sectorial estatal para peluquerías, centros de belleza y gimnasios (Código de convenio núm. 99010955011997) (BOE núm. 107, de 5 mayo 2022):

- El artículo 35.4 del Convenio Colectivo tipifica falta muy grave *El trabajo por cuenta propia o para otra empresa del ámbito funcional del convenio, sin autorización escrita de aquella a que pertenece.*
- El artículo 36 del Convenio Colectivo tipifica como sanción máxima por falta muy grave *el despido con la pérdida de todos los derechos en la empresa.*

VI. Doctrina básica

La Sala de lo Social del TSJ de La Rioja, siguiendo la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Social del TS, dictamina:

- **Sobre la revisión en suplicación de los hechos declarados probados por el JS, ex artículo 193.b) de la LRJS:** a efectos de la revisión fáctica en suplicación, el informe del detective privado ratificado por su autor en el acto del juicio oral carece de virtualidad porque no tiene naturaleza de prueba documental, sino de prueba testifical.
- **Sobre el *dies a quo* del plazo de prescripción (corta) de las faltas disciplinarias:** a efectos de determinar el *dies a quo* del plazo de prescripción (corta) de las faltas disciplinarias muy graves, que el artículo 60.2 del ET fija en 60 días, ha de tomarse la fecha de entrega a la empresa del informe del detective privado en el que se apoya el despido disciplinario, porque es entonces cuando cabe afirmar que aquella tiene un conocimiento cabal, pleno y exacto de los hechos que permiten activar su potestad disciplinaria. El inicio del cómputo del plazo no viene determinado por una fecha anterior en la que la empresa recibió noticia de los hechos por parte de una clienta ni por la fecha en la que la trabajadora cometió el último hecho sancionable.
- **Sobre la garantía de indemnidad:** un indicio de lesión de la garantía de indemnidad es el hecho de que la trabajadora dirigiera a la empresa una reclamación (queja) en materia de jornada, calendario laboral y vacaciones pocos días antes de su despido disciplinario. Sin embargo, dicho indicio queda desvirtuado y no se aprecia lesión del derecho fundamental cuando la empresa acredita que recibió el informe del detective privado, en el que apoya los hechos imputados en la carta de despido, antes que la queja de la trabajadora.
- **Sobre la procedencia del despido disciplinario:** el despido disciplinario es procedente cuando los hechos imputados en la carta de despido han quedado acreditados y son constitutivos de falta disciplinaria muy grave

conforme a la graduación de faltas y sanciones recogida en el convenio colectivo aplicable. En el caso ahora examinado, el despido disciplinario es procedente porque los hechos imputados en la carta de despido han quedado acreditados a través del informe de un detective privado y son constitutivos de falta disciplinaria muy grave conforme a lo dispuesto en el artículo 35.4 del Convenio Colectivo sectorial estatal para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios. El precepto convencional tipifica como falta muy grave, entre otras, *El trabajo por cuenta propia o para otra empresa del ámbito funcional del convenio, sin autorización escrita de aquella a que pertenece.*

VII. Parte dispositiva

La Sala de lo Social del TSJ de La Rioja-SOC núm. 91/223 ha decidido:

- **Primero.** Desestimar el recurso de suplicación núm. 59/2023, interpuesto por el Letrado de la trabajadora contra la sentencia núm. 56/2023, de 22 de marzo, del JS núm. 2 de Logroño.
- **Segundo.** Confirmar la sentencia núm. 56/2023, de 22 de marzo, del JS núm. 2 de Logroño, que declara la procedencia del despido disciplinario.
- **Tercero.** Sin costas porque la trabajadora recurrente goza del beneficio de justicia gratuita, ex artículo 235.1 de la LRJS.

VIII. Comentario

La STSJ de La Rioja-SOC núm. 91/2023 invita a reflexionar, entre otras, sobre las tres cuestiones siguientes:

Primera cuestión: ¿en qué casos el pluriempleo es causa de despido disciplinario?

Segunda cuestión: ¿en qué casos el informe de un detective privado no es medio de prueba lícito para acreditar una falta disciplinaria?

Tercera cuestión: ¿en qué casos el informe de un detective privado carece de virtualidad probatoria para instar en suplicación la revisión fáctica?

1. ¿En qué casos el pluriempleo es causa de despido disciplinario?

Entre los deberes básicos del trabajador, el artículo 5.d) del ET cita el de *no concurrir con la actividad de la empresa, en los términos fijados en esta ley*. Así, el artículo 21.1 del ET precisa que *No podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan*. El artículo 21.1 del ET prohíbe el pluriempleo en los dos supuestos siguientes: 1) cuando la nueva prestación laboral dé lugar a una situación de concurrencia (competencia) desleal y 2) cuando empresa y trabajador hayan suscrito un pacto de plena dedicación (exclusividad) mediante compensación económica expresa. Por tanto, el empresario podrá ejercer la potestad disciplinaria cuando el trabajador efectúa una prestación laboral para otra empresa que comporte: 1) competencia desleal o 2) incumplimiento del pacto de exclusividad suscrito.

El caso examinado por la STSJ de La Rioja-SOC núm. 91/2023, que ahora se comenta, tiene la particularidad de que la trabajadora ha sido despedida por hallarse en una situación de pluriempleo que no tiene encaje *stricto sensu* en ninguno de los dos supuestos prohibidos por el artículo 21.1 del ET, sino en otro distinto previsto en el Convenio Colectivo sectorial estatal para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios. Concretamente, los artículos 35.4 y 36 de la referida norma convencional tipifican como falta disciplinaria muy grave susceptible de sancionarse con despido *El trabajo por cuenta propia o para otra empresa del ámbito funcional del convenio, sin autorización escrita de aquella a que pertenece*. Ciertamente, el artículo 60.1 del ET

faculta al convenio colectivo para tipificar (graduar) las faltas y sanciones disciplinarias de los trabajadores. De hecho, tal y como señala la Sentencia, *existiendo una tipificación específica en el convenio colectivo, su regulación debe prevalecer sobre la general de la ley estatutaria*. Sucede, sin embargo, que el Convenio Colectivo está incorporado *ex novo* un supuesto de prohibición de pluriempleo al sancionar la prestación laboral para otra empresa incluida en su ámbito funcional cuando el trabajador no tenga autorización escrita de aquella a la que pertenece; nótese que la literalidad de la norma convencional es clara y no establece que la otra ocupación vaya acompañada de exigencias añadidas. En realidad, lo que está haciendo la norma convencional es: 1) obligar al trabajador a que informe a la empresa de que va a trabajar (o trabaja) en otra del mismo sector, y 2) permitir al empresario que prohíba (no autorice por escrito) al trabajador el pluriempleo dentro del mismo sector, aunque la prestación laboral para la otra mercantil no comporte competencia desleal ni medie pacto de exclusividad. Así, el trabajador puede ser despedido tanto si no informa al empresario de su situación de pluriempleo como si le informa y no la autoriza por escrito.

Llegados a este punto, la cuestión pasa por determinar si el convenio colectivo está facultado para limitar o incluso prohibir el pluriempleo más allá de lo dispuesto en el ET, o incluso permitir al empresario que lo prohíba sin necesidad de alegar causa objetiva justificada. En última instancia se trata de determinar si los artículos 35.4 y 36 del Convenio Colectivo estatal del sector de peluquerías, institutos de belleza y gimnasios conculcan la legalidad vigente porque facultan al empresario no solo para sancionar con despido al trabajador que no informa de la situación de pluriempleo en el mismo sector, sino también para prohibir (no autorizar) el pluriempleo al trabajador que informa de ello y sancionarle si incumple la prohibición. La legalidad de la norma convencional en este punto es cuestionable a la vista de lo dispuesto en el artículo 9 de la Directiva (UE) 2019/1152 que, bajo el título “empleo paralelo”, dispone lo siguiente:

1. *Los Estados miembros garantizarán que un empleador ni prohíba a un trabajador aceptar empleos con otros empleadores fuera del calendario de trabajo establecido con dicho empleador, ni lo someta a un trato desfavorable por ese motivo.*

2. *Los Estados miembros podrán fijar las condiciones para la utilización de restricciones por incompatibilidad por parte de los empleadores basadas en causas objetivas, tales como la salud y la seguridad, la protección de la confidencialidad empresarial, la integridad del servicio público o la prevención de conflictos de intereses.*

El artículo 9.1 de la Directiva (UE) 2019/1152 recoge un mandato dirigido a los Estados miembros para que garanticen que el empresario: 1) no prohíba al trabajador el pluriempleo fuera del calendario laboral de la empresa; y 2) no someta al trabajador a un trato desfavorable por el hecho de estar pluriempleado. Por su parte, el artículo 9.2 de la Directiva (UE) 2019/1152 faculta a los Estados miembros para fijar restricciones al pluriempleo basadas en causas objetivas, tales como (lista *numerus apertus*): 1) la salud y la seguridad, 2) la protección de la confidencialidad empresarial, 3) la integridad del servicio público y 4) la prevención de conflictos de intereses. Todo apunta a que el caso ahora examinado sobrepasa los límites del pluriempleo fijados por el Derecho de la Unión Europea.

Algunas notas aclaratorias sobre la cuestión planteada en el caso ahora enjuiciado:

- **Primera nota aclaratoria:** la trabajadora despedida alega que la prestación de servicios realizada no fue por cuenta ajena, sino a favor de una amiga y sin percibo de retribución, no habiendo sido dada de alta en la Seguridad Social. La recurrente sostiene que, tratándose de un trabajo realizado a título de amistad, *ex artículo 1.3.d)* del ET, no procede aplicar la cláusula convencional sancionadora. Sin embargo, la Sala descarta que la actividad realizada por la trabajadora esté excluida del ET porque no existe dato alguno en la relación de hechos probados que avale que la prestación

de servicios fuera a título de amistad. La Sala dictamina que, a la vista de los hechos declarados probados a través del informe del detective privado, adquiere virtualidad la presunción de laboralidad del artículo 8.1 del ET, que lleva a declarar la existencia de vínculo laboral y a aplicar el régimen sancionador del convenio colectivo.

- **Segunda nota aclaratoria:** la trabajadora ha sido despedida tras quedar acreditado, mediante informe de un detective privado, que realizó un trabajo por cuenta ajena para otra empresa del mismo sector durante cuatro días consecutivos, no así durante los tres días restantes en los que también se realizó el seguimiento. No consta que las partes tengan suscrito un pacto de exclusividad. Llegados a este punto, tal vez merezca la pena revisar si la teoría gradualista ha sido tomada en cuenta para enjuiciar el caso ahora examinado, máxime teniendo en cuenta que el Convenio Colectivo en cuestión: 1) tipifica como falta disciplinaria muy grave trabajar para otra empresa del mismo sector sin autorización escrita de la primera empresa a la que se pertenece, no añadiendo más concreción ni exigencia, es decir, no precisando si la infracción ha de ser continuada o reiterada; y 2) contempla una sanción alternativa al despido para las faltas disciplinarias muy graves, que es la suspensión de empleo y sueldo de veinte a treinta días.

2. *¿En qué casos el informe de un detective privado no es un medio de prueba lícito para acreditar una falta disciplinaria?, ¿y en qué casos carece de virtualidad probatoria para instar en suplicación la revisión fáctica?*

El artículo 48.1.a) de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada (BOE núm. 83, de 5 abril 2014), dispone que *Los servicios de investigación privada, a cargo de detectives privados, consistirán en la realización de las averiguaciones que resulten necesarias para la obtención y aportación, por cuenta de terceros legitimados, de información y pruebas sobre conductas o hechos privados relacionados, entre otros ámbitos, con el laboral.* Por tanto, la Ley habilita a los detectives privados para investigar hechos y conductas de la vida privada de las personas trabajadoras que afecten al ámbito laboral; todo ello con el fin de obtener información y pruebas para el empresario, como tercero legitimado. En el caso ahora examinado, la empresa presenta el informe de un detective privado como único medio de prueba para acreditar la falta disciplinaria muy grave de la trabajadora despedida. Llegados a este punto conviene llamar la atención sobre dos cuestiones referidas al valor probatorio del informe de un detective privado; a saber:

Primera cuestión: ¿en qué casos el informe de un detective privado no es un medio de prueba lícito? El informe de un detective privado no constituye medio de prueba lícito para apoyar un despido disciplinario en los dos casos siguientes:

- Primer caso. El detective privado contratado por la empresa carece de la preceptiva habilitación administrativa para el ejercicio profesional. Los detectives privados se incluyen dentro del personal de seguridad privada (artículo 26.1 Ley 5/2014), y para ejercer sus funciones han de contar con la correspondiente habilitación del Ministerio del interior (artículo 27.1 Ley 5/2014). Antes de contratar los servicios de un detective privado, lo aconsejable es que la empresa le solicite su acreditación y número de habilitación. De este modo, la empresa evita que el informe del detective privado sea considerado un medio de prueba ilícito porque quien lo emite carece de la preceptiva habilitación profesional. Además, conviene recordar que el informe de investigación tampoco será válido si quien lo emite ha perdido su habilitación para trabajar como detective privado en los términos previstos en el artículo 28.3 de la Ley 5/2014. La STS-CONT núm. 728/2023, de 1 de junio (Recurso de casación núm. 5315/2021.

ECLI:ES:TS:2023:2471), recuerda que la habilitación profesional se pierde, entre otros supuestos, cuando el sujeto es condenado mediante sentencia firme por un delito doloso, no pudiendo trabajar de nuevo como detective privado hasta que obtenga una nueva habilitación, lo cual exige esperar a la cancelación de los antecedentes penales.

- Segundo caso. El informe del detective privado vulnera derechos fundamentales porque las conductas o los hechos privados relacionados con el ámbito laboral que recoge han sido obtenidos ilícitamente. El artículo 48.3 de la Ley 5/2014 limita la actividad de los detectives privados en orden a garantizar la protección de los derechos fundamentales: 1) prohibiendo investigar la vida íntima de las personas que transcurra en sus domicilios u otros lugares reservados; y 2) impidiendo el uso de medios personales, materiales o técnicos que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones o a la protección de datos. Además, el artículo 48.6 de la Ley 5/2014 exige que los servicios de investigación privada se ejecuten *con respeto a los principios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad*. La Sala de lo Social del TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la validez probatoria del informe de un detective privado en varias ocasiones:

- La STS-SOC núm. 155/2020, de 19 de febrero (RCUD núm. 3943/2017. ECLI:ES:TS:2020:848), declara la ilicitud del informe del detective privado porque este provocó al trabajador despedido, mediante procedimientos ilícitos o éticamente reprochables, para realizar actividades que le estaban vedadas por la empresa.

- La STS-SOC núm. 380/2023, de 25 de mayo (RCUD núm. 2339/2022. ECLI:ES:TS:2023:2293), declara que el informe del detective privado presentado por la empresa para justificar el despido disciplinario es prueba ilícita porque vulnera el derecho a la intimidad al incluir fotografías del trabajador despedido en el jardín de su casa, que es un espacio subsumible dentro tanto de la categoría de *domicilio* como de la categoría de *lugar reservado*, ex artículo 48.3 de la Ley 5/2014. En definitiva, el informe del detective privado en este caso no es medio de prueba válido en el sentido del artículo 90.2 de la LRJS, porque comporta la violación del derecho fundamental del trabajador a la intimidad personal del artículo 18.1 de la CE.

- La STS-SOC núm. 551/2023, de 12 de septiembre (RCUD núm. 2261/2022. ECLI:ES:TS:2023:3677), declara la licitud del informe de un detective privado, argumentando que la exigencia legal (artículo 48.6 Ley 5/2014) de respeto a *los principios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad no requiere la concurrencia de sospechas fundadas ni de un número determinado de indicios a la hora de valorar la licitud o ilicitud de la prueba*.

Segunda cuestión: ¿en qué caso el informe de un detective privado no es un medio de prueba idóneo para instar en suplicación la revisión de los hechos declarados probados? En principio, el informe de un detective privado tiene la consideración de prueba documental, ex artículo 265.1.5º de la LEC, de modo que resulta un medio de prueba idóneo para fundamentar en suplicación la revisión de los hechos declarado probados por la sentencia del JS, ex artículo 193.b) de la LRJS. Sin embargo, cuando los hechos consignados en el informe no son reconocidos como ciertos por la parte contraria, el detective privado deberá ratificarlos en el acto del juicio oral, en cuyo caso el referido informe se convierte en prueba testifical documentada cualificada (artículo 265.1.5º inciso final LEC). El artículo 380.1 de la LEC expresa con claridad que cuando los hechos recogidos por el informe de investigación privada no sean reconocidos, se interrogará como testigo a su autor teniendo en cuenta las reglas siguientes: 1ª *No procederá la tacha del testigo por razón de interés en el asunto, cuando el informe hubiese sido elaborado por encargo de una de las partes;* 2ª *El autor del informe, una vez acreditada su habilitación profesional, habrá de reconocerlo*

y ratificarse en su contenido, antes de que se le formulen las preguntas pertinentes; y 3ª El interrogatorio se limitará a los hechos consignados en los informes. La STS-SOC núm. 551/2023, de 12 de septiembre (RCUD núm. 2261/2022. ECLI:ES:TS:2023:3677), dictamina que *El informe del detective privado no es realmente un documento, sino la plasmación por escrito de la prueba testifical sobre hechos observados por quien lo firma*. El TS ha reiterado que el informe de un detective privado ratificado por su autor en el acto del juicio oral no es prueba documental que permita fundamentar la revisión fáctica en suplicación^[1], ex artículo 193.c) de la LRJS, ni en casación ordinaria^[2], ex artículo 207.d) de la LRJS. La STSJ de La Rioja-SOC núm. 91/2023, que ahora se comenta, aplica la doctrina jurisprudencial señalada para rechazar la revisión de uno de los hechos declarados probados por la sentencia del JS porque se fundamenta en el informe del detective privado ratificado por su autor en el juicio, que no es prueba documental ni pericial, sino prueba testifical carente de cualquier virtualidad para cambiar en suplicación los hechos probados (Fundamento Jurídico Segundo.B.3.b). Llegados a este punto conviene diferenciar entre el valor probatorio del informe del detective privado y el de sus anexos:

- Valor probatorio del informe del detective privado. Tal y como ha quedado expuesto, el informe del detective privado ratificado por su autor en el acto del juicio no es válido para instar en suplicación (ni en casación ordinaria) la revisión de los hechos probados porque no es prueba documental (ni pericial), sino prueba testifical.
- Valor probatorio de los documentos anexos al informe del detective privado. El informe de un detective privado puede llevar un anexo con documentos públicos, documentos privados, medios de reproducción de la imagen, la palabra y el sonido (fotografías, grabaciones de vídeo y de voz), etc. Conviene clarificar si los elementos anexos al informe del detective privado son aptos para fundamentar la revisión fáctica en suplicación. Para ello hay que examinar: 1º) si alguno de los elementos adjuntos al informe tiene naturaleza de prueba documental, y 2º) caso de tener naturaleza de prueba documental, si reúne la condición de literosuficiente, es decir, que por sí solo acredita de manera fehaciente aquello que la parte recurrente pretende que se incluya como probado en un ordinal fáctico. En relación con la grabación de vídeo, la STS-SOC núm. 325/2022, de 6 de abril (RCUD núm. 1370/2020. ECLI:ES:TS:2022:1469), reitera que no tiene naturaleza de prueba documental a efectos de fundar la revisión de hechos probados; y ello es así porque la LEC, que resulta de aplicación supletoria al proceso laboral en materia de prueba (disposición final cuarta LRJS), dispensa un tratamiento autónomo a los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen (artículos 299.2 y 382 a 384 LEC), diferenciándolos de la prueba documental (artículos 299.1.2º, 299.1.3º y 317 a 334 LEC); siendo esto así, cabe entender que las fotografías y grabaciones de sonido que se adjuten como anexo al informe del detective privado tampoco tienen naturaleza de prueba documental para instar la revisión fáctica. Sin embargo, si el informe del detective privado anexa documentos públicos o documentos privados que reúnen la condición de literosuficiente, no parece que haya obstáculo para que, llegado el caso, puedan fundar la revisión fáctica en suplicación.

X. Apunte final. ¿Cuándo comienza a computar el plazo de prescripción (corta) de las faltas disciplinarias muy graves?

El artículo 60.2 del ET dispone que las faltas disciplinarias muy graves del trabajador prescriben *a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido*. El referido precepto estatutario recoge un doble régimen jurídico de la prescripción; a

saber: 1) la “prescripción corta” de los 60 días, que comienza a computar desde que la empresa tiene conocimiento de la falta; y 2) la “prescripción larga”, que comienza a computar desde que se cometió la falta y no desde que la empresa tuvo conocimiento de la misma. Llegados a este punto y a modo de apunte final, la cuestión pasa por determinar cuándo se entiende que la empresa tiene conocimiento de la comisión de la falta en orden a fijar el *dies a quo* del plazo de “prescripción corta”. La STSJ de La Rioja-SOC núm. 91/2023, que ahora se comenta, recuerda algunas reglas establecidas por la Sala de lo Social del TS en orden a determinar el día inicial del cómputo del plazo de la “prescripción corta” de las faltas laborales muy graves; son las siguientes:

- El plazo de prescripción no comienza a computar cuando la empresa tiene un conocimiento superficial, genérico o indiciario de las faltas cometidas por el trabajador, sino cuando tenga un conocimiento cabal, pleno y exacto de los hechos.
- Se entiende que la empresa tiene conocimiento cabal, pleno y exacto de los hechos cuando llega a un órgano de la organización empresarial dotado de facultades sancionadoras.
- No cabe sustituir el conocimiento cabal, pleno y exacto (efectivo, real y cierto) por la mera posibilidad de haber tenido la empresa noticia de los hechos acontecidos, sin que ese conocimiento hubiera tenido lugar.
- El hecho de que el trabajador, durante la investigación de los hechos o durante la tramitación del expediente contradictorio previo, reconozca los hechos investigados o imputados no implica necesariamente que el empresario tenga un conocimiento cabal, pleno y exacto.

En el caso ahora enjuiciado hay dos circunstancias que llevan a cuestionar si la falta disciplinaria muy grave que la empresa imputa a la trabajadora en la carta de despido ha prescrito; a saber:

- Primera circunstancia: el último hecho imputado a la trabajadora se produce el 23 de diciembre de 2021, habiendo transcurrido más de 60 días desde entonces hasta la fecha del despido disciplinario, que tuvo lugar el 28 de febrero de 2022.
- Segunda circunstancia: antes del 23 de diciembre de 2021, una clienta informó a la empresa que la trabajadora estaba prestando servicios de igual categoría profesional en otro establecimiento sito en localidad próxima, habiendo pasado más de 60 días desde que recibiera dicha noticia hasta la fecha del despido disciplinario.

A la vista de la doctrina jurisprudencial expuesta, la STSJ de La Rioja-SOC núm. 91/2023 declara que ninguna de las dos circunstancias señaladas determina el inicio del cómputo del plazo de prescripción (corta). La Sala dictamina que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción (corta) de la falta disciplinaria muy grave viene dado por la fecha de entrega del informe del detective privado a la empresa, porque es entonces cuando esta tiene un conocimiento exacto y cierto de los hechos que permiten activar su potestad disciplinaria. Por tanto, dado que entre el 31 de diciembre de 2021 (fecha de entrega del informe por el detective privado) y el 28 de febrero de 2022 (fecha del despido disciplinario) no transcurrieron más de 60 días, no cabe declarar la prescripción de la falta disciplinaria muy grave que se imputa a la trabajadora. La sentencia núm. 56/2023, de 22 de marzo, del JS núm. 2 de Logroño (ECLI:ES:JSO:2023:995), ahora recurrida en suplicación, declara probado por la prueba testifical del detective privado y su propio informe aportado a los autos por la empresa, que esta no tuvo conocimiento de dicho informe hasta el 31 de enero de 2022 y que antes de esta fecha, el detective privado no informó a la empresa en ningún momento del resultado de la investigación.

Referencias:

1. ^ Vid., STS-SOC núm. 170/1990, de 10 de febrero (ECLI:ES:TS:1990:1139); STS, Sala Social, de 13 de marzo de 1991 (RCUD núm. 320/1990. ECLI:ES:TS:1991:16591); 15 de octubre de 2014 (RCUD núm. 1654/2013. ECLI:ES:TS:2004:4632); y STS-SOC núm. 155/2020, de 19 de febrero (RCUD núm. 3943/2017. ECLI:ES:TS:2020:848).
2. ^ Vid., STS, Sala Social, de 24 de febrero de 1992 (RCUD núm. 1059/1991. ECLI:ES:TS:1992:1469).

§ 81 La Directiva sobre despidos colectivos no impone informar a los trabajadores individualmente considerados del proyecto de despido cuando la ausencia de representantes se debe a la pasividad de los trabajadores.

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen: *La normativa nacional rumana permite a la empresa no informar ni consultar individualmente a los trabajadores afectados sobre un proyecto de despido colectivo cuando los trabajadores, a pesar de haber podido, no han designado a sus representantes tras haberse extinguido su mandato representativo. Se cuestiona si en dicho contexto la falta de información y consulta de forma individual con los trabajadores constituye una incorrecta trasposición de la Directiva sobre despidos colectivos. Para el TJUE dicha legislación no se opone a la Directiva mencionada siempre y cuando la normativa nacional permita garantizar la plena eficacia de las garantías contempladas en la Directiva y la ausencia de designación de representantes no se impida por circunstancias ajenas a la voluntad de los trabajadores.*

Palabras clave: *Despido colectivo. Deber empresarial de información: alcance. Ausencia de representantes de los trabajadores. No necesidad de informar individualmente.*

Abstract: *The Romanian national legislation allows the company not to inform and consult individually the workers concerned on a collective redundancy project when the workers have not renewed their representatives after the expiry of their term of office when they had the possibility to do so. It is questioned whether in such a context the failure to inform and consult directly and individually with the workers constitutes an incorrect transposition of the Directive on collective redundancies. For the CJEU, such legislation does not conflict with the aforementioned Directive, if the national legislation ensures the full effectiveness of the guarantees provided for in the Directive and the absence of designation of representatives is not prevented by circumstances beyond the employees' control.*

Keywords: *Collective dismissal. Employer's duty to inform: scope. Absence of workers' representatives. No need to inform individually.*

I. Introducción

La STJUE de 5 de octubre de 2023, C-496/22, interpreta los arts. 1.1.b) y 6 de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos,

en su versión modificada por la Directiva (UE) 2015/1794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 2015 y examina si, en el caso de no existir representantes de los trabajadores en la empresa, pudiendo haberlos si los trabajadores hubieran iniciado el proceso de designación, la empresa debe informar y consultar a los trabajadores individualmente considerados.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal de Justicia de la UE (Sala Séptima).

Número de resolución judicial y fecha: STJUE de 5 de octubre de 2023.

Tipo y número recurso o procedimiento: Cuestión prejudicial. Asunto C-496/22, *El y SC Brink's Cash Solutions SRL*.

ECLI:EU:C:2023:741

Fuente: CURIA.

Ponente: Sr. F. Biltgen.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Como consecuencia de la pandemia la empresa demandada experimentó un descenso considerable de su actividad a nivel nacional, lo que repercutió en sus beneficios. En este contexto particular, decidió reestructurar su empresa e inició un procedimiento de despido colectivo, con el objetivo de suprimir 128 puestos de trabajo a nivel nacional. Los días 12, 13 y 15 de mayo de 2020, notificó su intención de iniciar dicho procedimiento de despido a las autoridades indicando expresamente que los despidos de los trabajadores afectados tendrían lugar entre el 19 de mayo y el 2 de julio de 2020. Dado que el mandato de los representantes de los trabajadores anteriormente designados había expirado el 23 de abril de 2020 sin que se hubieran elegido nuevos representantes, no se envió dicha notificación a esos representantes. La notificación tampoco fue comunicada individualmente a cada uno de los trabajadores afectados por dicho procedimiento de despido.

Varios trabajadores impugnaron el despido colectivo ante los órganos jurisdiccionales rumanos, planteando la necesidad de que, en ausencia de representantes de los trabajadores, se debiera informar individualmente a los trabajadores por lo que, al no haberse hecho así, el despido debía declararse inválido. Pero las distintas sentencias fueron confirmando la validez del despido argumentando que la decisión empresarial era conforme a Derecho porque, en interpretación literal de la Directiva, los representantes de los trabajadores eran los únicos beneficiarios de la obligación de información y de consulta, de modo que, a falta de los mismos, el empresario no estaría obligado a respetar la fase de información y consulta de los trabajadores. Sin embargo, en el juicio concreto de un trabajador el órgano jurisdiccional que tenía que dirimirlo decidió interponer una cuestión prejudicial para determinar si el artículo 2.3 de la Directiva 98/59, en relación con sus considerandos 2, 6 y 12, debía interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional como la rumana en la que, a falta de un mecanismo nacional obligatorio de designación de representantes de los trabajadores, no se exige la notificación individual a los trabajadores, cuestionando si tal defecto legal vacía de contenido la obligación de informar y consultar a los trabajadores. A su juicio, la interpretación del artículo 2, apartado 3, de la Directiva 98/59, en relación con el artículo 6 de esta, pondría de manifiesto que la fase de información y consulta de los trabajadores, aun a falta de representantes de los trabajadores, es obligatoria en el marco de un procedimiento de despido colectivo, aunque su cumplimiento no modifique en modo alguno el plan de reestructuración previsto por el empresario.

El Tribunal Superior de Bucarest, Rumanía formula las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Se oponen el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra b), y el artículo 6 de la Directiva [98/59], en relación con los considerandos 2 y 6 de esta, a una normativa nacional que permite al empresario abstenerse de consultar a los trabajadores afectados por un procedimiento de despido colectivo, debido a que estos no han designado representantes ni tienen la obligación legal de hacerlo?

2) ¿Deben interpretarse el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra b), primera frase, y el artículo 6 de la Directiva [98/59], en relación con los considerandos 2 y 6 de esta, en el sentido de que, en la situación anteriormente referida, el empresario tiene la obligación de informar y de consultar a todos los trabajadores afectados por el procedimiento de despido colectivo?»

IV. Posición de las partes

1. De la parte demandante

El demandante en el procedimiento principal, que es uno de los 128 trabajadores despedidos, alega que la empresa tenía la obligación imperativa de informar y consultar a los trabajadores individualmente aun cuando no existiera un sindicato o representantes designados para defender sus intereses. En concreto, en una situación particular como la controvertida en el litigio principal correspondía a la empresa demandada informar a los trabajadores afectados de la necesidad de designar nuevos representantes a efectos del propio procedimiento de despido.

2. De la empresa demandada

La empresa demandada alega que, al no haber sido renovados los mandatos de los representantes de los trabajadores, se encontró en una situación atípica de falta de interlocutor social. Aduce que la ausencia de coordinación de los trabajadores hizo imposible la designación de representantes debidamente mandatados durante el procedimiento de despido colectivo y por ello no podían tener lugar la información y consulta y, en tanto la normativa nacional prevé que dicho procedimiento debe llevarse a cabo con el sindicato o los representantes de los trabajadores y no con los trabajadores individualmente considerados, se encontraba dispensada de informar y consultar individualmente a los trabajadores.

V. Normativa aplicable al caso

Directiva 98/59:

Art. 1.1.b: «A efectos de la aplicación de la presente Directiva: [...] b) se entenderá por “representantes de los trabajadores” los representantes de los trabajadores previstos por la legislación o la práctica de los Estados miembros.»

Art. 2: «1. Cuando el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo. 2. Las consultas versarán, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos. [...]»

Art. 3.1: «El empresario estará obligado a notificar por escrito cualquier proyecto de despido colectivo a la autoridad pública competente. [...] La notificación deberá contener todos los informes útiles referentes al proyecto de despido colectivo y a las consultas con los representantes de los trabajadores previstas en el artículo 2, especialmente los motivos del despido, el número de trabajadores que se va a despedir, el número de trabajadores habitualmente empleados y el período en el que se prevé que se van a efectuar los despidos.»

Art. 6: «Los Estados miembros procurarán que los representantes de los trabajadores o los trabajadores dispongan de procedimientos administrativos y/o jurisdiccionales con objeto de hacer cumplir las obligaciones establecidas en la presente Directiva.»

Derecho Rumano: la Legea nr. 53/2003 privind Codul muncii (Ley n. 53/2003 sobre el Código del Trabajo), de 24 de enero de 2003:

Art. 69: «(1) Cuando el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá, en tiempo hábil y con vistas a llegar a un acuerdo, en las condiciones legalmente establecidas, llevar a cabo consultas con el sindicato o, en su caso, con los representantes de los trabajadores, en relación, como mínimo, con: [...]

Art.70: «El empresario estará obligado a enviar una copia de la notificación a que se refiere el artículo 69, apartado 2, a la Inspección Territorial de Trabajo y a la Agencia Territorial de Empleo en la misma fecha en que la haya comunicado al sindicato o, en su caso, a los representantes de los trabajadores.»

Art.71.1.: «El sindicato o, en su caso, los representantes de los trabajadores podrán proponer al empresario medidas orientadas a evitar despidos o reducir el número de trabajadores despedidos en el plazo de diez días naturales a partir de la fecha de recepción de la notificación.»

Art. 221: «(1) En el caso de los empresarios que empleen a más de veinte trabajadores que carezcan de organizaciones sindicales representativas constituidas con arreglo a la ley, los intereses de los trabajadores podrán ser promovidos y defendidos por sus representantes, elegidos y especialmente mandatados a tal fin. (2) Los representantes de los trabajadores serán elegidos en una asamblea general de trabajadores, con el voto de al menos la mitad del número total de trabajadores. (3) Los representantes de los trabajadores no podrán ejercer actividades que, con arreglo a la ley, sean competencia exclusiva de los sindicatos.»

Art. 222: «(3) La duración del mandato de los representantes de los trabajadores no podrá ser superior a dos años.»

VI. Doctrina básica

No se opone a la Directiva 98/59/CE un despido colectivo llevado a cabo por una empresa notificándolo simplemente a la autoridad laboral, pero sin proceder a un proceso de información y consulta con los representantes de los trabajadores, al haber cesado el tiempo máximo de su mandato representativo, sin que se exija por la Directiva la información individual del proyecto de despido a los trabajadores afectados, siempre que el ordenamiento nacional permita la elección de representantes y no haga imposible por razones no imputables a los trabajadores la designación de nuevos representantes.

VII. Parte dispositiva

Los artículos 1, apartado 1, párrafo primero, letra b), 2, apartado 3, y 6 de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, en su versión modificada por la Directiva (UE) 2015/1794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 2015, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que no impone a un empresario la obligación de consultar individualmente a los trabajadores afectados por un proyecto de despido colectivo, cuando estos no han designado representantes de los trabajadores, y que no obliga a dichos trabajadores a proceder a tal designación, siempre que esa normativa permita, en circunstancias ajenas a la voluntad de los propios trabajadores, garantizar la plena eficacia de las disposiciones de la Directiva 98/59, en su versión modificada.

VIII. Pasajes decisivos

- “Aunque es cierto que la Directiva 75/129 no contiene ninguna disposición destinada a regular el supuesto en que, con arreglo al Derecho nacional, no existan representantes de los trabajadores en una empresa que tenga la intención de efectuar despidos colectivos, no es menos cierto que sus disposiciones obligan a los Estados miembros a adoptar todas las medidas necesarias para que los trabajadores sean informados y consultados y puedan intervenir a través de sus representantes en caso de despidos colectivos”.

- “La remisión que se hace en su artículo 1, apartado 1, letra b), a los representantes de los trabajadores «previstos por la legislación o la práctica de los Estados miembros», no puede privar de efecto útil a las disposiciones de esta Directiva ni obstar a la obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas oportunas para que sean designados los representantes de los trabajadores con vistas al cumplimiento de las obligaciones que establecen los artículos 2 y 3 de dicha Directiva”.

- “Una normativa nacional que permita al empresario eludir o frustrar la protección de los derechos garantizados a los trabajadores por la Directiva 98/59, en particular al oponerse a la existencia o al reconocimiento de una representación de trabajadores en su empresa, manifiestamente no cumple esos requisitos”.

- “La normativa nacional controvertida en el litigio principal, en particular el Código del Trabajo, concede a los trabajadores el derecho a designar representantes y, a diferencia de lo que ocurría en el asunto que dio lugar a la sentencia de 8 de junio de 1994, Comisión/Reino Unido (C-383/92, EU:C:1994:234), según esa normativa, un empresario no puede oponerse a la existencia de una representación de los trabajadores”.

- “La normativa nacional controvertida en el litigio principal no impone a los trabajadores la obligación de designar representantes. Ahora bien, aunque la Directiva 98/59, que no tiene por objeto armonizar las modalidades y los procedimientos de designación de la representación de los trabajadores en los Estados miembros, no impone tal obligación a los trabajadores, corresponde a los Estados miembros garantizar el efecto útil de las disposiciones de esta Directiva. Así pues, incumbe a estos adoptar todas las medidas oportunas para que se designe a los representantes de los trabajadores y cerciorarse de que los trabajadores no se encuentren en una situación en la que, por motivos ajenos a su voluntad, se les impida designar a esos representantes.”

IX. Comentario

La Directiva 98/59 tiene como finalidad exclusiva la armonización parcial de los procedimientos de despido colectivo. No pretende armonizar el régimen de cese definitivo de las actividades de una empresa, ni establecer los requisitos materiales a los que se supedita la posibilidad de que el empresario pueda efectuar despidos colectivos (STJUE 21-12-16, *AGET Iraklis*, asunto C-201/15), ni fijar un mecanismo general de compensación económica a escala de la Unión en caso de pérdida de empleo, quedando por ello fuera de su alcance el régimen de protección de los trabajadores en caso de declararse el despido improcedente según el ordenamiento nacional o cuando se incumplan los criterios internos de selección de trabajadores (TJUE 17-3-2021, *Consulmarketing*, C-652/19, ap.42). Se trata, así pues, de una regulación europea estrictamente procedimental, que busca uniformar una serie de garantías de los representantes de los trabajadores mediante la fijación de disposiciones mínimas, de modo que los Estados Miembros o la propia negociación colectiva interna puedan introducir disposiciones más favorables para los trabajadores (art. 5 Directiva). La Directiva 98/59 se aplica a todos los empleadores, quienes están sometidos a obligaciones de consulta con los representantes de los trabajadores (art. 2) y al deber de notificar a la autoridad competente (art. 3 y 4).

Ciertamente, todas las referencias contenidas en la Directiva sobre el “proyecto” o “intención” empresarial de efectuar despidos colectivos (que es el contenido del art. 2) se dirigen, exclusivamente, a los “representantes de los trabajadores”, entendidos éstos como los representantes “previstos por la legislación o la práctica de los Estados miembros” a decir expresamente del art. 1.1.b) de la Directiva.

El art. 2.1 de la Directiva comienza señalando que “cuando el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar, en tiempo hábil, a los *representantes de los trabajadores* con vistas a llegar a un acuerdo”. A continuación, establece la finalidad de la consulta (art. 2.2) y, delimita el objetivo del deber de información empresarial “a fin de permitir que los *representantes* de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas” (art. 2.3). Por su parte, el art. 3 se destina a la notificación del proyecto por escrito a la autoridad laboral competente. De modo reflejo este precepto ratifica la misma idea de que los únicos destinatarios de la obligación de información del proyecto de despido colectivo son los representantes de los trabajadores. Así, se señala que la notificación que debe hacerse a la autoridad debe contener “todos los informes útiles referentes al proyecto de despido colectivo y a las consultas con los *representantes de los trabajadores*” (art. 3.1) y se precisa que el empresario está “obligado a transmitir a los *representantes* de los trabajadores una copia de la notificación” enviada a la autoridad pública, previéndose igualmente que “los *representantes* de los trabajadores podrán dirigir sus eventuales observaciones a la autoridad pública competente” (art. 3.2).

Para el TJUE la finalidad del periodo de consultas con los representantes es la de evitar las extinciones de contratos de trabajo o de reducir su número y este objetivo quedaría amenazado si la consulta a los representantes de los trabajadores fuese posterior a la decisión del empresario. Por ello, el TJUE en decisiones precedentes ha diferenciado las obligaciones cuando el despido está en fase de proyecto, de aquellas derivadas para el empresario cuando la extinción del contrato de trabajo es ya” la expresión de una decisión de ruptura de la relación laboral y la cesación efectiva de dicha relación al expirar el plazo de preaviso sólo constituye el efecto de dicha decisión” (*Junk* ap. 36). De este modo, para el TJUE la circunstancia de que el empresario «tenga la intención» de efectuar despidos colectivos y de que haya elaborado un «proyecto» a tal fin, se corresponde con una hipótesis en la que” aún no se ha adoptado decisión alguna” (ap. 36). Sobre dicha diferenciación, la clave reside en que el art. 2, que comprime todo el contenido de la Sección II de la Directiva titulado “Información y consulta”, sólo alude expresamente a la obligación de información y consulta de los representantes de los trabajadores, y que hasta el art. 4, ya en la sección III de la Directiva sobre el “procedimiento de despido colectivo”, no se alude al despido colectivo como una decisión extintiva efectiva y a los trabajadores individuales.

En concreto, dicho precepto comienza señalando que “los despidos colectivos cuyo proyecto haya sido notificado a la autoridad pública competente surtirán efecto no antes de 30 días” después de la notificación realizada a la autoridad competente “sin perjuicio de las disposiciones que regulan los derechos individuales en materia de plazos de preaviso”. Con ello quedaría claro que, en efecto, la Directiva sobre despidos colectivos, tal y como declara la Sentencia que ahora se comenta, no exige la información a los trabajadores individualmente considerados en la fase de proyecto.

Información empresarial del proyecto de despido en esta fase temprana que, por lo demás, y como recientemente también ha precisado el TJUE, incluso cuando tiene a la autoridad laboral como destinatario persigue “únicamente fines informativos y preparatorios y sólo sirve para dar a la autoridad pública competente una idea general de las razones y las implicaciones de los despidos”, es decir, busca permitir que la autoridad obtenga una comprensión global de los despidos colectivos previstos y “no persigue conferir una protección individual a los trabajadores afectados por despidos colectivos” pues sólo está designada como destinataria de una copia de determinados elementos de la comunicación, a diferencia del papel activo que desempeña en fases posteriores del procedimiento, sin que además inicie ningún plazo que el empresario

deba respetar ni le genera ninguna obligación respecto a dicha autoridad (para un supuesto en el que el empresario no remitió a la autoridad pública competente ninguna copia de la comunicación a los representantes de los trabajadores: STJU 13-7-2023, C-134/22, *Mo y SM*).

Es cierto que, adicionalmente, dentro de las disposiciones finales, el art. 6 de la Directiva prescribe que “los Estados miembros procurarán que *los representantes de los trabajadores o los trabajadores* dispongan de procedimientos administrativos y/o jurisdiccionales con objeto de hacer cumplir las obligaciones establecidas en la presente Directiva”. Precisamente, esta mención expresa a los trabajadores individualmente considerados es puesta encima de la mesa por el órgano judicial remitente preguntando también si el hecho de que la normativa nacional permita al empresario abstenerse de consultar a los trabajadores afectados por un procedimiento de despido cuando éstos no han designado representantes y no tienen la obligación legal de hacerlo, es contrario a este precepto que exige garantías para los trabajadores individuales. Pero el TJUE rechaza la oposición sugerida porque dicho precepto no impone a los EM una medida específica en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva, sino que les permite elegir entre distintas soluciones adecuadas para alcanzar el objetivo perseguido, en función de las diferentes situaciones que puedan presentarse, precisando el TJUE que dichas medidas “han de garantizar una tutela judicial efectiva y eficaz en virtud del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y tener un verdadero efecto disuasorio”.

En fin, el TJUE concluye que la Directiva no impone al empresario la obligación de informar y consultar individualmente a los trabajadores afectados por un proyecto de despido colectivo y no se opone a una normativa nacional que, en caso de ausencia de representantes de los trabajadores, no obliga al empresario a proyectar esas garantías individualmente. Tal conclusión se alcanza en este concreto caso porque consta que la normativa nacional concede expresamente el derecho a los trabajadores a designar representantes ya que, de no ser así, la normativa nacional sería contraria a la Directiva comunitaria como ya sentenció en el caso Comisión/Reino Unido, C-383/92. Pero que la Directiva no imponga al empresario la obligación de informar individualmente el proyecto de despido colectivo y que los trabajadores tengan la posibilidad de elegir representantes, pero no así la obligación de hacerlo en el presente caso, no le impide al TJUE dejar una advertencia sobre el efecto útil de la Directiva y la obligación de los EM de “adoptar todas las medidas oportunas para que se designe a los representantes de los trabajadores y cerciorarse de que los trabajadores no se encuentren en una situación en la que, por motivos ajenos a su voluntad, se les impida designar a esos representantes” (ap. 43), dejando al órgano judicial remitente la tarea de apreciar “si las disposiciones de Derecho rumano que regulan la designación de los representantes de los trabajadores y que limitan la duración de su mandato a dos años pueden interpretarse en el sentido de que garantizan el pleno efecto de las disposiciones de los artículos 2 y 3 de la Directiva” y si en la práctica es imposible designar nuevos representantes por razones no imputables a los trabajadores. Es decir, resta al órgano judicial decidir si la ausencia de representantes es voluntaria por los trabajadores y podían haber tenido representación y procedimiento de consulta o información, pero no lo hicieron por voluntad propia o desidia, o si, en realidad, la normativa reguladora limitando el mandato de los representantes en la práctica constituye un obstáculo que hace imposible o muy difícil conseguir las finalidades procesales de garantía contenidas en la Directiva. Si el problema es de normativa, el órgano judicial deberá tratar de realizar una interpretación conforme con la Directiva, lo que será fácil si en la práctica comprueba que es fácil designar representantes y que simplemente los trabajadores no lo hicieron pudiendo hacerlo, con lo que el legislador habría cumplido en su función de trasposición de la Directiva. Por el contrario, si aprecia que la ausencia de información y consulta va más allá de la norma e impide en la práctica la representación por motivos ajenos a los propios trabajadores, entonces, al tratarse de un litigio que enfrenta exclusivamente a particulares, el órgano remitente permitir a la

parte perjudicada por la no conformidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión obtener del Estado la reparación del perjuicio sufrido.

X. Apunte final

No parece que nuestro ordenamiento se vea directamente afectado por esta doctrina. Ciertamente que la Directiva no imponga obligaciones expresas de información y consulta con los representantes de los trabajadores no impide, sin embargo, que los EM puedan establecer en sus ordenamientos nacionales normas más favorables para los trabajadores (art. 5 Directiva). Ello es precisamente lo que ocurre en el ordenamiento español donde en caso de inexistencia de representantes de los trabajadores, se prevén las comisiones *ad hoc* con la posibilidad de intervención directa de trabajadores de la empresa o mediante designación de los sindicatos más representativos y representativos del sector. Sólo si se demostrara que estos mecanismos devienen imposibles en la práctica podría retenerse esta doctrina comunitaria, lo que podría suscitar dudas sobre la participación real y efectiva de los sindicatos en cada uno de estos casos, pero al tratarse de un mecanismo alternativo y opcional a la participación directa de los trabajadores, resulta difícil que pudiera considerarse un mecanismo no garante del efecto útil de la Directiva.

§ 82 Sobre premios e incentivos a la jubilación anticipada.

Antonio V. Sempere Navarro

Director de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Universidad (s.e.)

Resumen: *Se discute sobre los incentivos a la jubilación anticipada de los empleados públicos municipales que tienen reconocidos un coeficiente reductor de la edad de jubilación por razón de su actividad. La sentencia comentada concluye que no caben primas, gratificaciones, indemnizaciones o, en general, incentivos por jubilación anticipada para el rejuvenecimiento de la plantilla funcionarial. Esos incentivos tienen naturaleza retributiva y solo proceden si tienen la cobertura de una norma legal general, relativa a la remuneración de los funcionarios de la correspondiente Administración (Local, en el caso de policías municipales). La disposición adicional vigesimoprimeras in fine de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, aun previendo medidas de incentivación de la jubilación anticipada, no hizo una regulación precisa para el supuesto de que dichas medidas tuvieran carácter retributivo y, por ello, no satisface la exigencia de que las gratificaciones por jubilación anticipada tengan cobertura en una norma legal de alcance general.*

Palabras clave: *Premio de jubilación. Incentivos al retiro. Jubilación anticipada. Funcionarios Locales. Policía Municipal.*

Abstract: *Incentives for early retirement for municipal public employees who have a recognized coefficient reducing the retirement age due to their activity are discussed. The judgment concludes that there is no room for bonuses, gratuities, indemnities or, in general, incentives for early retirement for the rejuvenation of the civil service workforce. These incentives are remunerative in nature and are only applicable if they are covered by a general legal norm relating to the remuneration of civil servants of the corresponding Administration (Local, in the case of municipal police officers). The twenty-first in fine additional provision of Law 30/1984 of 2 August 1984 on Measures for the Reform of the Civil Service, although providing for measures to encourage early retirement, did not make a precise regulation in the event that such measures were remunerative in nature and, therefore, does not satisfy the requirement that bonuses for early retirement be covered by a legal provision of general application.*

Keywords: *Retirement Award. Retirement incentives. Early retirement. Local Officials. Municipal Police.*

I. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Tercera (Sección Cuartal) del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1255/2023, de 16 octubre.

Tipo y número de recurso: recurso de casación núm. 725/2022.

ECLI:ES:TS:2023:4264

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

Votos Particulares: carece.

II. Problemas suscitados. Hechos y antecedentes

1. Hechos relevantes

La sentencia glosada surge en el marco de un procedimiento fácilmente resumible. Un integrante de la policía local del Ayuntamiento de Bilbao, obtuvo la jubilación anticipada por reducción de la edad ordinaria, sin merma de la pensión ordinaria de jubilación^[1].

Con tal motivo, el interesado solicitó la prima de jubilación voluntaria anticipada por edad prevista en el artículo 19 del Plan Estratégico de Generación de Empleo del Ayuntamiento de Bilbao.

Dicha solicitud fue desestimada por resolución de la Concejala Delegada del Área de Gobernanza y Proyectos Estratégicos de dicho Ayuntamiento de 30 de octubre de 2019, confirmada en reposición por resolución de la Alcaldía-Presidencia de 27 de enero de 2020.

2. Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo

Disconforme con la resolución administrativa, el jubilado interpuso recurso contencioso-administrativo.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Bilbao dictó su sentencia 84/2020 de 23 septiembre (proc. 77/2020), estimado la demanda por considerar que la jubilación fue anticipada y voluntaria.

A esa conclusión llega exponiendo que los policías locales pueden optar por jubilarse a la edad ordinaria (65 o más años), de modo que hacerlo antes es voluntario y contribuye al rejuvenecimiento de la plantilla.

3. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

Mediante sentencia 415/2021 de 1 diciembre la Sala de lo Contencioso del TSJ del País Vasco resuelve (en sentido desestimatorio) el recurso interpuesto por la Corporación Local.

Recuerda la doctrina constitucional conforme a la cual para excluir de la negociación colectiva las cláusulas de jubilación forzosa es preciso una Ley y que esta cuente con una justificación objetiva y razonable para ello. La jubilación forzosa es factible como instrumento para el reparto o redistribución del trabajo continúa diciendo la referida Sentencia^[2]. Del mismo modo, el Estatuto de los Trabajadores no fija una edad de jubilación y al tratarse de materia laboral y por lo tanto de competencia estatal ha de ser el estado mediante Ley quien determine los supuestos en los que se extingue la relación laboral^[3].

Además, el apartado 19 del Plan Estratégico no exige para el percibo del premio controvertido que, como consecuencia de la jubilación, se experimente una minoración en la pensión, pues la finalidad de la norma es la racionalización de los recursos y la

renovación y rejuvenecimiento de la plantilla, pudiendo el recurrente haber seguido en servicio activo como policía local del Ayuntamiento de Bilbao, en lugar de haberse jubilado voluntariamente.

Ras estudiar las normas concurrentes entiende que la edad de jubilación forzosa de la Policía Local que prevé la norma con rango de Ley es la de los 65 años y las reducciones que a esta puedan reconocerse entrarán dentro del concepto de jubilación voluntaria.

III. Posición de las partes

1. El demandante

La posición del funcionario es la fijada en su demanda y coincidente con el tenor de las sentencias dictadas tanto por el Juzgado cuanto por el TSJ.

2. El Ayuntamiento

El Ayuntamiento considera que los preceptos concurrentes implican que la jubilación de los policías locales a los 59 o 60 años se debe calificar como forzosa o, cuando menos, ordinaria, y no una voluntaria y anticipada como sostuvo la sentencia recurrida.

Descarta que estemos ante una jubilación anticipada por voluntad del interesado contemplada por el art. 208.1.a) LGSS y sostiene que se trata de la jubilación por razón de la actividad ex art. 206.1 LGSS. De ahí que no concorra el presupuesto necesario para causar una jubilación voluntaria, sino una forzosa, por alcanzar la edad de jubilación ordinaria establecida para el grupo de actividad de pertenencia.

Además, la inclusión del presente caso en el ámbito de aplicación del artículo 19 del Plan Estratégico ya citado supone el otorgamiento de un premio o recompensa carente de cobertura legal y situado al margen del régimen retributivo de los funcionarios de las Administraciones Locales.

IV. Normativa aplicable al caso

1. Ley de Bases de Régimen Local

La Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local nada establece respecto a la jubilación y por ello deberá acudir a las normas sobre función pública estatales y autonómicas, así como a las que especialmente regulan la función de que se trate, todo ello según se infiere de la remisión de su artículo 92^[4].

2. Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)

El art. 67 del EBEP disciplina la jubilación y dispone que procederá la jubilación voluntaria, a solicitud del interesado, siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el Régimen de Seguridad Social que le sea aplicable, y añade:

3. La jubilación forzosa se declarará de oficio al cumplir el funcionario los sesenta y cinco años de edad.

No obstante, en los términos de las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto, se podrá solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta que se cumpla setenta años de edad. La Administración Pública competente deberá de resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la prolongación.

De lo dispuesto en los dos párrafos anteriores quedarán excluidos los funcionarios que tengan normas estatales específicas de jubilación.

4. Con independencia de la edad legal de jubilación forzosa establecida en el apartado 3, la edad de la jubilación forzosa del personal funcionario incluido en el

Régimen General de la Seguridad Social será, en todo caso, la que prevean las normas reguladoras de dicho régimen para el acceso a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva sin coeficiente reductor por razón de la edad".

3. Ley General de la Seguridad Social (LGSS)

El artículo 205 LGSS regula la jubilación y establece en 67 años la edad ordinaria (aunque aplicada progresivamente). El art. 206 aborda la jubilación anticipada por razón de la actividad o en caso de discapacidad y permite que se vea reducida en determinados supuestos pero no establece la extinción de la relación de servicios una vez alcanzada tal edad sino que esta extinción se regulará por normas distintas. La norma faculta a que la edad mínima para poder acceder a la prestación de jubilación forzosa se vea rebajada en determinados supuestos pero no es esta norma la que determina hasta que edad hay que trabajar hasta poder extinguir la relación de servicios por razón de edad, por jubilación, en suma, esto lo especifica la legislación concreta aplicable y, en el caso, ya lo hemos visto, el Estatuto Básico del Empleado Público y, coherente con el mismo en tanto Ley Básica, la autonómica de la Función Pública Vasca que impone la jubilación forzosa a los 65 años.

Asimismo, el art. 208 regula la jubilación voluntaria y anticipada permitiendo adelantarla hasta dos años respecto de la edad ordinaria siempre que se cumplan determinados requisitos.

4. Normas sectoriales

El Real Decreto 1449/2018, de 14 de diciembre, establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los policías locales al servicio de las entidades que integran la Administración local. La norma no impone la jubilación forzosa y por lo tanto, el funcionario policial, puede continuar prestando sus servicios hasta el momento en el que alcance la edad prevista para su jubilación forzosa.

La Ley autonómica 6/1989, de la Función Pública Vasca, dispone en su art. 38 que la jubilación forzosa se causa a los 65 años de edad a salvo aquellos Cuerpos y Escalas que tengan normas específicas de jubilación.

El apartado 19 del Plan Estratégico del Ayuntamiento de Bilbao que establece que "El Ayuntamiento indemnizará con cinco mensualidades brutas por cada año que el funcionario/a anticipe la edad de jubilación. Además se estudiarán detenidamente todas las posibilidades nuevas que se vayan generando de forma transitoria hasta alcanzar en las Administraciones Públicas un acuerdo equivalente al adoptado en el Consejo de Relaciones Laborales. Esta indemnización se concederá asimismo en los supuestos de renuncia a la plaza, con independencia de que la persona decida realizar o no los trámites de la jubilación ante la Seguridad Social."

V. Doctrina básica

La sentencia comentada reproduce doctrina muy consolidada^[5].

1. Tipo de jubilación aplicado

Estamos ante una jubilación ordinaria referida a un colectivo funcional -policías locales- que tiene adelantada su edad de jubilación por una norma específica, luego se trata de una excepción a la regla general y no se configura como una anticipación voluntaria de la jubilación general (cfr. Art. 67 EBEP y art. 208 LGSS).

2. Especificidad de la jubilación de policías

La singularidad del caso radica en que los miembros de las policías locales se jubilan a los 59 o 60 años, según el tiempo de cotización acreditada, y pasan a percibir íntegramente la pensión de jubilación, sin la tradicional merma que tienen, con carácter general, el resto de los funcionarios públicos. Y ya se trate de policías locales como de bomberos, los preámbulos de los Reales Decretos 1449/2018 y 383/2008 ofrecen una justificación coincidente: son grupos profesionales con trabajos de

naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusan elevados índices de morbilidad o mortalidad y se condiciona su régimen a que los afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca.

3. Prohibición de retribuciones extrapresupuestarias

No caben primas, gratificaciones, indemnizaciones o, en general, incentivos por jubilación anticipada de policías locales para el rejuvenecimiento de la plantilla. La razón es que tales incentivos tienen naturaleza retributiva, luego, al ser la relación funcional estatutaria, rige el régimen de las retribuciones funcionariales, por lo que sólo serán conformes a Derecho si tienen la cobertura de una norma legal general, relativa a la remuneración de los funcionarios de la Administración Local; en consecuencia, al no identificarse esa norma de cobertura es por lo que venimos sosteniendo que esos acuerdos municipales son inválidos.

4. Incentivos a jubilaciones anticipadas

La DA 21ª de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, aun previendo medidas de incentivación de la jubilación anticipada, no hizo una regulación precisa para el supuesto de que dichas medidas tuvieran carácter retributivo y, por ello, no satisface la exigencia de que las gratificaciones por jubilación anticipada tengan cobertura en una norma legal de alcance general.

VI. Parte dispositiva

Tras haber expuesto los argumentos indicados, la sentencia concluye estimando el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Bilbao y anular la sentencia 415/2021 dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Estima el recurso de apelación n.º 935/2020, interpuesto por el Ayuntamiento de Bilbao contra la sentencia n.º 84/2020, de 23 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de los de Bilbao, que también es anulada.

Desestima el recurso contencioso-administrativo n.º 77/2020 interpuesto por el Policía contra la resolución de la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Bilbao de 27 de enero de 2020, desestimatoria del recurso de reposición formulado contra la resolución de la Concejala Delegada del Área de Gobernanza y Proyectos Estratégicos de dicho Ayuntamiento de 30 de octubre de 2019.

VII. Pasajes decisivos

El Fundamento de Derecho Cuarto contiene la respuesta a la cuestión de interés casacional, que formula, por remisión, del siguiente modo:

Es criterio jurisprudencial claramente establecido que las gratificaciones - cualquiera que sea su denominación en cada caso- por jubilación anticipada previstas en acuerdos de entidades locales tienen naturaleza de retribución y, por consiguiente, sólo pueden considerarse ajustadas a Derecho en la medida en que tengan fundamento en alguna norma legal de alcance general, relativa a la remuneración de los funcionarios de la Administración local. Dado que en los casos resueltos hasta la fecha no se había identificado ninguna norma de cobertura, la conclusión fue que dichos acuerdos de las entidades locales eran inválidos.

VIII. Comentario (sobre los premios de jubilación)

1. Jurisprudencia social unificada general

Desde la perspectiva que ahora interesa, el examen de esta resolución judicial sirve para traer a colación la doctrina de la Sala Cuarta sobre la figura de los premios de jubilación.

En el caso de las empresas estibadoras portuarias de Barcelona^[6] se ha entendido que el premio contemplado para los trabajadores que se jubilen anticipadamente ha de concederse atendiendo a su edad biológica y no a la ficticia por aplicación de coeficientes reductores^[7].

Respecto del convenio provincial de hostelería de Valladolid^[8] se ha dicho que para fijar la cuantía del premio se ha de tomar en cuenta el salario percibido a lo largo de la relación laboral y no solo el reducido salario percibido en el momento de la jubilación ordinaria, por realizar jornada parcial por haber accedido a la jubilación parcial^[9].

En el caso de la empresa ACESA se sostiene que el premio de jubilación previsto en el convenio colectivo debe tomar como módulo para el cálculo la retribución mensual ordinaria del trabajador, excluyendo las pagas extraordinarias aunque se perciban en número de doce^[10].

En el caso de la empresa Bormioli Rocco se insiste en que el premio por jubilación previsto en el convenio colectivo de la empresa no alcanza a los empleados que se acogen a la jubilación parcial al no incluir expresamente esta modalidad de jubilación^[11]. Respecto del convenio de gestorías administrativas se sostiene que el premio por jubilación se debe calcular conforme al salario percibido por el trabajador en el momento de la jubilación parcial, producida un año antes de la jubilación plena, teniendo en cuenta que, en ese momento, aquél ya cumplía con los requisitos exigidos convencionalmente para acceder al referido premio^[12].

Respecto del Convenio Colectivo de Paradores se concluye que no resulta su vinculación a la jubilación forzosa, sino que es un incentivo para la jubilación anticipada, pues con ella el premio de jubilación a abonar es superior al que se pagaría si se accede a tal situación a partir de los 65 años^[13].

Cuando el convenio establece el premio atendiendo al importe del salario percibido la Sala Cuarta entiende que si durante más de treinta años la actora ha prestado servicios a jornada completa y únicamente los últimos cuatro años de su vida laboral, por mor de la jubilación parcial, pasa a prestar servicios a tiempo parcial, debe tomarse el salario percibido en este periodo no se estaría dando cumplimiento a la finalidad del premio de jubilación que retribuye la permanencia en le empresa durante un importante periodo de tiempo pues su permanencia durante los cuatro últimos años penalizaría a la trabajadora reduciendo sensiblemente el importe del premio de jubilación^[14].

2. Jurisprudencia unificada sobre Administraciones Públicas

A) En el caso del Ayuntamiento de Coria se ha advertido que el premio por jubilación previsto en el convenio colectivo para los supuestos de jubilación anticipada voluntaria no alcanza a los empleados que se acogen a la jubilación parcial antes de cumplir los 65 años^[15].

Expone que la LGSS consagra dos preceptos diferentes a la regulación de la jubilación anticipada y de la jubilación parcial, existiendo diferentes normas complementarias y de desarrollo para cada una de dichas modalidades de jubilación. El régimen jurídico de una y otra modalidad es diferente así como los requisitos exigidos para acceder a las mismas. La jubilación anticipada extingue el contrato de trabajo, en tanto en la jubilación parcial éste subsiste, si bien con reducción de jornada y reducción proporcional de salario. Se estima que el precepto convencional presenta una redacción inequívoca al referirse a la "jubilación anticipada voluntaria" y establecer una determinada cantidad en concepto de indemnización, atendiendo a la edad a la que se jubile el trabajador, lo que resultaría difícilmente aplicable a una jubilación parcial, en la que el trabajador continúa trabajando parte de la jornada. En conclusión, no cabe entender que el artículo 35 del Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Coria, que establece una indemnización para los empleados públicos fijos que soliciten la

jubilación anticipada, debe aplicarse a los empleados que soliciten la jubilación parcial antes de cumplir los 65 años de edad.

B) En el caso de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha la Sala Cuarta insiste en que el premio por jubilación previsto en el convenio colectivo para los supuestos de jubilación anticipada voluntaria no alcanza a los empleados que se acogen a la jubilación parcial antes de cumplir los 65 años^[16].

3. *Afectación de los convenios por la restricción presupuestaria*

Reiterando doctrina, en el caso del Ayuntamiento Villa de Santa Brígida, el TS entiende que el art. 1 del RDL 20/2012, de 13 de julio, referido a la incompatibilidad de pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y percepciones similares previstas con ocasión del cese, no se aplica solo a los altos cargos^[17]. Asimismo, la jubilación del actor supone el cese en el cargo público, por lo que concurren los presupuestos objetivos y subjetivos para aplicar el citado precepto legal.

La finalidad de ese precepto no se limitaba a compensar las limitaciones de los cargos públicos después del cese en su actividad profesional sino que se trató de una medida dirigida a garantizar la estabilidad presupuestaria, tal y como explica la exposición de motivos del RDL 12/2020, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad^[18].

IX. Apunte final

La sentencia comentada constituye inmejorable ejemplo de concisión argumental y de concordancia con la solución dada al problema por resoluciones anteriores. Su contraste con el enfoque que la Sala Cuarta viene entendiendo resulta sencillo.

La jurisprudencia contenciosa rechaza que pueda abonarse un premio de jubilación si no existe habilitación legal. La jurisprudencia laboral entiende que el premio previsto ha de satisfacerse salvo que existe impedimento legal.

Un nuevo tema, pues, en que el mismo problema es resuelto de modo diverso y aboca a que personas que prestan su actividad para las mismas empleadoras públicas reciban respuesta contradictoria.

Referencias:

1. [^] *Al amparo del Real Decreto 1449/2018, de 14 de diciembre, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los policías locales al servicio de las entidades que integran la Administración Local.*
2. [^] *Por todas, STC 8/2015 de 22 enero.*
3. [^] *Por todas STC 177/2019 de 18 diciembre.*
4. [^] *Conforme al mismo, los funcionarios al servicio de la Administración local se rigen, en lo no dispuesto en esta Ley, por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, por la restante legislación del Estado en materia de función pública, así como por la legislación de las Comunidades Autónomas, en los términos del artículo 149.1.18.^a de la Constitución.*
5. [^] *SSTS-CONT 344 , 421 , 682 , 489 , 1500 , 1602 y 1742/2022, de 16 de marzo , 5 de abril , 7 de junio , 15 , 16 y 30 de noviembre y 22 de diciembre , respectivamente, dictadas en los recursos de casación n.º 4444/2020 , 850 , 2258 , 2954 , 758 , 2417 y 2595/2021, a las que se*

pueden añadir otras posteriores, como las recientes sentencias 1116 , 1117 y 1139/2023, de 12 , 13 y 18 de septiembre , dictadas en los recursos de casación n.º 7424 , 6734 y 6620/2021 , respectivamente.

6. ^ El convenio reconoce al trabajador que se jubila con 60 años de edad el derecho a percibir 13 mensualidades íntegras, sin hacer ninguna mención explícita a las posibles edades ficticias, ni por tanto a la aplicación de coeficientes reductores. Por el contrario, la frase empleada "en base a la edad del mismo" se refiere a la edad del trabajador que, no mediando otra matización, no puede ser otra que su edad biológica. En suma, la referencia que se hace a la jubilación anticipada no es a un concepto jurídico preciso sino a una acepción común del término entendiéndolo por tal la jubilación antes de la edad de 65 años.
7. ^ STS 12 febrero 2008 (rcud. 2156/2007) (Ponente, Sr. Souto Prieto).
8. ^ El referido precepto convencional establece en su apartado 3: "Se establece un premio de jubilación consistente en dos mensualidades del salario mensual para las personas trabajadoras que tengan una antigüedad de diez años en la empresa y por cada cinco años más de antigüedad se adicionará una mensualidad, hasta el tope máximo de siete mensualidades. Se concederá en las mismas condiciones y cuantía en los supuestos de jubilación por incapacidad permanente a partir de los 50 años".
9. ^ STS de 6 julio 2022 (rcud. 2963/2019) (Ponente, Sra. Segoviano Astaburuaga).
10. ^ STS 27 septiembre 2002 (rcud. 3742/2001) (Ponente, Sr. Ríos Salmerón).
11. ^ STS 26 enero 2011 (rcud. 3/2010) (Ponente, Sr. García Sánchez).
12. ^ STS de 15 septiembre 2016 (rcud. 739/2016) (Ponente, Sr. Luelmo Millán).
13. ^ STS 141/2023 de 21 febrero (rcud. 2519/2019).
14. ^ STS 621/2022 de 6 julio (rcud. 2963/2019) (Ponente, Sra. Segoviano Astaburuaga).
15. ^ SSTS 11 abril 2011 (rcud. 3160/2010) (Ponente, Sr. Alarcón Caracuel) y las en ella citadas.
16. ^ STS de 12 diciembre 2011 (rcud. 949/2011) (Ponente, Sr. Salinas Molina).
17. ^ Las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquier otra percepción económica prevista con ocasión del cese en cualquier cargo, puesto o actividad en el sector público son incompatibles con cualquier retribución con cargo a los Presupuestos de las Administraciones Públicas, de los entes, organismos y empresas de ellos dependientes, o con cargo a los de los órganos constitucionales....".
18. ^ STS 546/2022 de 15 junio (rcud. 82/2019) (Ponente, Sr. Molins García-Atance)..

§ 83 Construyendo las fronteras entre la jurisdicción social y mercantil: despido colectivo tácito y crisis empresarial.

Susana Molina Gutiérrez

Magistrada de la jurisdicción social (TSJ de Madrid).

Resumen: *La Sala Cuarta coloca una nueva piedra en la construcción de los límites, o fronteras, entre la jurisdicción social y mercantil en fenómenos de crisis empresarial que desembocan en la declaración de concurso de acreedores, en este caso precedido de un despido colectivo tácito.*

Palabras clave: *Competencia juez del concurso. Despido colectivo tácito.*

Abstract: *The Supreme Court places a new stone in the construction of the limits, or borders, between the social and commercial jurisdiction in phenomena of business crisis that lead to the declaration of bankruptcy, preceded by a tacit collective dismissal.*

Keywords: *Competition judging the competition. Tacit collective dismissal.*

I. Introducción

Nuestro Alto Tribunal da un paso más en la dificultosa tarea de perfilar las fronteras entre las jurisdicciones social y mercantil en supuestos de crisis empresarial. En concreto, analiza si la impugnación colectiva (y previa a la declaración del concurso) del despido tácito acaecido tras la tramitación de un ERTE Covid ha de ser atendida por el Juez de lo social o del concurso, cuando aquélla fue dirigida contra la empleadora concursada y otros terceros ajenos a tal realidad concursal.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia de Pleno.

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 557/2023, de 14 de septiembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCO núm. 179/2022.

ECLI:ES:TS 2023:3807

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr Antonio V. Sempere Navarro.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Supuesto de hecho

La Sala Cuarta se ha enfrentado en numerosas ocasiones a la no fácil tarea de delimitar las fronteras entre las jurisdicciones social y mercantil al hilo de supuestos de impugnación, individual y colectiva, de despidos colectivos operados en el seno de empresas concursadas. En esta ocasión, la Sala examina los recursos de casación ordinaria formalizados por el Comité de Empresa del Parque de Atracciones malagueño Tívoli y por la Federación de Servicios de Comisiones Obreras de Andalucía frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Málaga^[1] que atribuyó la competencia al Juez del concurso para conocer de las demandas acumuladas de impugnación de despido colectivo tácito interpuestas por los ahora recurrentes.

Los datos fácticos relevantes los sintetiza la resolución que analizamos del siguiente modo:

Octubre de 1972: se constituye la empresa Compañía Internacional de Parques y Atracciones S.A. (Cipasa), que viene explotando las instalaciones del parque de atracciones "Tívoli World" (Benalmádena) y apareciendo como empleadora de las personas afectadas por las demandas de despido.

Abril de 2007: Cipasa vende a Parques Temáticos Tremón (inicialmente en concurrencia con Atlantis) una serie de inmuebles y de acciones, así como "todos los elementos integrantes de la explotación de la actividad inherente al funcionamiento del Parque de Atracciones" referido.

Abril de 2012: Tras varios requerimientos, Tremón demanda a Cipasa pidiendo que se le condene al otorgamiento de escritura pública de entrega y posesión de los bienes vendidos en 2007 así como a cumplir otras obligaciones como especificar los trabajadores que prestasen servicios en el Parque, las relativas a la seguridad de las instalaciones, suscripción de pólizas de seguro, inspecciones técnicas, licencias, autorizaciones, pago de tributos, etc.

Septiembre de 2017: el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Torremolinos estima la demanda. Su sentencia es confirmada por otra de la Audiencia Provincial (12 de diciembre de 2018). Posteriormente (septiembre 2021) la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictó auto inadmitiendo a trámite el recurso de casación interpuesto por Cipasa.

Marzo de 2020: Cipasa solicita y obtiene resolución de la Autoridad Laboral constatando la existencia de fuerza mayor asociada a la pandemia del Covid-19. La empresa suspendió 33 contratos de trabajo y redujo la jornada de 4, jubilándose parcialmente otros 3 trabajadores.

Julio de 2020: el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Málaga dictó auto declarando en concurso necesario a Cipasa y nombrando administrador concursal (AC).

Marzo 2021: Tremón constituye la mercantil "Parque Tívoli" (a la que transmite sus derechos respecto de infraestructura), que se persona en el proceso concursal.

Octubre y noviembre 2021: el 31 de octubre finaliza el ERTE mencionado, sin que se reanude la actividad laboral y se presentan las demandas promotoras de este litigio (26 de noviembre y 1 de diciembre).

Enero de 2022: el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga autoriza el cese de la actividad de Cipasa y requiere a Parque Tívoli para que manifieste si va a proseguir la actividad, dictando ulterior Providencia por la que se entendía dada una respuesta negativa.

Mayo de 2022: la AC solicitó la apertura de la fase de liquidación del concurso por cese total de la actividad y la extinción colectiva de los 79 contratos de trabajo.

Frente a estos hechos, la Sala territorial declara su falta de jurisdicción por cuanto las demandas de impugnación del despido se dirigen, no sólo contra la entidad concursada sino frente a terceros no concursados, siendo competente el orden social en exclusiva frente a reclamaciones que no cuestionen la validez del despido.

IV. Posición de las partes

Se alza en casación ordinaria, en primer término, el presidente del comité de empresa del parque de atracciones sosteniendo, en esencia, la competencia del orden social en tanto en cuanto que la demanda se dirigía frente a empresas concursadas y no concursadas, no siendo aplicable, a su juicio, a un DC operado al amparo de la vigente Ley Concursal de 2020 la doctrina jurisprudencial construida al cobijo de una norma ya derogada.

Por su parte, el sindicato CCOO insiste en la competencia del Juez social razonando en términos muy similares a los expuestos por la representación unitaria.

Impugnan el recurso las partes recurridas invocando la carencia sobrevenida del objeto litigioso en tanto de la Administración Concursal (AC) ya instó la extinción colectiva de toda la plantilla, añadiendo que nos encontramos ante un DC efectuado tras la declaración de concurso, por lo que la competencia para conocer de la impugnación del mismo es exclusiva del Juez del concurso.

El Ministerio Fiscal^[2] interesa la calificación del recurso como procedente, negando la carencia sobrevenida de objeto porque la solicitud del AC no es incompatible con la impugnación del DC tácito impugnado, resultado del ERTE anterior a la solicitud de la administración concursal; añadiendo que el debate sobre competencia ha de vencer hacia la social al encontrarse demandadas empresas no concursadas.

V. Normativa aplicable al caso

El Alto Tribunal examina en su sentencia disposiciones de naturaleza eminentemente procesal, así:

A) El artículo 9.1 la LOPJ que advierte que Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley. Ello se particulariza en el apartado 5 del siguiente modo: *Los del orden jurisdiccional social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral.*

B) En su apartado 1, el artículo 86.ter LOPJ dispone que los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora. Y añade que en todo caso, la jurisdicción del Juez del concurso será exclusiva y excluyente en las seis materias enumeradas, que reproducimos destacando (con negrita) las expresiones relacionadas con lo que ahora debatimos: *1.º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con el mismo alcance conocerá de la acción a que se refiere el artículo 17.1 de la Ley Concursal.*

2.º Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. En el enjuiciamiento de estas materias, y

sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de la Ley Concursal, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral.

3.º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.

4.º Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado, excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción en el número 1.º y sin perjuicio de las medidas cautelares que puedan decretar los árbitros durante un procedimiento arbitral.

5.º Las que en el procedimiento concursal debe adoptar en relación con la asistencia jurídica gratuita.

6.º Las acciones tendentes a exigir responsabilidad civil a los administradores sociales, a los auditores o, en su caso, a los liquidadores, por los perjuicios causados al concursado durante el procedimiento.

Como se observa, la Ley delimitadora del ámbito objetivo de la competencia atribuida a la Juez de lo Mercantil insiste y una y otra vez en que la "exclusiva" resolución de asuntos que se le asigna va siempre referida al sujeto "concurado".

C) El artículo 2º de la Ley 36/2011 ("Ámbito del orden jurisdiccional social") dispone que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan "entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo y del contrato de puesta a disposición, con la salvedad de lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; y en el ejercicio de los demás derechos y obligaciones en el ámbito de la relación de trabajo".

D) Por su lado el artículo 3º ("Materias excluidas") dispone que no conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social de las pretensiones cuyo conocimiento y decisión esté reservado por la Ley Concursal a la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso (apartado h).

E) El artículo 7.a LRJS prescribe que las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia Conocerán en única instancia de los procesos de despido colectivo impugnados por los representantes de los trabajadores de conformidad con lo previsto en los apartados 1 a 10 del artículo 124 de esta Ley, cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial no superior al de una Comunidad Autónoma. Como la LRJS excluye del orden social "las pretensiones cuyo conocimiento y decisión esté reservado por la Ley Concursal a la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso", la cuestión de que tratamos por fuerza ha de resolverse conforme a las previsiones de la LC, de la cual interesa examinar varios preceptos, todos ellos por la redacción vigente en noviembre de 2021.

F) El artículo 51 LC, en línea con el 86.ter LOPJ, especifica que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente para conocer de las siguientes materias:

1.ª Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el concursado, con excepción de las que se ejerciten en los procesos civiles sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores.

2.ª Las ejecuciones relativas a créditos concursales o contra la masa sobre los bienes y derechos del concursado integrados o que se integren en la masa activa, cualquiera que sea el tribunal o la autoridad administrativa que la hubiera ordenado, sin más excepciones que las previstas en esta ley.

3.ª La determinación del carácter necesario de un bien o derecho para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

4.ª Las que en el procedimiento concursal debe adoptar en relación con la asistencia jurídica gratuita.

5.^a La disolución y liquidación de la sociedad o comunidad conyugal del concursado.

6.^a Las acciones de reclamación de deudas sociales que se ejerciten contra los socios de la sociedad concursada que sean subsidiariamente responsables del pago de esas deudas, cualquiera que sea la fecha en que se hubieran contraído, y las acciones para exigir a los socios de la sociedad concursada el desembolso de las aportaciones sociales diferidas o el cumplimiento de las prestaciones accesorias.

7.^a Las acciones de responsabilidad contra los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho; contra la persona natural designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica y contra la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, por los daños y perjuicios causados, antes o después de la declaración judicial de concurso, a la persona jurídica concursada.

8.^a Las acciones de responsabilidad contra los auditores por los daños y perjuicios causados, antes o después de la declaración judicial de concurso, a la persona jurídica concursada.

G) El [artículo 53 LC](#) ("Jurisdicción del juez del concurso en materia laboral") resulta pertinente a nuestros efectos pues dispone lo siguiente:

1. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente para conocer de las acciones sociales que tengan por objeto la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos y la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que, conforme a la legislación laboral y a lo establecido en esta ley, tengan carácter colectivo, así como de las que versen sobre la suspensión o extinción de contratos de alta dirección.

2. La suspensión de contratos y la reducción de jornada tendrán carácter colectivo cuando afecten al número de trabajadores establecido en la legislación laboral para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo.

H) El [artículo 169 LC](#) ("Legislación aplicable"), integrado en la Subsección "De los efectos sobre los contratos de trabajo" tiene el siguiente contenido:

1. Declarado el concurso, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido y la suspensión de contratos y la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, se tramitarán por las reglas establecidas en esta Subsección cuando tengan carácter colectivo.

2. En todo lo no previsto en esta Subsección se aplicará la legislación laboral. Los representantes de los trabajadores tendrán cuantas facultades les atribuya esa legislación.

I) Al disciplinar el contenido de la masa activa, el [artículo 192 LC](#) prescribe lo siguiente:

1. La masa activa del concurso está constituida por la totalidad de los bienes y derechos integrados en el patrimonio del concursado a la fecha de la declaración de concurso y por los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento.

2. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior aquellos bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables.

E) El [artículo 170 LC](#) ordena el modo de enlazar lo que llama "Medidas colectivas en tramitación" con el propio concurso. Lo hace del modo siguiente:

1. Si a la fecha de la declaración del concurso el empresario hubiera iniciado los trámites para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos o la reducción de jornada, de carácter colectivo, el concursado lo pondrá inmediatamente en conocimiento del juez del concurso. En el caso de que aún no se hubiera alcanzado un acuerdo o no se hubiera notificado la decisión empresarial, dentro de los tres días siguientes al de la comunicación, el Letrado de la Administración de Justicia citará a comparecencia a los legitimados previstos en el artículo siguiente para exponer y justificar, en su caso, la procedencia de continuar con la tramitación de las medidas colectivas, conforme a lo previsto en esta Subsección. Las actuaciones practicadas hasta la fecha de la declaración de concurso conservarán su validez en el procedimiento que se tramite ante el juzgado.

2. Si a la fecha de la declaración del concurso ya se hubiera alcanzado un acuerdo o se hubiera notificado a la decisión adoptada con relación a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, al traslado, al despido, a la suspensión de contratos o la reducción de jornada, de carácter colectivo, corresponderá a la administración concursal la ejecución de tales medidas.

3. Si al tiempo de la declaración de concurso el acuerdo o la decisión empresarial hubieran sido impugnados ante la jurisdicción social, el procedimiento continuará ante los órganos de esta jurisdicción hasta la firmeza de la correspondiente resolución.

4. En los casos a que se refiere este artículo, la declaración de concurso habrá de ser comunicada a la autoridad laboral a los efectos que procedan.

J) El artículo 221 LC ("Sucesión de empresa") contiene dos apartados con el siguiente texto:

1. En caso de enajenación de una unidad productiva, se considerará, a los efectos laborales y de seguridad social, que existe sucesión de empresa.

2. El juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa.

VI. Doctrina básica

La Sala Cuarta, tras descartar la concurrencia de la excepción introducida por las empresas recurridas, se dedica en su fundamento de derecho tercero a sintetizar y analizar su doctrina sobre delimitación de competencia entre los órdenes social y mercantil en procesos de impugnación de DC.

En relación con posible carencia sobrevenida de objeto descarta su concurrencia por cuanto la extinción colectiva en el seno del concurso no es incompatible, ni afecta, al DC objeto de impugnación, y que tiene su origen en la finalización de un ERTE Covid anterior y en la situación de los trabajadores que fueron afectados por el mismo. O, dicho de otro modo, no pierde su interés el litigio aquí promovido como consecuencia de que luego se haya tramitado un DC concursal. Lo que se discute posee sustantividad propia y el debate no ha sido zanjado en litigio anterior.

Superada esta cuestión, dedica la Sala un esfuerzo notable a sintetizar su doctrina general sobre la cuestión, afirmando que es competencia del orden social el conocimiento de demanda previa a la declaración de DC dirigida también contra empresas que no se encuentran en concurso^[3]. Recuerda que la Ley concursal ha procedido a transferir al Juez del Concurso únicamente ciertas materias de índole laboral, conservando el orden social de la jurisdicción la mayor parte de las materias que le son tradicionalmente propias^[4]; y añade que el momento a partir del cual se aplica la competencia del Juez del Concurso en aquellos asuntos que le son propios es el de la declaración de que la empresa se encuentra en situación concursal, lo que implica que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán sobre todas las materias cuando las medidas de ajuste se hayan consumado con anterioridad a la declaración del concurso. El legislador sólo prevé la traslación automática de la

competencia del Juez del concurso en el supuesto de que el procedimiento de despido colectivo no hubiera culminado en el momento de declaración de concurso.

También se ha atribuido la competencia al orden social en supuestos de impugnación, individual o colectiva, de despido tácito por hechos acaecidos con anterioridad a la declaración del concurso, negando la competencia del Juez mercantil para declarar la extinción colectiva de los contratos de aquellos trabajadores que accionaron con anterioridad a la declaración del concurso^[5].

Descendiendo a supuestos más específicos recuerda la Sala que es competencia del Juez Mercantil la extinción colectiva de contratos una vez declarado el concurso, incluso el de un trabajador que había interpuesto ante el Juzgado de lo Social demanda interesando la extinción de su contrato por la vía del artículo 50.1.b) del ET, mientras se encuentre pendiente de resolución tal pretensión^[6].

La modalidad procesal adecuada para impugnar el auto del juez del concurso que acuerda la extinción colectiva de los contratos de los trabajadores de la concursada no es el de despido colectivo, sino que dicha pretensión ha de impugnarse bien colectivamente por el recurso de suplicación, bien de manera individual por cada trabajador afectado en el correspondiente incidente concursal^[7].

Es competente del orden social cuando ha habido sucesión de empresa con adquisición de bienes de la empresa por un tercero^[8]; o cuando se interesa que la empresa concursada suscriba un convenio especial con la seguridad Social cuando la extinción colectiva se produce mediante ERE anterior al concurso^[9].

En resumen, *“cuando se quiere cuestionar la validez del despido acordado en el seno del concurso hay que accionar (individual o colectivamente) ante el Juzgado de lo Mercantil. Eso es así incluso si se desea plantear la existencia de un posible fenómeno empresarial de agrupación. Cuando sobreviene una extinción colectiva de carácter concursal a la previa, y pendiente de decisión judicial definitiva, la ejecución en materia de despido no puede omitir esa circunstancia.*

La competencia exclusiva del Juez Mercantil desaparece cuando se trata de una reclamación laboral dirigida frente a quienes no son sujetos concursados. La excepcionalidad de la atribución competencial en favor del Juez del Concurso juega en favor de la jurisdicción social cuando no aparezca una norma explícita que le asigne el conocimiento de determinado asunto.

Las sentencias de despido colectivo nulo pueden ser ejecutadas de forma colectiva siempre que dicha ejecución se refiera a la propia obligación que se ejecuta, es decir, a la readmisión y a las circunstancias que la afectan directamente (salario, puesto de trabajo, funciones a desempeñar)”. Resulta imposible que “la competencia del Juez del Concurso se extienda a personas diversas a la concursada. Pero cuando se quiere cuestionar la validez del DC acaecido en el seno del concurso hay que accionar (individual o colectivamente) ante el Juzgado de lo Mercantil. Eso es así incluso si se desea plantear la existencia de un posible fenómeno empresarial de agrupación. Se trata de criterio acogido tanto antes cuanto después de las modificaciones introducidas en la LC que entraron en vigor a principio de enero de 2012.

Si no se cuestiona la validez del despido concursal, sino que se reclama el abono de determinadas cantidades derivadas de la extinción contractual que comporta (sean indemnizatorias o retributivas) la solución debe ser la opuesta. La competencia exclusiva del Juez Mercantil desaparece cuando se trata de una reclamación laboral dirigida frente a quienes no son sujetos concursados. En estos casos, la excepcionalidad de la atribución competencial en favor del Juez del Concurso juega en favor de la jurisdicción social cuando no aparezca una norma explícita que le asigne el conocimiento de determinado asunto”.

VII. Parte dispositiva

Atendiendo a lo expuesto la Sala desestima los recursos de casación formalizados por la representación sindical y unitaria de los trabajadores, confirmando la sentencia recurrida, reiterando la incompetencia de la Jurisdicción social para conocer de las demandas de impugnación del DC tácito formalizadas por las ahora recurrentes.

VIII. Pasajes decisivos

Centra el Tribunal sus razonamientos jurídicos más relevantes en el fundamento de derecho tercero, donde sintetiza su doctrina unificada sobre la cuestión que nos ocupa.

IX. Comentario

La Sala da un paso más en la delimitación de competencias entre las jurisdicciones social y mercantil en relación con la impugnación, colectiva en este caso, de un despido colectivo tácito anterior (por escasos días) a la declaración de concurso de acreedores de la mercantil empleadora.

Si bien en esta ocasión no aporta el Alto Tribunal doctrina novedosa alguna sobre la cuestión, la sentencia que comentamos resulta de especial interés por el recorrido que efectúa por la doctrina de la Sala, de tal suerte que proporciona al lector un visión global y general de su posición al respecto.

Así, se refiere entre otras a:

A) La STS 9 febrero 2015 (rec.406/2014) asume la competencia del Juzgado de lo Mercantil para conocer de la extinción colectiva de contratos de trabajo después de declarado el concurso, incluido el de un trabajador que, con anterioridad a dicha declaración, había presentado demanda ante el Juzgado de lo Social instando la extinción de su contrato, al amparo del artículo 50.1b) ET, estando pendiente de resolver la citada pretensión. La legislación aplicable es la anterior a la reforma de la Ley Concursal por Ley 38/2011, de 10 de octubre.

B) La STS 437/2017 de 17 de mayo (rec.240/2016; Pleno) afronta el supuesto surgido cuando, tras previo despido colectivo ordinario y declarado nulo pero sin ganar firmeza, sobreviene un Auto del Juzgado de lo Mercantil acordando también la terminación colectiva de los contratos: en tal caso, el planteamiento del recurso de casación ha de tomar muy en cuenta esa circunstancia, en lugar de seguir el propio de cualquier caso de ejecución de sentencia de despido nulo en empresa concursada.

C) Nuestra STS 539/2017 de 21 junio (rec.18/2017) expone que la modalidad procesal de despido colectivo resulta inadecuada para impugnar el auto del Juez de lo Mercantil acordando la extinción de los contratos, porque de acuerdo con el art. 64.8 de la LC, dicha pretensión deberá ser canalizada, bien por la vía colectiva a través del recurso de suplicación que se interponga frente al referido auto, bien individualmente por cada uno de los trabajadores afectados, a través del incidente concursal que se regula en los arts. 195 y 196.3 de la LC.

D) La STS 547/2017 de 2 junio (rcud.3883 /2015) declara la competencia del Juzgado Social para conocer y resolver la solicitud de ejecución de sentencia de despido, habida cuenta de que lo que pidieron los recurrentes fue la declaración por parte del órgano judicial de que la readmisión no se había producido y de que no se podía producir por haber quedado acreditada la imposibilidad de la readmisión.

E) La STS 592/2017 de 5 julio (rec.563/2016) considera que la jurisdicción social es competente para decidir si ha existido sucesión de empresa cuando bienes de la concursada son adquiridos por un tercero ajeno al concurso. Reitera el criterio de las SSTS de 11 de enero y 18 de mayo de 2017 (rec.1689/2015 y 1645/2015), así como de la anterior de 29 de octubre de 2014 (rec.1573/2013). En el mismo sentido pueden verse otras varias como las de 11 enero 2017 (rec.1689/2015; 18/5/2017; 1645/2015); 5 julio 2017 (rec.563/2015) y 11 enero 2018 (rec.3290/2015).

F) La STS 718/2017 de 26 septiembre (rec.4115/2015) considera competente el orden social de la jurisdicción cuando se interesa que la empresa concursada sea condenada a suscribir convenio especial con la Seguridad Social cuando la extinción contractual se produce mediante ERE anterior al concurso (aunque la demanda se interponga con posterioridad a su declaración). Sigue el criterio de varias sentencias de 19 octubre 2016 (rec.2291/2015, 2447/2015, 2216/2015, 2405/2015 o 2315/2016).

G) Nuestra STS 264/2018 de 8 marzo (rec.1352/2016) aborda una reclamación suscitada al hilo de la impugnación de la extinción individual de quien fue incluido en el ERE concursal y concluye que debe hacerse por los cauces de la Ley Concursal ante el Juez de lo Mercantil.

H) Nuestra STS 407/2018 de 17 abril (rec.934/2016) atribuye al orden social la ejecución de créditos laborales reconocidos por sentencia cuando la empresa está en concurso y ya se ha aprobado el convenio. Tras analizar diversos preceptos de la LC se expone lo siguiente: "La conclusión que se extrae es clara: una vez aprobado el convenio concursal, los acreedores concursales no sujetos al convenio así como los acreedores que hubieran adquirido su crédito después de aprobado el convenio, podrán iniciar ordinariamente ejecuciones o continuar con las que hubieran iniciado; ejecuciones que no se acumularán al proceso concursal, puesto que el efecto específico del concurso, consistente en la paralización de la ejecución y la atracción de las ejecuciones al concurso, ha sido enervado desde la eficacia del convenio".

I) La STS 835/2018 de 14 septiembre (rcud.2652/2017) advierte que es competente el Juzgado de lo Mercantil para conocer de la extinción colectiva de contratos de trabajo después de declarado el concurso, incluso en el caso del trabajador que, con anterioridad a dicha declaración, había presentado demanda ante el Juzgado de lo Social instando la extinción de su contrato, al amparo del art. 50.1b) ET, estando pendiente de resolver la citada pretensión. "Así resulta del art. 64.10 LC cuando, al referirse expresamente a las acciones derivadas del art. 50 ET, no permite dudar del efecto de cosa juzgada que el auto del juez del concurso despliega sobre los procedimientos sociales que se hubieren suspendido por ser iniciados con posterioridad a la solicitud del concurso".

J) La STS 646/2019 de 19 septiembre (rcud.84/2018) considera que corresponde al Juzgado de lo Social el conocimiento de la reclamación de cantidad derivada de despido acordado por el Juez del Concurso y dirigida contra la empleadora concursada y terceros (otra empresa y sus administradores).

K) La STS 659/2019 de 25 septiembre (rcud.1658/2019) insiste en la doctrina conforme a la cual la acción que se dirige frente a la concursada y frente a otras personas físicas y jurídicas rebasa el ámbito competencial del juez del concurso. La competencia exclusiva del Juez Mercantil desaparece cuando se trata de una reclamación laboral dirigida frente a quienes no son sujetos concursados.

L) La STS 584/2020 de 2 julio (rcud.119/2018), especialmente invocada por los recurrentes analiza el supuesto de si compete a la jurisdicción laboral conocer de una demanda de despido, en la que se debate si se ha producido sucesión de empresa, aunque la relación laboral se había extinguido previamente mediante auto firme del Juzgado de lo Mercantil, que extinguió los contratos de trabajo en procedimiento de despido colectivo concursal. Reitera lo dicho en numerosos supuestos precedentes porque en la resolución de ese problema se encuentra implicada la recurrente, quien no ha sido parte en el proceso concursal, ni como deudor ni como acreedor, al haberse limitado a comprar una unidad productiva de la concursada, razón por la que su relación con el concurso de acreedores se ha limitado a la compra de un activo de la masa.

M) La STS 186/2021 de 10 febrero (rcud.3740/2018) insiste en que la impugnación de la extinción individual de quien fue incluido en el ERE concursal debe hacerse por los cauces de la Ley Concursal ante el Juez de lo Mercantil, careciendo de competencia el orden social de la jurisdicción, aunque se demande solidariamente a

otros sujetos diversos de la empleadora. Ahora bien, sean cuales sean las circunstancias en las que se ha desarrollado la extinción colectiva de los contratos de los trabajadores en el marco de un concurso de acreedores de una empresa, así como la liquidación de los bienes de ésta, la cuestión de si posteriormente se ha producido o no una sucesión empresarial (art. 44 ET) es competencia de la jurisdicción social.

N) El Auto de 21 diciembre 2022 (proc.7/2022) zanja una cuestión de competencia entre Juzgado de lo Mercantil y de lo Social, al hilo de la reclamación individual frente al Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil en materia de DC concursal, concretamente cuando quien acciona entiende que debía haber sido subrogado por una nueva empresa.

Tras este profuso análisis maneja el Alto Tribunal criterios interpretativos diversos para confirmar la resolución recurrida y reiterar la atribución de competencia al Juez de lo Mercantil para conocer de demandas como las que nos ocupan. Así, en primer lugar afirma que la dicción literal de los preceptos en conflicto es clara, identificando como competencia exclusiva y excluyendo la del juez del concurso para conocer de la extinción colectiva de las relaciones laborales. Precisa la Sala que el artículo 53 de la LC se refiere a los supuestos de despidos que "conforme a la legislación laboral y a lo establecido en esta ley, tengan carácter colectivo", por lo que resulta innegable que la norma contiene una remisión a la legislación laboral y que el DC tácito posee plena carta de naturaleza en ella, por lo que si bien el legislador mercantil está pensando en que el Juez del concurso resuelva sobre una petición expresa de la empresa o de la AC, o incluso de los propios representantes de los trabajadores, sería del todo posible incluir en la aplicación de la norma supuestos como el que nos ocupa.

Una interpretación sistemática conduciría al mismo resultado a partir de lo dispuesto en los artículos 169 y 170 de la Ley Concursal que se refieren al incumplimiento de las reglas contenidas en la subsección (Subsección Primera ("De los efectos sobre los contratos de trabajo) de la Sección Cuarta ("De los efectos sobre los contratos de trabajo y sobre los convenios colectivos") del Capítulo IV ("De los efectos sobre los contratos") del Título III ("De los efectos de la declaración de concurso") del Libro I de la norma.

X. Apunte final

Sentencias como las que analizamos evidencian la dificultad y complejidad que representan para los operadores jurídicos cuestiones meramente procesales como la que nos ocupan. El examen de la competencia del tribunal es una cuestión de orden público procesal que puede ser controlada de oficio por el juzgador, y supone el presupuesto previo para el enjuiciamiento de la pretensión de fondo^[10].

Esta dificultad se ve agudizada por la reciente reforma del texto de la Ley Concursal, que en un supuesto proceso de compilación legislativa dobla su extensión, introduciendo preceptos novedosos que han dado lugar a copiosa doctrina judicial. Pero el análisis de estas cuestiones es, como termina diciendo el famoso libro de Michael Ende, otra historia.

Referencias:

1. ^ *Sentencia 879/2022 de 11 de mayo, en autos 11/2021.*
2. ^ *A diferencia de los sostenido en la instancia, en la que informó a favor de la falta de jurisdicción de la Sala territorial.*
3. ^ *STS de 22 de septiembre, rec.314/2013.*
4. ^ *SSTS 18 octubre 2010/2016, rec.2405/15, y 19 octubre 2016, rec.2291/2015.*

5. ^ STS 285/2016 de 13 abril (rec.2874/2014), allí razonó la Sala que en el caso de autos se excluye la competencia del Juez del concurso, de una parte porque no consta resolución alguna suya en orden a la atracción de competencia; y de otra porque la demanda interpuesta lo ha sido contra empresas ya declaradas en concurso y otras que no se hallan en tal situación, afirmando -con confirmación judicial dada por la sentencia recurrida- de que se trata un grupo de empresas a efectos laborales, circunstancia ésta que, en la doctrina del referido ATS 28/09/11 , trasciende a la competencia y excluye el posible conocimiento de la pretensión por parte del Juzgado de lo Mercantil.
6. ^ STS 9 febrero 2015 (rec.406/2014).
7. ^ STS 539/2017 de 21 junio (rec.18/2017).
8. ^ STS 592/2017 de 5 julio (rec.563/2016).
9. ^ STS 718/2017 de 26 septiembre (rec.4115/2015).
10. ^ Sobre la cuestión Montoya Melgar, Alfredo, *Derecho Laboral Concursal*. Civitas-Thomson Reuter, marzo 2013, pág. 47. Ríos Salmerón, Bartolomé, *La Ley Concursal y los Trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003. Actualidad Laboral, n° 21, 2003, pág. 364. Y, con extensión sobre esta materia cfr. Ríos Mestres, José María, *Despido Colectivo y concurso de acreedores*. Civitas-Thomson-Reuter, 2012 y Cano Marco, Francisco, *Manual Práctico de Derecho laboral concursal*. 3ª edición. La Ley Wolters Kluwer. 3ª edición. 2020. Martínez Moya, Juan, "El rayo que no cesa: la competencia del Juzgado de lo Social en el concurso", *Revista de Jurisprudencia Laboral*. BOE. Núm.6/2022.*

§ 84 Las bajas voluntarias incentivadas computan a efectos numéricos para el despido colectivo.

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona

Resumen: La sentencia objeto de estudio trata la problemática del número de trabajadores que deben computarse para que la empresa deba proceder a un despido colectivo, y más exactamente a si las bajas voluntarias que han sido incentivadas por esta pueden ser incluidas dentro del cómputo. El TS llega a una conclusión afirmativa tras repasar la jurisprudencia del TJUE y la normativa comunitaria y española aplicable, por considerar que tales bajas son por una causa que no responde a la voluntad del trabajador.

Palabras clave: Despido colectivo. Extinción voluntaria. Estatuto de los Trabajadores. Tribunal Supremo.

Abstract: The judgment under study deals with the problem of the number of workers that must be taken into account in order for the company to proceed with collective redundancies, and more precisely whether voluntary redundancies that have been encouraged by the company can be included in the calculation. The Supreme Court reaches an affirmative conclusion after reviewing the case law of the CJEU and the applicable EU and Spanish legislation, considering that such dismissals are for a reason that does not correspond to the will of the worker.

Keywords: Collective dismissal. Voluntary lay-off. Statute of Workers' Rights. Supreme Court.

I. Introducción

Es objeto de estudio en este artículo la anotación en esta entrada del blog la sentencia dictada por el Pleno de la Sala Social del TS el 19 de septiembre.

La resolución judicial desestima el RC interpuesto por una de las empresas condenadas por la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid el 25 de octubre de 2022 (rec. 958/2022), y estima el formulado por otra. El Ministerio Fiscal se había pronunciado en el sentido de declarar improcedentes ambos recursos en su preceptivo informe.

La sentencia del alto tribunal tiene una especial importancia a mi parecer. Trato inmediatamente de justificar esta tesis, y para ello reproduzco primeramente el escueto, pero al mismo tiempo muy claro, resumen oficial, que es el siguiente: “Despido colectivo de hecho. Deben contabilizarse las siete extinciones contractuales de mutuo acuerdo producidas durante el periodo de referencia de 90 días. Concorre la

libre voluntad del trabajador, pero tales extinciones tienen su causa y origen en la iniciativa del empresario, en el marco y el contexto de la reducción de plantilla”.

La Sala de lo Social del TSJ de las Islas Baleares presentó una petición de decisión prejudicial ante el TJUE mediante auto de 29 de agosto (rec. 3/2022), en relación con la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. La segunda cuestión prejudicial planteada era la siguiente: “El último párrafo del apartado 1 del art. 1 de la Directiva 98/59/CE ... cuando refiere que “ A efectos del cálculo del número de despidos previsto en la letra a) del párrafo anterior se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa de empresario en base o uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos 5.”

¿Incluye, en un contexto de crisis en el que es previsible una reducción de plantilla con inclusión de despidos, las bajas de trabajadores propuestas por la empresa, no pretendidas pero aceptadas por aquellos una vez obtenida la oferta firme de incorporación inmediata a otra empresa, habiendo sido la empleadora la que gestionó con esa otra empresa la posibilidad de que sus trabajadores mantuvieran entrevistas con vistas a su posible contratación?”.

Por consiguiente, el TJUE deberá pronunciarse sobre cuál es la interpretación que debe darse al concepto de baja voluntaria de la empresa cuando en realidad parece que esa “baja voluntaria” haya sido casi obligada ante el temor de que la no presentación pudiera tener implicaciones de pérdida de empleo para la persona trabajadora.

Pues bien, el conflicto resuelto por la sentencia del TS versa igualmente sobre el posible cómputo de las bajas voluntarias “incentivadas” dentro de los umbrales numéricos regulados por el art. 51 de la LET que imponen, para que una decisión empresarial de extinción de contratos pueda llevarse a cabo, acudir al procedimiento de despido colectivo. Dado que no hay hasta este momento sentencia del TJUE sobre la petición de decisión prejudicial planteada, creo que puede afirmarse que el TS se avanza respecto a la aceptación, eso sí, en determinados supuestos y en determinadas circunstancias, de las bajas voluntarias incentivadas por la empresa como extinciones que se producen por “causa no inherente a la voluntad del trabajador”, y de ahí la importancia de la sentencia, que deberá ser objeto de atenta lectura y estudio por parte de todos los departamentos de recursos humanos y por el mundo jurídico, empresarial y sindical laboralista.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Social del TS (Pleno).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 558/2023, de 19 de septiembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCO núm. 61/2023.

ECLI:ES:TS:2023:3812

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El conflicto encuentra su origen en sede judicial con la presentación de demanda el 1 de agosto de 2022, en procedimiento de impugnación de despido colectivo y con alegación de vulneración de derechos fundamentales, por parte de la Federación de

sindicatos de banca, bolsa, ahorro, entidades financieras, seguros, oficinas y despachos, de la Confederación General del Trabajo (FESIBAC-CGT) contra las empresas Wizink Gestión SL y Wizink Bank SAU, con CCOO como parte interesada.

A los efectos de un adecuado conocimiento del caso, conviene prestar especial atención a los hechos probados, en los que se da debida cuenta de las propuestas dirigidas, el 15 de julio de 2021, por la directora de relaciones laborales de la primera empresa a varios de los trabajadores, a través de sus representantes, para que pasaran a prestar servicios a la segunda, por razones de reestructuración de las tareas llevadas a cabo por cada empresa. Las citadas propuestas de reestructuración en el centro de trabajo afectado merecieron una valoración negativa por parte de CGT, que tenía tres miembros de los cinco que integraban el comité de empresa, llevando después a la impugnación del despido colectivo que está pendiente de conocimiento por el TSJ tras ser desestimada la demanda por el TSJ de Madrid en sentencia dictada el 28 de abril de 2022 (rec. 829/2021), por apreciar caducidad de la acción.

El hecho probado más relevante, y al que se refiere el fallo, es el núm. 13, en el que tenemos conocimiento de las bajas causadas en la empresa en un período seguido de 90 días, del 2 de abril al 1 de julio de 2022, un total de 20 trabajadores y trabajadoras:

“... ocho trabajadores por despido..., siete fueron cesados con efectos de 21 de abril de 2022 y la improcedencia de los despidos fue reconocida por la empresa en los actos de conciliación administrativa celebrados el 27 de mayo de 2022. La otra afectada... fue despedida el 1 de julio de 2022 con reconocimiento empresarial de improcedencia en la conciliación alcanzada el siguiente día 27.

Siete trabajadores de mutuo acuerdo con la empresa. ..., dos el 20 de abril de 2022..., dos el 1 de junio de 2022..., dos el 15 de junio de 2022 ... y uno el 1 de julio de 2022

Cinco trabajadores por incorporación a WB con efectos de 1 de mayo de 2022”.

IV. Sentencia del TSJ de Madrid de 25 de octubre de 2022.

Con prontitud centró la Sala la cuestión a la que debía dar respuesta, cual era “determinar si en el período comprendido entre el 2 de abril y el 1 de julio de 2022, se produjeron, por iniciativa de la empresa WG, un número de extinciones contractuales por motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, superior a 10, umbral que resulta de aplicación en este caso al ocupar dicha entidad menos de 100 empleados, y, derivadamente, si llevó a cabo un despido colectivo de hecho”, explicando además que esta era la tesis del sindicato demandante, “al considerar que, a los ocho despidos improcedentes acordados en ese lapso temporal, sobre cuyo cómputo no existe discrepancia, hay que sumar las siete extinciones acontecidas por mutuo acuerdo de las partes y las cinco bajas motivadas por la incorporación de empleados de WG a la empresa matriz del grupo...”.

El TSJ, en una sentencia que considero muy rigurosa y con un muy buen análisis de la razón de ser de la regulación de los despidos colectivos tanto en sede nacional como europea, efectúa unas consideraciones sobre tres aspectos de la temática tratada: en primer lugar, con alcance general, sobre la voluntad de la norma española (art. 51 LET) y comunitaria (Directiva 98/59/CE) de “reforzar el nivel de protección efectiva de los trabajadores y de su empleo”, evitando actuaciones abusivas y fraudulentas por parte empresarial; la segunda, de afectación directa al caso, “la situación en la que quedan los trabajadores que continúan prestando servicios para WG, los cuales, de resultados de la sustancial y unilateral reducción de las tareas asumidas por la entidad y de la plantilla que las lleva a cabo, ven amenazada la posibilidad de conservar sus puestos de trabajo, sin que dicho proceso haya ido acompañado del compromiso de recolocación en caso de cese de la actividad de WG por parte de WB, que es la entidad que decide el personal de WG que subroga y el momento en que lo hace, así como las funciones cuyo desempeño recupera, ni de ninguna otra previsión tendente a asegurar su futuro”; la tercera, la posible vulneración

del art. 28.1 CE al no haber podido participar la representación del personal en un supuesto en el que, de prosperar la tesis de la demanda, estaríamos en presencia de un auténtico despido colectivo, oculto bajo la apariencia de ceses individuales.

Y todo ello lleva a la Sala a concluir que la forma de abordar el litigio, partiendo de los hechos probados, es de la de determinar “si las bajas sobrevenidas en el período de referencia por las causas explicitadas deben computarse o no a efectos del umbral numérico del despido colectivo”, llegando a una respuesta afirmativa que se justifica debidamente en el apartado II del fundamento de derecho cuarto, en el que expone los argumentos que hacen decaer la regla general del no computo de las bajas voluntarias en los umbrales numéricos de un despido colectivo, siendo de especial interés a mi parecer la siguiente: “2ª) Si bien las extinciones se presentan formalmente como acuerdos individuales, a la hora de establecer su verdadera naturaleza no se puede hacer abstracción del escenario en el que se producen, configurado por la existencia en la empresa WG de un sistema de bajas incentivadas de libre adscripción por parte de sus empleados, que se aplica al menos desde el mes de noviembre de 2021 y que hasta el 1 de julio de 2022, se tradujo en el cese de 20 trabajadores, 7 en el período tomado en este procedimiento como referencial”.

La Sala apoya su decisión en jurisprudencia del TS sobre despidos colectivos llevados a cabo en fraude de ley y abuso de derecho, y aduce un argumento de especial relevancia y que acerca sin duda la interpretación del marco normativo a la realidad laboral cotidiana en muchos centros de trabajo y que por ello considero conveniente reproducir:

“... una interpretación literal -"a iniciativa" y no por decisión del empresario-finalista y acorde a la actual complejidad de las relaciones laborales no sólo en España, sino en el ámbito de la Unión Europea, del concepto "extinciones del contrato producidas por iniciativa del empresario" que emplea el párrafo segundo del apartado 1 del art. 1 de la Directiva 98/59, lleva a entender comprendidos en el supuesto de hecho que contempla las extinciones de la relación laboral acaecidas a instancia del empresario con la aquiescencia del trabajador cuando es el empleador quien le induce a prestar su consentimiento, bien a cambio de una compensación económica predeterminada fijada en un plan o programa de bajas incentivadas, bien a cambio de la incorporación a la empresa matriz del grupo en mejores condiciones laborales, previa baja voluntaria en la filial, máxime si como sucede en el presente asunto las terminaciones contractuales se producen en un contexto de replanteamiento de la actividad empresarial y de reestructuración profunda de la plantilla basados en causas organizativas, lo que pone de manifiesto que las extinciones obedecen fundamentalmente a un interés empresarial y acontecen bajo su aliento, con independencia de la causa formalmente establecida para documentar el cese”.

En definitiva, el TSJ estimó la demanda en los términos que ahora reproduzco de su fallo:

“declarar la nulidad del despido colectivo llevado a efecto en el período comprendido entre el 2 de abril y el 1 de julio de 2022 por la empresa Wizink Gestión, S.L., a la que condenamos a estar y pasar por dicha declaración, al igual que a Wizink Bank, SAU. Declaramos el derecho de los 20 trabajadores relacionados en el hecho probado decimotercero de esta sentencia a ser reincorporados en sus puestos de trabajo en la empresa Wizink Gestión, SL, y a percibirlos salarios no devengados desde la fecha de su cese hasta la de notificación de esta sentencia, debiendo reintegrar la indemnización recibida una vez sea firme esta resolución. Declaramos vulnerado el derecho de libertad sindical de FESIBAC-CGT, en su vertiente de derecho a la negociación colectiva, por parte de las empresas codemandadas, a las que condenamos solidariamente a abonarle la cantidad de 1.000 euros. Y, debemos rechazar y rechazamos las excepciones de falta de legitimación activa y de falta de legitimación pasiva opuestas por la representación letrada de Wizink Bank, SAU”.

V. RCU (I)

La estimación de la demanda por el TSJ de Madrid llevó a las empresas condenadas a interponer recursos de casación ante el TS, cuya fundamentación jurídica conocemos en el antecedente de hecho quinto de la sentencia.

Por parte de Wizink Bank se alegó la infracción del art. 10 de la LEC, arts. 6.4 y 7 de la LET, art. 1.203 del Cc.

El TS estimará este recurso, basándose (véase con más detalle el fundamento de derecho séptimo) en que no se ha planteado la existencia de un grupo laboral de empresas, y que no ha participado en las decisiones extintivas sobre las que se discute si deben computarse o no a efectos de la existencia de un despido colectivo. Partiendo de estas dos premisas, y al margen de que haya incorporado en su plantilla a trabajadores provenientes de la otra empresa, concluye que “No es empleadora de los trabajadores cuyas relaciones laborales han quedado definitivamente extinguidas por parte de WG, por lo que ni tan siquiera estaba legitimada para abrir o participar en el periodo de consultas y negociar con la representación legal de los trabajadores, lo que impide que se le pueda exigir obligación alguna en tan sentido y no ha vulnerado en consecuencia el derecho a la libertad sindical del sindicato demandante, ni puede intervenir en la eventual readmisión de los despedidos”.

VI. RCU (II). de Wizink Gestión

1. Argumentación

Mi atención se centra en el RC interpuesto por Wizink Gestión, al amparo de los apartados d) y e) del art. 207 LRJS, con petición de modificación de un hecho probado y alegación de infracción de numerosos artículos: arts. 49.1 a) y d), y 51 LET, arts. 6.4., 7, 1.203 y 1.205 del Cc, art. 2.2 de la LOLS, y art. 28 CE, todos ellos en relación con la jurisprudencia que los ha interpretado.

Una petición de modificación será aceptada, si bien no tendrá trascendencia alguna para la resolución del caso, quedando así recogido que la empresa se ratificó, en el despido de una trabajadora, “en las causas que dieron lugar al mismo” y que no reconoció su improcedencia.

Las alegaciones por la parte empresarial de infracción de normativa y jurisprudencia aplicable se sustentan, en la misma línea que las expuesta ante el TSJ, en la inexistencia de un despido colectivo de hecho y de la vulneración de la libertad sindical del sindicato demandante. Sólo acepta a efectos de cómputo para un despido colectivo, en atención al número de trabajadores del centro de trabajo, siete despidos improcedentes que se dieron en el mes de abril y uno por causas objetivas que acaeció el mes de julio, lo que supondría computar ocho extinciones contractuales “por voluntad no inherente a la persona del trabajador”, no alcanzándose el umbral requerido por el art. 51.1 LET. Es decir, niega que puedan computarse las bajas que se produjeron (siete) “de mutuo acuerdo entre el trabajador y la empresa”, y las de que quienes (cinco) “voluntariamente pasaron a prestar servicios en WB”, ya que si fueron los propios trabajadores referenciados (siete + cinco) los que tomaron la decisión de extinguir sus contratos, no tendrían cabida en el cómputo requerido para alcanzar el umbral numérico reseñado.

2. Doctrina básica

La Sala procede en el fundamento de derecho segundo a un breve recordatorio de los hechos probados de la sentencia de instancia, y entra a conocer (fundamento de derecho tercero) del recurso de Wizink Gestión en primer lugar, por condicionar la respuesta que se le proporcione al recurso presentado por Wizink Bank.

Transcribe primeramente el art. 51.1 LET y el art. 1.1 de la Directiva 98/59, para pasar seguidamente a recordar su consolidada doctrina sobre la existencia de un despido colectivo de hecho “cuando la empresa no ha seguido el procedimiento

establecido en el precitado art. 51 ET, pero ha extinguido sin embargo la relación laboral de un número de trabajadores que superan los umbrales previstos en el mismo durante ese periodo de referencia de noventa días, y por motivos que obligan a computarlos a tal efecto por no ser inherentes a la persona del trabajador, si su número es del, al menos, cinco”, con cita de la sentencia de 23 de septiembre de 2021 (rec. 92/2021), y la de 25 de noviembre de 2013 (rec. 52/2013).

Con el marco normativo aplicable, y la jurisprudencia del TS sobre el despido colectivo de hecho, hay que abordar el presente litigio, en el que ha habido, no se discute, veinte extinciones contractuales en un período ininterrumpido de noventa días. El único punto conflictivo es decidir, confirmando la sentencia de instancia o estimando el recurso de casación, si deben computarse o no las extinciones operadas por mutuo acuerdo y por cambio de empleador.

A partir de aquí, la Sala acude nuevamente al repaso de su consolidada jurisprudencia sobre despidos colectivos y no únicamente sobre la relativa al llevado a cabo de hecho. En primer lugar, recuerda cómo deben computarse los noventa días durante los que deben producirse las extinciones, acogiendo la sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2020 (asunto C-300/19).

Tras el examen de su jurisprudencia sobre los períodos de cómputo, la Sala delimita, en los mismos términos recogidos en la demanda, el período a tener en cuenta, los noventa días anteriores al 1 de julio de 2022, “por más que haya otro litigio pendiente respecto a las extinciones contractuales llevadas a cabo por la misma empresa en un diferente periodo de 90 días, que no es consecutivo con el que debe tenerse en cuenta a efectos del presente procedimiento”.

Una vez delimitado el período de cómputo, toca ya analizar si hay realmente voluntariedad en las decisiones adoptadas por los trabajadores “de mutuo acuerdo con la empresa”, incluyendo que varios se incorporaron a la empresa que, según los hechos probados de instancia, era el único socio de Wizink Gestión, siendo esta “una compañía que presta servicios administrativos y de gestión a WB y otras sociedades del grupo, centrados fundamentalmente en operaciones de recobro”.

Llegará a una conclusión afirmativa con amplio apoyo en la sentencia de 22 de junio de 2023 (rec. 223/2022), de la que transcribe muy amplios fragmentos, de los que hay dos de especial interés a mi parecer:

“Cuando la empleadora entrante anuncia a varios trabajadores de la saliente que no va a proceder a su subrogación, pero les propone que será posible la contratación si formalizan las bajas laborales en la anterior empresa, y de esta manera lo lleva a efecto, resulta innegable que la iniciativa se residencia en la mercantil que diseña el panorama extintivo y condiciona la voluntad de quienes, prestando servicios para la saliente y debiendo ser subrogados por quien asume el servicio, se ven compelidos a presentar su baja a fin de ser contratados ex novo y poder continuar trabajando . No concurre ningún motivo inherente a la persona de los trabajadores para que acaezca el despido, sino bajas o ceses claramente constreñidos por la empresa adjudicataria. Si ésta hubiera asumido no solo el servicio sino también a los trabajadores afectados se hubiera producido la continuidad en la prestación que sostiene y no una ruptura del vínculo seguida inmediatamente de una nueva y diferente contratación, conformada por sus propias circunstancias, entre las que figurará concernida su antigüedad....

En la litis actual se ha producido una ruptura de la relación laboral de varios trabajadores, una extinción condicionada irremediamente por la iniciativa y propuesta de la empleadora entrante y que ha resultado determinante de la superación del umbral establecido para aplicar las reglas del despido colectivo. La contratación inmediatamente suscrita lo evidencia con nitidez; se trata de nuevos vínculos que suceden a un despido colectivo ya perfeccionado con la manifestación de la voluntad empresarial que niega una subrogación obligatoria, y que deben ser objeto de la reparación que fija la norma”.

En aplicación de los mismos criterios sentados en la sentencia antes referenciada, pasa la Sala primeramente a examinar si deben computarse o no las siete extinciones contractuales producidas “por mutuo acuerdo”, una causa de extinción que evidentemente está permitida (art. 49. 1 a LET). Nada que decir sobre una extinción que cumpla este requisito, pero, y aquí la Sala ya introduce, muy acertadamente a mi parecer, una matización importante, cuál es que hay que valorar cómo y cuándo se producen estas extinciones que, formalmente, son de mutuo acuerdo entre las partes.

Entiéndase bien, creo que la Sala no cuestiona en modo alguno que si existe real voluntariedad no cabe su cómputo en el umbral numérico, y que otra respuesta podrá darse después de tomar en consideración las circunstancias en que se producen tales extinciones, es decir “el contexto, los aledaños o el entorno de otras extinciones contractuales en el periodo de referencia del despido colectivo y su número sea, al menos, de cinco”, tal como ya acertadamente efectuó la sentencia del TSJ.

Trasladada esta consideración general al caso concreto, la respuesta afirmativa a la toma en consideración de las extinciones “voluntarias” a efectos de cómputo parece clara, y por ello comparto la tesis del TS, que rechaza la nota de voluntariedad y concluye que ha sido debidas a una iniciativa empresarial, explicándolo de manera muy clara en el primer párrafo del apartado 3 del fundamento de derecho sexto:

“En el caso de autos, estas extinciones de mutuo acuerdo no se producen de manera aislada, individualizada y absolutamente al margen de otras resoluciones contractuales, sino dentro del mismo periodo de 90 días en el que la empresa ha procedido unilateralmente a despedir a otros trabajadores, en el marco de un proceso de restructuración de la plantilla previamente anunciado e iniciado con aquella comunicación de 15 de julio de 2021 que ya hemos referenciado en el segundo de los fundamentos de derecho, mediante la que la empresa hace saber su intención de eliminar una parte del negocio, derivar algunas de sus funciones a los servicios centrales de WB y reducir en consecuencia su personal, ofreciendo a los trabajadores la posibilidad de extinguir sus contratos para incorporarse a esa otra empresa”.

Dado que cada sentencia da respuesta a un caso concreto, en el que deben valorarse todas las circunstancias concurrentes, la Sala no cierra la puerta, no podría en modo alguno a mi parecer de acuerdo a la normativa vigente, a que las bajas voluntarias “reales” no sean computadas a efectos de un despido colectivo, algo que sin duda merecerá especial atención en ámbitos empresariales; bajas voluntarias “reales” que no serán tales cuando el trabajador manifieste su acuerdo pero este sea el resultado de la iniciativa empresarial de poner en marcha distintas vías de reducción de plantilla. Sí será real, manifiesta la Sala, cuando tales extinciones se produzcan “en el supuesto de haberse producido de manera aislada, totalmente desvinculadas de cualquier contexto de reducción de plantilla, fuera del marco y al margen de esos periodos sucesivos de 90 días que hayan de tenerse en consideración para valorar la existencia de un posible despido colectivo, lo que no es el caso de autos”. Habrá pues que esperar a que lleguen nuevos conflictos sobre esta cuestión para conocer cómo los resuelven los tribunales laborales, y muy especialmente el TS.

VII. Parte dispositiva

Corolario de todo lo anterior, que llevará a la desestimación del recurso de Wizink Gestión y la confirmación de la firmeza de la sentencia del TSJ por lo que respecta a esta empresa, es la inclusión de las extinciones aparentemente voluntarias, y en realidad involuntarias, en el cómputo para un despido colectivo; por decirlo con las propias palabras de la sentencia, con las que concluyo la presente entrada, “es claro que la suma de estas 7 extinciones de la relación laboral de mutuo acuerdo, más los 8 despidos conciliados por la empresa en ese mismo periodo de 90 días, superan en este caso los umbrales legales y es por sí solo suficiente para entender que efectivamente existe un despido colectivo de hecho, como bien concluye la sentencia recurrida, que conforme a los argumentos hasta ahora expuestos debe ser confirmada en ese particular”.

Por todo lo anteriormente expuesto, la Sala acuerda:

1. Desestimar el de casación interpuestos por WiZink Gestión, S.L.
2. Estimar el formulado por WiZink Bank,S.A.
3. Casar y anular en parte la sentencia recurrida, en el único sentido de absolver a WiZink Bank, S.A. de las pretensiones ejercitadas en su contra, para confirmarla en sus demás extremos y declarar su firmeza.

§ 85 **Teletrabajo y tiempo de trabajo efectivo: desconexiones digitales involuntarias impeditivas del trabajo. Y derecho a la desconexión digital por motivos fisiológicos (“derecho de lavabo”).**

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional

Resumen: *El marco legal específico del teletrabajo asegura que las condiciones de trabajo de quienes así trabajan no puedan ser de peor condición que las del trabajo presencial. El empleador tiene la obligación de poner los medios para atender la prestación de teletrabajo ante cortes de suministro de luz o de internet, sin que los teletrabajadores deban recuperar el tiempo de trabajo afectado por esas incidencias, ni sufrir reducción salarial. Los trabajadores tienen derecho a atender sus necesidades fisiológicas por el tiempo imprescindible, debiendo la empresa registrar esas pausas retribuidas separadamente del resto de descansos y pausas reguladas en el convenio colectivo de contact center.*

Palabras clave: *Teletrabajo. Tiempo de trabajo. Desconexiones digitales. Pausas. Cortes de electricidad o de internet. Necesidades fisiológicas. Derecho de aseo o lavabo. Contact center.*

Abstract: *The specific legal framework for telework ensures that the working conditions of teleworkers cannot be worse than those of face-to-face work. The employer is obliged to provide the means to cover the telework provision in the event of power or internet cuts, without teleworkers having to make up the working time affected by such incidents, or suffer any reduction in pay. Workers have the right to attend to their physiological needs for the essential time, and the company must register these paid breaks separately from the rest of the breaks and rest periods regulated in the contact centre collective bargaining agreement.*

Keywords: *Telework. Working time. Digital disconnects. Breaks. Power or internet cuts. Physiological needs. Right to toilet. Contact center.*

I. Introducción. El universo subjetivo de la sentencia: teletrabajadores, ¿y todos los trabajadores de la empresa contact center?

El interés objetivo de esta sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, 565/2023, de 19 de septiembre, se debe a que aborda el régimen jurídico del teletrabajo, en concreto las incidencias impeditivas del trabajo por ser esenciales para su prestación, como los cortes de suministro de electricidad o de internet ajenos a la voluntad de las personas trabajadoras, en el tiempo de trabajo prestado a través de esta singular modalidad. Aborda igualmente el derecho de los trabajadores de la empresa demandada, perteneciente al sector de contact center, a la pausa retribuida

por motivos fisiológicos por el tiempo imprescindible para su atención, o derecho al uso del lavabo, y la correlativa obligación de la empresa de registrar estas pausas de forma separada del resto de descansos y pausas contempladas en el convenio colectivo sectorial estatal de contact center.

La sentencia desenvuelve su fundamentación sobre las dos cuestiones que constituyen el objeto de su decisión, refiriendo la primera al teletrabajo y su regulación específica y apenas la segunda, aunque en el arranque de su FD 2º sitúe el debate sobre el “derecho al lavabo” en el “personal que trabaja a distancia” para atender sus necesidades fisiológicas por el tiempo imprescindible. La referencia a esos trabajadores vuelve a aparecer solo una vez más en la argumentación de ese FD 2º, que integra, en cambio, expresamente elementos de trabajo presencial. La sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, que es la resolución recurrida, aclara en su antecedente de hecho 3º que la letrada del sindicato demandante había señalado que las dos peticiones de su demanda afectaban a la totalidad de la plantilla de la demandada, si bien el 95 % por ciento de la plantilla de la empresa demandada prestaba servicios en la modalidad de teletrabajo.

Seguiré en este comentario el decurso argumentativo del Tribunal Supremo, que, a su vez, ha seguido el de la Audiencia Nacional y los términos de la parte dispositiva de su sentencia, refiriendo el enjuiciamiento de la primera cuestión a “la jornada prestada en teletrabajo”, y el de la segunda al “personal que presta servicios para la demandada”, todo el personal, también el que teletrabaja por tanto, abrumadoramente mayoritario en la empresa según la demanda. Aunque, ciertamente, los razonamientos sobre la primera cuestión, especialmente los del Tribunal Supremo, están sostenidos sobre el marco legal específico aplicable al teletrabajo, que sólo asoma una vez en el tratamiento de la segunda cuestión, no es posible no tener en cuenta el modo de prestar actividades de contact center a terceros y su sujeción a las tecnologías telefónica, telemática, digital o electrónica, se realicen esas actividades en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar por ella elegido o, por el contrario, en los centros de la empresa, que aboga, en la segunda cuestión, por la consideración conjunta, y no disjunta, del problema litigioso y su afectación a todo el personal de la empresa. Conforme al II convenio colectivo sectorial estatal de contact center, vigente al momento de los hechos^[1], la prestación de servicios de contact center, encuadrada en su ámbito funcional, comprende “todas aquellas actividades que tengan como objetivo contactar o ser contactados con terceros ya fuera por vía telefónica, por medios telemáticos, por aplicación de tecnología digital o por cualquier otro medio electrónico, para la prestación, entre otros, de los siguientes servicios que se enumeran a título enunciativo: contactos con terceros en entornos multimedia, servicios de soporte técnico a terceros, gestión de cobros y pagos, gestión mecanizada de procesos administrativos y de «back office», información, promoción, difusión y venta de todo tipo de productos o servicios, realización o emisión de entrevistas personalizadas, recepción y clasificación de llamadas, etc., así como cuantos otros servicios de atención a terceros se desarrollen a través de los entornos antes citados [...]” (art. 2.2º). En el ámbito personal del convenio colectivo se incluye todo el personal cuya actividad sea la prestación de servicios de contact center a terceros (art. 3.1º), sin que dicho convenio colectivo haga la más mínima referencia al teletrabajo, fenómeno expresivo de la tradicional ausencia de esta forma de trabajar de nuestra negociación colectiva. El III convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (suscrito el 14 de marzo de 2023, BOE de 9 de junio) destina ya su art. 19 a la regulación del trabajo a distancia en distintas modalidades de teletrabajo, y su art. 28 a la desconexión digital, limitándose a reiterar el precepto contenido en el art. 88 de la LOPDP.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 565/2023, de 19 de septiembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCO núm. 260/2021.

ECLI:ES:TS:2023:3765

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excma. Sra. Dña. María Luz García Paredes.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Como acaba de decirse, dos son los problemas suscitados en el litigio que da origen a esta sentencia casacional. Se refiere el primero a la consideración jurídica que han de deparar las empresas a las desconexiones digitales producidas, dentro de la jornada prestada en teletrabajo, por causas impeditivas de la prestación de trabajo, por ser imprescindibles para la misma, como cortes en el suministro de luz o conexión de internet, ajenos a las personas trabajadoras, pero con consecuencias sobre su tiempo de trabajo y sus retribuciones. Si los tiempos de esas desconexiones se computan como tiempo efectivo de trabajo, los trabajadores no han de recuperar ese tiempo ni sufrir descuento alguno en sus retribuciones. El segundo problema versa sobre si los trabajadores tienen derecho a interrumpir su trabajo por el tiempo imprescindible para usar el lavabo y atender sus necesidades fisiológicas y cómo debe la empresa registrar esas pausas, no contempladas en el convenio colectivo de aplicación.

1. Hechos

Son hechos probados de la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 104/2021, de 10 de mayo^[2], que esta sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo confirma al resolver el recurso de casación:

1º- La empresa Extel Contact Center SAU rige sus relaciones laborales por el convenio colectivo sectorial del Contact Center y explota diversos centros de trabajo ubicados en diferentes CCAA. CCOO es un sindicato más representativo (art. 6 de la LOLS), que cuenta con suficiente implantación en la empresa.

2º- Con motivo de la Covid-19, la empresa y CCOO suscribieron un acuerdo marco de teletrabajo, el 12 de marzo de 2020, para permitir la realización de la jornada laboral en dicha modalidad, de aplicación a todo el personal en todos los centros de la empresa en el territorio nacional, con arreglo a una serie de condiciones, entre las que destacan: que debían de cumplirse todos los requisitos técnicos en los domicilios; que todos los equipos informáticos usados para la prestación de trabajo serían facilitados por la empresa; que la compensación de gastos derivados del teletrabajo se realizaba en la nómina a razón de 1,5 € brutos por cada día de trabajo efectivo en dicha modalidad; que ante la imposibilidad de implantar el teletrabajo para todo el personal por limitaciones técnicas, se estableció un orden de preferencia, en su caso previa justificación documental, para las mujeres embarazadas, trabajadores/as cuyas parejas estuvieran embarazadas, empleados/as en riesgo por enfermedad crónica, y empleados/as con hijos muy pequeños en ciudades sin otra alternativa viable para su cuidado ante el cierre de los colegios.

3º- El 19 de octubre de 2020 se alcanzó un acuerdo en el SIMA entre la patronal CEX de las empresas del sector de Contact Center y UGT y CCOO, en el que se reconocía el acuerdo de la comisión negociadora del convenio colectivo, de 15 de octubre anterior, en el que las partes convinieron en crear una mesa negociadora paralela a nivel sectorial, que tenía por objeto la negociación de lo dispuesto en la disp. transitoria 3ª del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, fijándose como plazo máximo para la negociación el 28 de febrero de 2021.

4º- La empresa demandada considera que si un trabajador que presta servicios en la modalidad de teletrabajo tiene una interrupción en el suministro eléctrico en tiempo de trabajo por causa imputable a la empresa suministradora, debe recuperar el tiempo que ha estado sin suministro trabajando en otro momento. La Sección sindical de CCOO en Zaragoza remitió el 20 de enero de 2021 correo electrónico a la empresa, solicitándole su adaptación a la regulación vigente sobre teletrabajo, de modo que las averías eléctricas o de internet demostrables por los trabajadores no tuviesen efectos negativos para éstos, materializados en la recuperación de horas o en los descuentos de sus salarios.

5º- En el caso de los trabajadores presenciales de la empresa demandada, la caída del suministro eléctrico no les obliga a recuperar el tiempo durante el que no han prestado servicios.

6º- En todas las plataformas de la empresa demandada, excepto en la de Málaga, los trabajadores que se desconectan por la necesidad de acudir al aseo para atender sus necesidades fisiológicas deben imputar dicha pausa, bien al tiempo dedicado a la comida, bien a la pausa de descanso visual (PVD). En la plataforma de Málaga existe una clave denominada "AUX 2", que los trabajadores pueden activar para ausentarse por estas razones.

7º- La ITSS requirió a la empresa, el 27 de octubre de 2020, para que, de forma inmediata, procediera a eliminar los sistemas de control de los tiempos en que los trabajadores atienden sus necesidades fisiológicas y a pactar con el comité de empresa la regulación de dichos periodos y la forma de control de los mismos sin "afectar a la intimidad y dignidad de los trabajadores/as", ya que no aparecían recogidos en el convenio colectivo de aplicación (Convenio Colectivo Estatal para el Sector de Contact Center, publicado por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 7 de febrero de 2008, BOE de 20 de febrero), pero que afectaban a un derecho básico y fundamental de todo trabajador/a, cuál es el "respeto de su intimidad y la consideración debida a su dignidad" [art. 4.e) del Estatuto de los Trabajadores]. Su incumplimiento daría lugar al levantamiento de acta de infracción de acuerdo a la normativa vigente.

8º- El 22 de enero de 2021 tuvo lugar intento de mediación en el SIMA, levantándose acta de desacuerdo.

2. Antecedentes

La Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO interpuso demanda de conflicto colectivo^[3] el 25 de enero de 2021 frente a la empresa Extel Contact Center SAU, y como interesados los sindicatos FeSMC, UGT, CGT, USO, Confederación Intersindical Gallega CIG, Organización Sindical de Trabajadores de Aragón (OSTA) y el Sindicato Obrero Aragonés (SOA). La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia 104/2021, el 10 de mayo, en la que estimó la demanda del sindicato, a la que se adhirieron UGT, SOA y CIG, declarando "que, caso de producirse dentro de la jornada prestada en teletrabajo incidentes debidos a desconexiones que impidan la prestación, por ser imprescindibles para la misma, como cortes en el suministro de luz o conexión de internet, ajenos a las personas trabajadoras, la empresa compute el tiempo que dure aquél como tiempo efectivo de trabajo, sin que deban recuperar ese tiempo ni sufrir descuento alguno en sus retribuciones, siempre y cuando se aporte justificación de la empresa suministradora del servicio de que se trate sobre la existencia y duración de la incidencia" y "el derecho del personal que presta servicios para la demandada al uso del lavabo para atender sus necesidades fisiológicas por el tiempo imprescindible y la correlativa obligación de la empresa de registrar estas pausas de forma separada del resto de descansos y pausas contempladas en el convenio colectivo de Contact Center"^[4].

Con fecha 14 de mayo de 2021, se dictó por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, auto de aclaración, en el que la Sala corrigió el error producido en el fallo de la sentencia, en el que debía constar que a la demanda interpuesta por CCOO contra

la empresa Extel Contact Center SAU, que la sentencia estimaba, se habían adherido UGT, SOA, CIG y CGT.

Contra dicha sentencia interpuso la empresa recurso de casación, impugnado de contrario por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO y CGT. En su primer motivo, la empresa denunció, al amparo del art. 207 e) de la LRJS, la infracción del art. 30 ET en relación con el art. 5 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, y el RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. En el segundo motivo, con igual amparo procesal que el anterior, la empresa alegó la infracción de los arts. 24 y 54 del Convenio Colectivo Estatal del Sector, en relación con los arts. 34.4 y 17.1 del ET.

IV. Posición de las partes

En el recurso de casación, respecto del primer motivo, la empresa recurrente sostuvo la inaplicación al caso de la regulación del RDL 28/2020 y la aplicación, respecto de las condiciones de teletrabajo, del acuerdo firmado con el sindicato demandante, el 12 de marzo de 2020, que nada disponía sobre que las incidencias en el suministro de luz o de la red en los domicilios de los teletrabajadores se calificaran de tiempo de trabajo efectivo. La negociación colectiva de nivel sectorial que se llevaba a cabo, en cumplimiento de la disp. transitoria 3ª del RDL 28/2020, no podía desplazar el régimen específico que sobre el teletrabajo, y como consecuencia de la Covid-19, se implantó en la empresa por el citado acuerdo. Igualmente sostuvo la inaplicación a los cortes de luz o de conexión a la red del art. 30 ET, tomando como ejemplo las incidencias de la borrasca filomena en las ausencias al trabajo. En definitiva, la empresa calificó el conflicto colectivo como de intereses y no de interpretación, ya que correspondía a la negociación colectiva calificar de tiempo efectivo de trabajo lo que pretendía CCOO y había estimado la sentencia recurrida.

En la impugnación del recurso, CCOO defendió la vigencia limitada del RDL 8/2020 hasta el 31 de marzo de 2020 y, en todo caso, la imposibilidad de que lo acordado colectivamente bajo su regulación no quedara sujeto a la normativa legal vigente y, en concreto, al mandato del art. 4 del RDL 28/2020, después derogado por la Ley 10/2021, de 9 de julio. Insistió CGT en la obligación de la empresa de dotar de los medios necesarios para el desarrollo de actividad laboral, impuesta ya en el art. 5 del RD 8/2020, y descartó el conflicto de intereses al no pretenderse una compensación de gastos para las personas trabajadoras en teletrabajo.

En el segundo motivo casacional, la empresa recurrente denuncia que la estimación por la sentencia recurrida de la segunda pretensión de la demanda de CCOO conllevaba el efecto de ampliar el tiempo de descanso del “personal que trabaja a distancia” que el convenio colectivo de aplicación y el ET establecen. La empresa no había negado el derecho de estos trabajadores al uso del lavabo para atender sus necesidades fisiológicas, sino que no estaba obligada a conceder otros descansos distintos a los establecidos legal y convencionalmente.

Los sindicatos recurridos opusieron que el tiempo de atención a las necesidades fisiológicas no se califica de tiempo de descanso, sino de pausa a lo largo de la jornada laboral en el sector de contact center, y lo contrario infringiría el art. 4.2 d) y e) del ET. Alegaron que en el centro de la empresa en Málaga esa incidencia tiene un régimen específico de tratamiento (junto a la clave Aux 1, que obedece a los 20 minutos de descanso del art. 24 y a los 5 minutos de descanso por hora trabajada por pausa visual PVD del art. 54, ambos del convenio colectivo de aplicación a la empresa, existe la clave AUX 2, que es la pausa de baño, igualmente retribuida) mientras que en el resto de centros ese tiempo se imputa al dedicado a la comida o pausa visual, contraviniendo el art. 54 del convenio colectivo.

El Ministerio Fiscal informó que el recurso de casación debía ser desestimado, acogiendo las razones de la sentencia de instancia.

V. Normativa aplicable al caso

Estatuto de los Trabajadores

“Artículo 30. Imposibilidad de la prestación.

Si el trabajador no pudiera prestar sus servicios una vez vigente el contrato porque el empresario se retrasare en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador, este conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacersele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo”.

Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19

“Artículo 5. Carácter preferente del trabajo a distancia.

Las medidas excepcionales de naturaleza laboral que se establecen en la presente norma tienen como objetivos prioritarios garantizar que la actividad empresarial y las relaciones de trabajo se reanuden con normalidad tras la situación de excepcionalidad sanitaria.

En particular, se establecerán sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, debiendo la empresa adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado. Estas medidas alternativas, particularmente el trabajo a distancia, deberán ser prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad.

Con el objetivo de facilitar el ejercicio de la modalidad de trabajo a distancia en aquellos sectores, empresas o puestos de trabajo en las que no estuviera prevista hasta el momento, se entenderá cumplida la obligación de efectuar la evaluación de riesgos, en los términos previstos en el artículo 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, con carácter excepcional, a través de una autoevaluación realizada voluntariamente por la propia persona trabajadora”.

Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia

“Artículo 4. Igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación.

1. Las personas que desarrollan trabajo a distancia tendrán los mismos derechos que hubieran ostentado si prestasen servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial, y no podrán sufrir perjuicio en ninguna de sus condiciones laborales, incluyendo retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional.

[...]

2. Las personas que desarrollan trabajo a distancia no podrán sufrir perjuicio alguno ni modificación en las condiciones pactadas, en particular en materia de tiempo de trabajo o de retribución, por las dificultades, técnicas u otras no imputables a la persona trabajadora, que eventualmente pudieran producirse, sobre todo en caso de teletrabajo”.

“Artículo 7. Contenido del acuerdo de trabajo a distancia.

Será contenido mínimo obligatorio del acuerdo de trabajo a distancia, sin perjuicio de la regulación recogida al respecto en los convenios o acuerdos colectivos, el siguiente:

[...]

i) Procedimiento a seguir en el caso de producirse dificultades técnicas que impidan el normal desarrollo del trabajo a distancia”.

[...]

“Artículo 9. Derecho a la formación.

1. Las empresas deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar la participación efectiva en las acciones formativas de las personas que trabajan a distancia, en términos equivalentes a las de las personas que prestan servicios en el centro de trabajo de la empresa, debiendo atender el desarrollo de estas acciones, en lo posible, a las características de su prestación de servicios a distancia.

2. La empresa deberá garantizar a las personas que trabajan a distancia la formación necesaria para el adecuado desarrollo de su actividad tanto al momento de formalizar el acuerdo de trabajo a distancia como cuando se produzcan cambios en los medios o tecnologías utilizadas”.

“Artículo 11. Derecho a la dotación suficiente y mantenimiento de medios, equipos y herramientas.

1. Las personas que trabajan a distancia tendrán derecho a la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad, de conformidad con el inventario incorporado en el acuerdo referido en el artículo 7 y con los términos establecidos, en su caso, en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación.

2. Asimismo, se garantizará la atención precisa en el caso de dificultades técnicas, especialmente en el caso de teletrabajo”.

“Artículo 12. El derecho al abono y compensación de gastos.

“1. El desarrollo del trabajo a distancia deberá ser sufragado o compensado por la empresa, y no podrá suponer la asunción por parte de la persona trabajadora de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral.

2. Los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer el mecanismo para la determinación, y compensación o abono de estos gastos”.

“Artículo 16. Evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva.

1. La evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva del trabajo a distancia deberán tener en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, poniendo especial atención en los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos. En particular, deberá tenerse en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada [...]”.

“Disposición transitoria tercera. Trabajo a distancia como medida de contención sanitaria derivada de la COVID-19.

“Al trabajo a distancia implantado excepcionalmente en aplicación del artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, o como consecuencia de las medidas de contención sanitaria derivadas de la COVID-19, y mientras estas se mantengan, le seguirá resultando de aplicación la normativa laboral ordinaria.

En todo caso, las empresas estarán obligadas a dotar de los medios, equipos, herramientas y consumibles que exige el desarrollo del trabajo a distancia, así como al mantenimiento que resulte necesario.

En su caso, la negociación colectiva establecerá la forma de compensación de los gastos derivados para la persona trabajadora de esta forma de trabajo a distancia, si existieran y no hubieran sido ya compensados”.

II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center (antes Telemarketing), suscrito con fecha 30 de mayo de 2017 (BOE, 12 de julio de 2017)

“Artículo 24. Descansos.

Cuando la jornada diaria tenga una duración continuada, o cualquiera de los tramos si es jornada partida, de entre cuatro o más horas e inferior a seis horas, existirá un descanso de diez minutos, considerados como tiempo de trabajo efectivo; de la misma forma, si la jornada diaria de duración continuada, o cualquiera de los tramos si es jornada partida, fuera entre seis y ocho horas, dicho descanso será de veinte minutos considerados como tiempo de trabajo efectivo. Si, finalmente, la jornada diaria tuviera una duración continuada, o cualquiera de los tramos si es jornada partida, superior a ocho horas, el descanso será de treinta minutos considerados así mismo como tiempo de trabajo efectivo.

Corresponderá a la empresa la distribución, y forma de llevar a cabo los descansos establecidas anteriormente, organizándolos de modo lógico y racional en función de las necesidades del servicio, sin que los descansos puedan establecerse antes de haber transcurrido dos horas desde el inicio de la jornada, ni después de que falten noventa o menos minutos para la conclusión de la misma”.

“Artículo 54. Pausas en PVD.

Además de los descansos señalados en el artículo 24 de este Convenio, y sin que sean acumulativas a los mismos, y también con la consideración de tiempo efectivo de trabajo, el personal de operaciones que desarrolle su actividad en pantallas de visualización de datos, tendrá una pausa de cinco minutos por cada hora de trabajo efectivo. Dichas pausas no serán acumulativas entre sí.

Corresponderá a la empresa la distribución y forma de llevar a cabo dichas pausas, organizándolas de modo lógico y racional en función de las necesidades del servicio, sin que tales pausas puedan demorar, ni adelantar, su inicio más de 15 minutos respecto a cuando cumplan las horas fijadas para su ejecución”.

VI. Doctrina básica

1. Sobre la naturaleza jurídica del conflicto colectivo objeto del recurso de casación

En el recurso de casación planteó la empresa, por vez primera, la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo al dilucidarse un conflicto de intereses. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo recuerda el carácter de orden público de las normas procesales y su posible apreciación de oficio y entra a decidir sobre tal cuestión, descartando la naturaleza de conflicto de intereses de la pretensión ejercida de acuerdo a su propia y conocida doctrina sobre los conflictos de intereses (STS 532/2021, de 14 de mayo^[5]), las demás alegaciones de las partes, incluidas las de la empresa, que se había opuesto a la aplicación del art. 30 ET al negar la falta de ocupación efectiva por parte de la empresa, demandado la aplicación del acuerdo alcanzado con CCOO, y alegado que el tiempo de trabajo presencial afectado por esas similares incidencias se destinaba a la formación, así como las normas de aplicación por la sentencia de instancia y por el propio Tribunal Supremo para su resolución.

El conflicto colectivo activado ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo por CCOO frente a la empresa es un conflicto colectivo jurídico o de interpretación. En un conflicto económico o de intereses, según la doctrina de la Sala, no hay norma que aplicar, su finalidad es la modificación del orden jurídico preestablecido que solo puede ser superado por la actividad negociadora de las partes, no por la actividad de los jueces y tribunales, a los que, obviamente, no les corresponde constitucionalmente fijar condiciones de trabajo ex novo.

En el caso, el sindicato demandante pretende que las interrupciones de la prestación del teletrabajo como consecuencia de determinadas situaciones ajenas a la voluntad de los trabajadores no deban ser objeto de recuperación o de merma del salario. Y trae en su apoyo la aplicación del art. 4 del RDL 28/2020, vigente al momento de plantearse el conflicto, que establece la igualdad de derechos de los

trabajadores presenciales y los teletrabajadores y condena las diferencias perjudiciales injustificadas y discriminatorias de éstos “en ninguna de sus condiciones laborales, incluyendo retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional”. Añade la sentencia que la hipotética estimación de la alegación de la empresa recurrente de que la aplicación de la referida norma legal se opondría al acuerdo colectivo firmado con el sindicato demandante para dar base reguladora al teletrabajo extraordinario por la Covid-19, dejando al margen la obligación de valorar su posible condición *contra legem*, conduciría a una desestimación de la pretensión, “pero resolviendo, en todo caso, la cuestión de fondo” (FD 1º).

2. Los cortes de suministro de luz o de red impeditivos del teletrabajo, tiempo de trabajo efectivo. El principio de igualdad de trato entre trabajadores presenciales y a distancia (teletrabajadores) y la obligación empresarial de dotar y mantener los medios del teletrabajo

La doctrina básica de la sentencia, al resolver el primer motivo del recurso de casación de la empresa, se resume en lo siguiente.

Resulta de aplicación al conflicto colectivo el RDL 28/2020, con arreglo a cuya regulación ha de resolverse.

Un acuerdo de teletrabajo adoptado durante la pandemia debe calificarse como excepcional y vigente mientras existiera la citada situación, de forma que no impide que, superada ésta, se apliquen las normas del RDL 28/2020. Conforme a su art. 4.1, el tratamiento de las condiciones laborales del personal que presta servicios mediante el teletrabajo no pueden ser de peor condición que las del trabajo presencial. Su art. 4.2 ordena específicamente que las personas que desarrollan trabajo a distancia no pueden “sufrir perjuicio alguno ni modificación en las condiciones pactadas, en particular en materia de tiempo de trabajo o de retribución, por las dificultades, técnicas u otras no imputables a la persona trabajadora, que eventualmente pudieran producirse, sobre todo en caso de teletrabajo”. Prosigue la sentencia con la cita de los arts. 7.i), y de los arts. 11 y 12 del RDL 28/2020, sobre derechos de los teletrabajadores a la dotación y mantenimiento de medios y al abono y compensación de gastos, estableciéndose la prohibición legal de la asunción por parte de las personas trabajadoras de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral, todos ellos aplicables al caso, que han quedado reproducidos en el precedente epígrafe V de este comentario.

La premisa central del razonamiento de la sentencia, en este motivo del recurso, es que “el tratamiento de las condiciones laborales del personal que presta servicios mediante el teletrabajo no pueden ser de peor condición que las del trabajo presencial” (FD 1º). Siendo esto así, la deducción lógica cae por su peso: si “los cortes de suministro de luz o de red que puedan producirse en los centros de trabajo de la demandada no conlleva que sus trabajadores presenciales deban recuperar el tiempo de trabajo afectado por dichas incidencias o no se les reduce el salario, tampoco ello puede afectar a quienes prestan servicios mediante el teletrabajo, tal y como ha entendido la sentencia recurrida”. Sin que la conclusión se desvirtúe porque, según la empresa recurrente, en el caso del trabajo presencial se pudiera ocupar ese tiempo de interrupción de la actividad en formación, pues, además de no estar ese resultado probado, el art. 9 del RDL 28/2020 también contempla el derecho a la formación del personal que trabaja a distancia, opción que coherentemente podría haber seguido la empresa.

Da un paso más la sentencia, completando su razón de decidir y salvando los eventuales conflictos de aplicación normativa intertemporal, sobre los que pasa sin detenerse. La normativa en materia de teletrabajo *siempre* ha establecido la obligación empresarial de “adoptar en todo momento las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible, facilitando los medios oportunos para atender la actividad laboral (art. 5 del RDL 8/2020, art. 11 del RD 28/2020)”. Previamente la sentencia ha citado la regulación transitoria del trabajo a distancia excepcional Covid-19 implantado

bajo el citado art. 5 del RDL 8/2020, contenida en la disp. transitoria 3ª del RDL 28/2020, según la cual el teletrabajo excepcional por la crisis sanitaria quedaba regido por la normativa laboral ordinaria con la regla singular adicional de que, en todo caso, las empresas estaban “obligadas a dotar de los medios, equipos, herramientas y consumibles que exige el desarrollo del trabajo a distancia, así como al mantenimiento que resulte necesario” (párrf. 2º).

En definitiva, por lo argumentado, las incidencias, ajenas a la voluntad de los trabajadores en teletrabajo, que les impidan trabajar, no pueden repercutir sobre los propios trabajadores. Existen vías para que la empresa pueda corregir esas desconexiones (sistema de alimentación ininterrumpida (SAI) o conexiones alternativas), “lo que podría enmarcarnos en el ámbito del art. 30 del ET”. Ya con lenguaje terminante, la sentencia niega que la Sala pueda tomar en cuenta las incidencias laborales de la tormenta filomena, esgrimidas por la empresa recurrente para justificar su actuación, y vuelve a su segunda *ratio decidendi*, utilizada en la sentencia de instancia como “principio de ajenidad en los medios” bajo la cobertura del art. 30 ET y que la sentencia del Tribunal Supremo formula de manera distinta y más precisa: “porque aquí estamos ante un marco legal específico en el que [...] es el empleador el que debe poner los medios para poder atender el trabajo” (FD 1º).

3. El derecho a la pausa fisiológica, tiempo de trabajo efectivo también, y la obligación empresarial de su registro separado de otros descansos y pausas

La sentencia desestima el segundo motivo del recurso, descartando la vulneración por la sentencia de instancia recurrida de los preceptos aplicados. La sentencia de la Audiencia Nacional ni alteró el régimen de descansos del art. 24, ni modificó la pausa para el personal de operaciones que desarrolla su actividad en pantallas de visualización de datos (PVD), regulada en el art. 54 del convenio colectivo estatal del sector de contact center, ni estableció un nuevo tiempo de descanso al margen de los citados arts. 24 y 54 de dicho convenio colectivo, sino que calificó de pausa la producida para atender necesidades fisiológicas imprevisibles de los trabajadores por el tiempo imprescindible y la correlativa obligación de la empresa de registrar estas pausas de forma separada del resto de descansos y pausas contempladas en el convenio colectivo.

El art. 24 del convenio colectivo establece tiempos de descanso que la empresa puede organizar en función de las necesidades del servicio. El art. 54 del convenio colectivo, por su parte, es una norma convencional de prevención de riesgos laborales, que regula la pausa del personal de operaciones que desarrolla su actividad en PVD por razones de prevención, seguridad y salud en el trabajo [arts. 40.2 CE y 4.2 d) ET], como ya había reconocido la Sala en su STS 581/2021, de 26 de mayo^[6], pausa que la empresa debe también organizar en función del servicio. Ni aquellos descansos ni esta pausa comprenden el tiempo que puede precisar el trabajador para atender sus necesidades fisiológicas, que, naturalmente, “no vienen determinadas por las del servicio”, sino que son necesidades universales de las personas.

Insiste la sentencia en que el art. 58 del convenio colectivo, al regular la evaluación de riesgos, fija como factores de riesgo los psicosociales y de organización, contemplando para su atención las pausas en el trabajo. Asimismo, el art. 16.1 del RDL 28/2020 ordena que la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva del trabajo a distancia se sustente en la consideración especial de los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos, a cuyo fin deben tenerse en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada. Es la protección de la salud de las personas trabajadoras la que justifica la pausa en el trabajo del art. 54 del convenio colectivo.

En cambio, el tiempo de los trabajadores para atender sus necesidades fisiológicas durante la jornada laboral, derecho reconocido por las normas internacionales, europeas y nacionales al obligar a los empleadores a proporcionar las “condiciones” e instalaciones adecuadas “en los lugares de trabajo” para su satisfacción, derecho que,

como había dicho la sentencia de instancia, cubre necesidades básicas y esenciales de las personas, y nada tiene que ver con otro tipo de descansos o pausas (FD 2º). Precisa la sentencia que el objeto de este motivo del recurso no es, obviamente, el reconocimiento de ese derecho esencial de intimidad, ligado, como todos los derechos fundamentales, a la dignidad de la persona, sino el tratamiento por la empresa del tiempo destinado a su ejercicio, que, según la sentencia de instancia, podría vulnerar el derecho a la intimidad y la dignidad personal y constituir también trato discriminatorio respecto de las personas de más edad en relación con los jóvenes.

La propia empresa, razona la sentencia de acuerdo con los hechos probados por la sentencia de instancia, había deparado un distinto tratamiento al tiempo de ejercicio del derecho del personal al uso del lavabo para atender sus necesidades fisiológicas, al valorar en su plataforma de Málaga ese tiempo de una forma diferente al resto sin ofrecer justificación alguna. La pausa para ir al aseo se identifica, en la citada plataforma, como clave Aux 2, distinguiéndola de la clave Aux 1, que es a la que se destinan las previsiones de los arts. 24 y 54 del convenio colectivo. Con ese comportamiento, la empresa no ha alterado el régimen de los citados preceptos convencionales colectivos, sino que ha dado el tratamiento que corresponde a tan esencial y singular situación. La pretensión empresarial de comprender el tiempo de uso de lavabo en los tiempos de descanso o de pausa de los arts. 24 y 54 del convenio colectivo obliga a la sentencia a efectuar una afirmación tan obvia que raya en la simpleza si no fuera por su esencialidad, “porque, aunque ciertamente en los tiempos de descanso o de pausa de aquellos arts. convencionales colectivos pueden los trabajadores atender esas necesidades, lo cierto es que las mismas se pueden presentar en cualquier otro momento durante la propia atención del servicio sin que podamos considerar que el tiempo imprescindible para atenderlas pueda identificarse como tiempo de aquellos preceptos del convenio que responden a otras situaciones” (FD 2º).

La sentencia concluye que ese ha sido la interpretación adecuada de los preceptos del convenio colectivo, el entendimiento correcto de “la sentencia recurrida cuando reconoce el derecho del personal que presta servicios para la demandada al uso del lavabo para atender sus necesidades fisiológicas por el tiempo imprescindible y la correlativa obligación de la empresa de registrar estas pausas de forma separada del resto de descansos y pausas contempladas en el convenio colectivo de Contact Center” (FD 2º).

VII. Parte dispositiva

“1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por el letrado [...], en nombre y representación de la empresa Extel Contact Center SAU.

2.- Confirmar la sentencia recurrida de 10 de mayo de 2021, aclarada por auto de 14 de mayo de 2021, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el procedimiento de conflicto colectivo núm. 105/2021.

3.- Sin costas”.

VIII. Pasajes decisivos

- [...E]n el caso [...] lo que la parte actora está pretendiendo es que la interrupción de la prestación del teletrabajo como consecuencia de determinadas situaciones ajenas a la voluntad del trabajador no deba ser objeto de recuperación o de merma del salario, lo cual lo apoya en la norma legal, ex art. 4 del RDL 28/2020, vigente al momento de plantear el conflicto, al no darse ese mismo tratamiento en el trabajo presencial. Si, como dice la parte recurrente, ello pudiera suponer que se fuera contra un determinado acuerdo colectivo, lo que podría provocar, al margen de valorar si la previsión convencional puede ser contra legem, es tan solo una desestimación de la pretensión pero resolviendo, en todo caso, la cuestión de fondo” (FD 1º).

- “El Acuerdo alcanzado el 12 de marzo de 2020, durante la situación de pandemia, entre empresa y representación de CCOO, es un acuerdo que se adopta con motivo

del COVID-19 y en atención al mandato del art. 5 del RDL 8/2020 que, como recuerda la D.T. 3ª del RDL 28/2020, generó una situación que, a partir de entonces, hizo especialmente urgente y necesaria la protección y certeza de los trabajadores en las situaciones de trabajo a distancia implantadas lo que provocó el dictado del RDL 28/2020, según refiere su exposición de motivos. El trabajo a distancia excepcional implantado bajo dicho art. 5, según la Disposición Transitoria 3ª del RDL 28/2020, seguiría un régimen transitorio [...]” (FD 1º).

- “[...E]l Acuerdo colectivo es un acuerdo que debe calificarse como excepcional y vigente mientras existiera la situación Covid-19, de forma que ello no impide que, superada ésta, las normas legales que impuso el RDL 28/2020, en materia de trabajo a distancia, deban ser aplicadas, sin perjuicio de que los ámbitos en los que la negociación colectiva entre en juego, deban ser atendidos por ella” (FD 1º).

- “[...E]s indudable que el tratamiento de las condiciones laborales del personal que presta servicios mediante el teletrabajo no pueden ser de peor condición que las del trabajo presencial de forma que si en el caso presente, los cortes de suministro de luz o de red que puedan producirse en los centros de trabajo de la demandada no conlleva que sus trabajadores presenciales deban recuperar el tiempo de trabajo afectado por dichas incidencias o no se les reduce el salario, tampoco ello puede afectar a quienes prestan servicios mediante el teletrabajo [...] (FD 1º).

- “[...L]a normativa en materia de teletrabajo siempre ha establecido que el empresario debe adoptar en todo momento las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible, facilitando los medios oportunos para atender la actividad laboral (art. 5 del RDL 8/2020, art. 11 del RD 28/2020) de forma que si esos medios no pueden solventar aquellas incidencias que, ajenas a la voluntad del trabajador, le impidan seguir trabajando, no puede el empleador repercutir sobre él la imposibilidad de trabajar cuando, además, [...] existen vías por las que corregir esas desconexiones [...], lo que podría enmarcarnos en el ámbito del art. 30 del ET” (FD 1º).

- “[...E]n ningún momento la sentencia de instancia ha establecido un nuevo tiempo de descanso al margen del art. 24 y 54 del Convenio Colectivo sino que ha calificado de pausa la que se produce en la actividad por tener que atender necesidades fisiológicas que son imprevisibles [...]” (FD 2º).

- “Es evidente que el art. 24 del Convenio Colectivo está fijando unos tiempos de descanso que la empresa puede organizar en función de las necesidades del servicio y en ellos y su organización por aquella no pueden estar comprendido el tiempo que puede precisar el trabajador para atender sus necesidades fisiológicas ya que éstas no vienen determinadas por las del servicio” [...]” (FD 2º).

- “Tampoco ha alterado [la sentencia impugnada] el contenido del art. 54 del Convenio Colectivo que, no hay que olvidar, se destina a la prevención, seguridad y salud en el trabajo, ex art. 4.2 d) del ET y 40.2 de la CE. Ese precepto convencional establece una pausa para el personal de operaciones que desarrolla su actividad en PVD y que, también la empresa deberá organizar en función del servicio” [...]” (FD 2º).

- Ciertamente, aquí no se está cuestionando el derecho del trabajador de atender sus necesidades fisiológicas durante la jornada laboral que, además, todas las normas internacionales, europeas y nacionales, vienen recogiendo mediante las condiciones e instalaciones que el empleador debe proporcionar en el lugar de trabajo a tal efecto; lo que se está cuestionando es cómo debe tratarse el tiempo que el trabajador debe acudir al aseo para atender dichas necesidades que, como bien refiere la sentencia recurrida, deben estar cubiertas por ser básicas y esenciales para el ser humano” (FD 2º).

- “Y en este debate es la propia empresa la que ha dado un distinto tratamiento a la misma situación, en el sentido de que en una de sus plataformas está valorando ese tiempo de una forma diferente al resto sin que se presente ninguna justificación para ello. La pausa para ir al aseo se identifica como clave Aux 2 y distinguiéndola de la clave Aux 1 que es a la que se destinan las previsiones de los arts. 24 y 54 del

Convenio Colectivo. Por tanto, esta consideración nos permite entender que la propia empresa no ha alterado el régimen de aquellos preceptos del convenio sino que ha dado a esa particular y esencial situación el régimen que le corresponde, en tanto que, ciertamente, no son exigencias del servicio que la empresa puede organizar sino del propio trabajador que, en determinados momentos, se ve en la necesidad de acudir al aseo y ello no debe ser tratado bajo el régimen que la empresa pretende porque, aunque ciertamente en los tiempos de descanso o de pausa de aquellos arts. pueden los trabajadores atender esas necesidades, lo cierto es que las mismas se pueden presentar en cualquier otro momento durante la propia atención del servicio sin que podamos considerar que el tiempo imprescindible para atenderla pueda identificarse como tiempo de aquellos preceptos del convenio que responden a otras situaciones” (FJ 2º).

IX. Comentario

1. Sobre la estructura formal de la sentencia

Pese a su aparente simplicidad, la comentada es una sentencia de estructura compleja, pues en su fundamentación jurídica mezcla las pretensiones de las partes con los razonamientos de la sentencia de instancia recurrida, la reproducción de las normas aplicables y con su propia respuesta. Realmente contiene tan solo dos fundamentos jurídicos, destinados respectivamente a la desestimación de los dos motivos del recurso de casación de la empresa, que resultan especialmente abigarrados, sobre todo el primero, en que también resuelve, rechazándola, la extemporánea alegación procesal de la empresa recurrente sobre la inadecuación del proceso de conflicto colectivo, al calificar la naturaleza del conflicto colectivo como de intereses, que de haber sido tal hubiera conducido a una falta de acción o de jurisdicción (STS 543/2020, de 29 de junio^[7]) y necesariamente a dejar imprejuizado el conflicto. El fundamento de derecho tercero se limita, en dos líneas, a declarar la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia, sin imposición de costas conforme al art. 235 LRJS.

Las soluciones de la sentencia están materialmente bien fundadas. Pero hubiera sido deseable una mayor sistematización y separación de las alegaciones de las partes y de los razonamientos de la sentencia impugnada de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, entrecerrados en ambos fundamentos jurídicos, y en más de una ocasión, que dificultan la lectura de la sentencia y el conocimiento de su *ratio decidendi*. Es cierto que en las sentencias de casación confirmatorias de las impugnadas es usual la incorporación de la fundamentación jurídica decisoria de las recurridas. Las razones de unas y otras no viven en compartimentos estancos, se contagian, pero hay también adiciones y supresiones, precisiones o imprecisiones, matizaciones en todo caso, de la decisión del Tribunal Supremo que es preciso percibir con claridad, porque es el órgano judicial que crea jurisprudencia.

2. Sobre los cortes de suministro de luz o de red impeditivos del teletrabajo y la obligación empresarial de medios de trabajo. Diferencias de criterio interpretativo

Las dos razones en que la sentencia del Tribunal Supremo basa la desestimación del primer motivo del recurso de casación son incuestionables. El principio de igualdad de derechos o condiciones laborales de los teletrabajadores y “los trabajadores comparables que trabajan en los locales de la empresa”, no obstante las peculiaridades del teletrabajo puedan exigir acuerdos específicos complementarios individuales o colectivos”, está en el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 2002 (apdo. 4); y enunciado como principio de “igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación se encuentra formulado en el art. 4.1 del RDL 28/2020, si bien en nuestra legislación interna las peculiaridades que se salvan son las inherentes a la realización de la prestación laboral de manera presencial. La regla general de que “el empresario está encargado de facilitar, instalar y mantener los equipamientos necesarios para el teletrabajo regular” se sanciona en el Acuerdo Europeo (apdo. 7) y en el art. 11 del RDL 28/2020.

Dicho esto, solo algunas precisiones adicionales sobre la sentencia comentada me parecen oportunas.

La sentencia del Tribunal Supremo no califica, en su cuerpo argumental, de tiempo de trabajo efectivo los tiempos de las desconexiones, ajenas a la voluntad de los trabajadores y causadas por esos cortes de suministros imprescindibles para la prestación del teletrabajo. Manifiestamente lo son dentro de la jornada de teletrabajo, al desautorizar la sentencia su recuperación y cualquier disminución salarial, como había hecho la de instancia. Por lo demás, formalmente esa calificación se encuentra en la parte dispositiva de la sentencia de instancia, que el Tribunal Supremo confirma.

La sentencia de instancia estimó esta pretensión del sindicato demandante por varias razones; una de ellas consideró para su resolución “de plena aplicación el art. 30 ET” (el principio de ajenidad en los medios, también en el caso del teletrabajo, “ha de implicar que cualquier funcionamiento defectuoso de los mismos por causa no imputable al trabajador debe ser imputable al empleador que es quien tiene la obligación de proporcionar los medios al empleado para que realice su trabajo”: FD 3º.2º), aplicación que la empresa había negado al rechazar que se diese en el caso un supuesto de falta de ocupación efectiva. Con mayor corrección técnica, la sentencia del Tribunal Supremo se aleja de la aplicación del citado precepto estatutario, al que acude como mera hipótesis, al señalar que la imposibilidad de trabajar provocada por esas desconexiones recae sobre la empresa, como, en su caso, la posibilidad de repararlas, “lo que podría enmarcarnos en el ámbito del art. 30 del ET”. En su lugar aplica el marco legal específico del teletrabajo, cuyas normas propias sancionan la obligación empresarial de “dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad” y de “atención precisa en el caso de dificultades técnicas, especialmente en el caso de teletrabajo” (arts. 5 RDL 8/2020 y 11 RDL 28/2020). Esas normas de la regulación específica del trabajo a distancia, y de su modalidad de teletrabajo, desplazan la aplicación de la normativa común estatutaria. Se recordará la aspiración del RDL 20/2020, primera norma legal que contuvo una regulación “estructural” del trabajo a distancia post-Covid, nacida de la concertación social, después sustituida por la Ley 10/2021, de 9 de julio, de “proporcionar una regulación suficiente, transversal e integrada en una norma sustantiva única” a estas “nuevas formas de prestación de trabajo por cuenta ajena” (exp. de mot., IV).

Quizás esta haya sido también la razón de que la sentencia del Tribunal Supremo no haya hecho la más mínima mención a la argumentación de la sentencia impugnada sobre la calificación de estas desconexiones como causa de suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor temporal, constatada por la autoridad laboral (arts. 45.1, 47.3 y 51.7 ET). Sin descartar la razón aún más poderosa de considerar, en mi opinión con absoluta corrección, que las desconexiones que nos ocupan no constituyen un caso de fuerza mayor temporal. Ni son un supuesto fuerza mayor temporal, ni de falta de ocupación efectiva por la empresa. Son dificultades técnicas comprendidas en la obligación legal empresarial, tantas veces señalada, que se corresponde con el derecho de los trabajadores a distancia a la dotación suficiente y mantenimiento de medios, equipos y herramientas y a la atención precisa en el caso de dificultades técnicas, de manera particular en el caso de teletrabajo; sin perjuicio del papel que ha de jugar el acuerdo de trabajo a distancia, que ha de fijar justamente el procedimiento aplicable en caso de dificultades técnicas impeditivas del normal desarrollo del trabajo a distancia, y de la negociación colectiva [arts. 7.i) y 11 RDL 28/2020], que le cuesta asumir.

3. Sobre el derecho a la pausa fisiológica (“derecho de lavabo”) y su separación de otros descansos y pausas de todo el personal de la empresa demandada

Ya se precisó, en la introducción a este comentario, que la sentencia del Tribunal Supremo, al inicio de su FD 2º, pone en boca de la empresa recurrente, al denunciar la infracción normativa en que, a su juicio, habría incurrido la sentencia de instancia, la referencia al “derecho del personal que trabaja a distancia al uso del lavabo”. Esa limitación subjetiva del derecho del uso del lavabo vuelve a aparecer en la alusión

siguiente a “estos trabajadores” y se abandona en el mencionado FD, para ser sustituida por menciones a “una actividad como a la que atiende el sistema de contact center”, al tratamiento de la pausa fisiológica “en el centro de la empresa en Málaga” (Aux 2, pausa de baño, retribuida), al “resto de centros” de la empresa, a “todas las plataformas de la demandada, excepto en la de Málaga”, a “las condiciones e instalaciones que el empleador debe proporcionar en el lugar de trabajo” para satisfacer el derecho al uso del lavabo, o al “personal que presta servicios para la demandada”. En este FD la sentencia del Tribunal Supremo se limita a citar el art. 16.1 del RDL 28/2020, sobre evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva del teletrabajo, y su mandato de atender a la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada, para interpretar la pausa para trabajadores que operen con pantallas de visualización de datos del art. 54 del convenio colectivo, que no es la pausa para la satisfacción de necesidades fisiológicas de los trabajadores por el tiempo imprescindible.

En este FD 2º la Sala de lo Social del Tribunal Supremo enjuicia la interpretación que ha hecho la Sala de instancia de los preceptos del convenio colectivo de aplicación, que la empresa recurrente entiende vulnerados. Afirma que la sentencia de instancia no ha infringido los preceptos “legales” -quiere decir convencionales- que se denuncian, los arts. 24 y 54 del convenio colectivo sectorial estatal de contact center, de aplicación a la empresa. Con la argumentación de la sentencia de instancia y con argumentación propia, el Tribunal Supremo alcanza la única conclusión que podía alcanzarse: el derecho a la pausa retribuida para la satisfacción de necesidades fisiológicas de todas las personas trabajadoras, teletrabajadoras o presenciales, al servicio de la empresa.

Cierto que el Tribunal Supremo ha cambiado su doctrina sobre la interpretación de los convenios colectivos, que ya no residencia en los tribunales de instancia como facultad privativa, cuyo criterio, más objetivo, había de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no fuera racional ni lógica, o pusiera de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que ordenan la interpretación de las leyes y de los contratos, e incluso aquella más comoda que para esa interpretación atribuía un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se había desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos^[8]. El Tribunal Supremo enjuicia ahora la interpretación de instancia y, aunque la confirme, hace su propia interpretación. Pero, aunque así no fuera, en un caso en que se debate el tratamiento del tiempo que el trabajador precisa para atender necesidades “básicas y esenciales para el ser humano”, el Tribunal Supremo tenía que hablar para decir lo que ha dicho, entre la elementalidad y la esencialidad. Y eso que hay quien ha escrito autorizadamente que “dignidad” humana “es palabra tan excesiva que solo el silencio estaría a su altura”^[9]. El propio autor reconoce que, no obstante, algo hay que decir cuando la Constitución y los jueces la pronuncian. En este caso, algo hay que decir para desestimar de plano el motivo casacional.

X. Apunte final sobre la digitalización imparable de la economía y la sucesión y concurrencia de estatutos jurídicos del teletrabajo hasta la finalización de la COVID-19

En fin, una sentencia absolutamente puesta en razón. Puede calificarse de proactiva ante nuevas formas de prestación del trabajo, que están irremediabilmente llamadas a crecer con el avance de la digitalización de la economía. A las claves jurisprudenciales que van definiendo la interpretación del marco legal del teletrabajo han de sumarse necesariamente las que debe aportar la negociación colectiva para favorecer su utilización y proporcionar seguridad jurídica.

Es lástima que la sostenibilidad de la sentencia no haya necesitado precisar la terminación de la vigencia del RDL 8/2020 y la entrada en vigor de la regulación estructural del trabajo a distancia del RDL 28/2020, aplicable a los hechos litigiosos no existiendo convenio colectivo de aplicación a la empresa sobre el trabajo a distancia y

el teletrabajo, y de la inaplicación o pérdida de vigencia de la regulación excepcional transitoria de ese trabajo como medida de contención sanitaria derivada de la Covid-19, no aplicable a los hechos litigiosos.

Es sabido que el Consejo de ministros del pasado 4 de julio acordó declarar la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19 en España mediante la Orden SND/726/2023, publicada en el BOE de 5 de julio de 2023. La Orden declaró el cese de la aplicación de las medidas preventivas relativas a la Covid-19 en empresas y centros de trabajo contenidas en la

Ley 2/2021, de 29 de marzo, cuyo art. 7 (“Centros de trabajo”) establecía las medidas en torno a la pandemia que debían observar las empresas en los centros de trabajo, entre ellas, la potenciación del teletrabajo como medida de contención sanitaria derivada de la crisis sanitaria. La vigencia del citado art. 7 de la Ley 2/2021 permitió en algunas empresas situaciones de teletrabajo acogidas al régimen de excepcionalidad previsto en la disp. transitoria 3ª de la

Ley 10/2021, de 9 de julio, vigente desde 12 de julio de 2021, procedente del RDL 28/2020. No fue el caso de la empresa recurrente en el recurso de casación desestimado por la sentencia comentada, cuyas situaciones de teletrabajo se regulaban por el RDL 28/2020, vigente en el momento de los hechos litigiosos.

Referencias:

1. ^ Citado en el epígrafe V, relativo a la normativa aplicable al caso.
2. ^ Procedimiento de conflictos colectivos 0000105 /2021, ECLI:ES:AN:2021:1855.
3. ^ Procedimiento núm. 105/2021.
4. ^ Sobre la sentencia de la Audiencia Nacional, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Cómputo como tiempo efectivo de actividad: interrupciones en el desarrollo del teletrabajo no imputables al asalariado y breves paradas para atender necesidades fisiológicas”, Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 6, 2021.
5. ^ ECLI:ES:TS:2021:2072.
6. ^ Rec. 19/2020, con cita de las precedentes
7. ^ ECLI:ES:TS:2020:2304.
8. ^ SSTS 426/2019, de 13 de junio, r. 73/2018, ECLI:ES:TS:2019:2280, y 113572020, de 21 de diciembre, r. 76/2019, ECLI:ES:TS:2020:4475.
9. ^ J. JIMÉNEZ CAMPO, “Comentario del art. 10.1 de la Constitución Española”, M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y M.E. Casas Baamonde (dirs.), Comentarios a la Constitución Española, Conmemoración del XL aniversario de la Constitución, BOE-Ministerio de Justicia-Wolters Kluwer, Madrid, 2018, t. I, pág. 217.

§ 86 Salud laboral y carga de trabajo (en la Carrera Judicial y no solo en la Carrera Judicial).

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la jurisdicción social (TSJ de Galicia).

Resumen: *Los riesgos psicosociales en el trabajo se manifiestan de manera especialmente intensa en aquellos trabajos caracterizados por elevadas exigencias de responsabilidad y la continua saturación de tareas, como es el caso de la Carrera Judicial, donde, precisamente para prevenir esos riesgos, el Consejo General del Poder Judicial se ha obligado a regular la carga de trabajo a efectos de salud laboral de las personas miembros de la Carrera Judicial. La sentencia comentada precisa el alcance de esa obligación.*

Palabras clave: *Riesgos psicosociales. Carga de trabajo. Carrera Judicial.*

Abstract: *Psychosocial risks at work are especially intense in those jobs characterized by high demands of responsibility and the continuous saturation of tasks, as is the case of the Judicial Career, where, precisely to prevent these risks, the Spanish General Council of the Judiciary has been obliged to regulate the workload for the purposes of occupational health of the members of the Judicial Career. The commented ruling specifies the scope of that obligation.*

Keywords: *Psychosocial risks. Workload. Judicial Career.*

I. Introducción

El derecho a la protección eficaz de la prevención de riesgos laborales de las personas miembros de la Carrera Judicial se ha concretado en el establecimiento, en el Plan de Prevención de Riesgos Laborales de la Carrera Judicial, de una obligación, asumida por el Consejo General del Poder Judicial, de regulación de la carga de trabajo a efectos de salud laboral, aunque sin establecer cuáles métodos se utilizaran para la determinación de dicha carga de trabajo. En desarrollo de esa obligación, se ha implementado un mapa judicial de riesgos y sistema de alertas para la detección de supuestos de sobrecarga de trabajo, pero no un sistema general de medición de la carga de trabajo. El Tribunal Supremo considera incumplida la obligación, pero tampoco impone un sistema concreto para hacerla efectiva.

Además de la importancia que para la Carrera Judicial tiene esta decisión, surge la cuestión de si, en otros ámbitos laborales caracterizados por elevadas exigencias de responsabilidad y una continua saturación de tareas, sería oportuno asumir medidas semejantes en aras a evitar los riesgos psicosociales de las personas trabajadoras.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala de lo Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 581/2023, de 22 de septiembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCO núm. 128/2022.

ECLI:ES:TS:2023:3995

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. La demanda y sus pretensiones

Las asociaciones judiciales Juezas y Jueces para la Democracia (JjPD), Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria (AFV), Asociación Profesional de la Magistratura (APM) y Foro Judicial Independiente (FJI) formularon demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional sobre conflicto colectivo con las siguientes pretensiones: (1) Que se declare que el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) ha incumplido su obligación, documentada en el Plan de Prevención de Riesgos Laborales de la Carrera Judicial 2015-2016, de regular la carga de trabajo de jueces/zas y magistrados/as a efectos de salud laboral. (2) Que se declare que la metodología y procedimiento empleada en el “Documento de trabajo sobre cargas de trabajo a efectos de mapa judicial de riesgos y sistema de alertas” es para evaluar riesgos para la salud de los miembros de la Carrera Judicial por sobrecarga de trabajo. (3) Que se condene al CGPJ a la regulación de la carga de trabajo de jueces/zas y magistrados/as a efectos de salud laboral conforme a un criterio de dedicación o rendimiento adecuado para la identificación de los riesgos de carácter psicosocial de los miembros de la Carrera Judicial y que, además, tenga en cuenta circunstancias personales y del órgano, y ello en un plazo máximo de 3 meses desde la fecha de la sentencia. Subsidiariamente se condene al CGPJ a la inmediata regulación la carga de trabajo de jueces/zas y magistrados/as a efectos de salud laboral conforme a un criterio adecuado, distinto a la carga de entrada del órgano judicial, para la identificación de los riesgos de carácter psicosocial de los miembros de la Carrera Judicial. (4) Que se condene al CGPJ a que regule la carga de trabajo de los miembros de la Carrera Judicial a efectos de salud laboral con carácter independiente, y sin perjuicio de que pueda hacer la regulación de la carga de trabajo a otros efectos (retributivo, disciplinario o cualquier otro).

2. Un tortuoso procedimiento

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó una primera sentencia (la 25/2018, de 12 de febrero de 2018) que estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción. Recurrida en casación, el Tribunal Supremo, en Sentencia 483/2019, de 24 de junio, de Pleno de la Sala 4ª (Rec. 123/2018), estimó el recurso de casación, declaró la competencia del orden jurisdiccional social y devolvió las actuaciones a la AN para que resolviera, con libertad de criterio, las demás cuestiones suscitadas oportunamente por las partes.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó una segunda sentencia (la 100/2019, de 11 de septiembre de 2019) que estimó la excepción de inadecuación de procedimiento. Recurrida en casación, el Tribunal Supremo, en Sentencia 950/2021, de 29 de septiembre, de Pleno de la Sala 4ª (Rec. 3/2020), estimó el recurso de casación, desestimó la excepción de inadecuación de procedimiento y devolvió las actuaciones a la AN para que, partiendo de la adecuación de procedimiento, resolviera, con libertad de criterio, las demás excepciones alegadas y, en su caso, el fondo del asunto.

La Sala de lo Social de la AN dictó una tercera sentencia (la 15/2022, de 7 de febrero de 2022), que, entrando en el fondo, desestimó la demanda de conflicto colectivo, siendo esta la sentencia que, recurrida, ha dado lugar a la STS objeto de nuestro comentario.

IV. Posición de las partes

Han recurrido en casación las asociaciones judiciales Juezas y Jueces para la Democracia, Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria, Asociación Profesional de la Magistratura y Foro Judicial Independiente. A través de su recurso las asociaciones han insistido en las pretensiones de la demanda rectora de actuaciones.

El recurso ha sido impugnado por el CGPJ, el Ministerio de Justicia, la Junta de Andalucía, el Gobierno de Cantabria, la Generalitat de Catalunya, la Xunta de Galicia, la Comunidad de Madrid, la Comunidad Foral de Navarra y la Generalitat Valenciana.

El Ministerio Fiscal interesa en su informe la desestimación del recurso.

V. Normativa aplicable al caso

— Constitución Española, arts. 15, 40.2 y 43.

— Ley de Prevención de Riesgos Laborales, arts. 14, 15 y 17.

— Acuerdo de 28 de abril de 2011, del Pleno del CGPJ, por el que se aprueba el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial: “1. Los jueces y magistrados tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el ejercicio de sus funciones. 2. El Consejo General del Poder Judicial promoverá cuantas medidas y actuaciones resulten necesarias para la salvaguardia del derecho enunciado en el número anterior, en consonancia con lo establecido en la normativa sobre prevención de riesgos laborales”.

— Plan de Prevención de Riesgos Laborales de la Carrera Judicial (no es una norma, pero sí es la fuente de la obligación en la que se basa la condena, de ahí la oportunidad de incluirla), art. 5.2: “El CGPJ regulará la carga de trabajo a efectos de salud laboral”.

— Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las Carreras Judicial y Fiscal, art. 7 (“las retribuciones variables por objetivos estarán vinculadas al rendimiento individual acreditado por cada juez o magistrado en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales y profesionales”) y art. 8.1 (“el objetivo para cada destino en la Carrera Judicial se fijará por el Consejo General del Poder Judicial con arreglo a módulos de dedicación u otros criterios técnicos que estime convenientes”).

— Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 560.1.21ª: El CGPJ es competente para “elaborar y aprobar, conjuntamente con el Ministerio de Justicia y, en su caso, oídas las Comunidades Autónomas cuando afectare a materias de su competencia, los sistemas de racionalización, organización y medición de trabajo que se estimen convenientes para determinar la carga de trabajo que pueda soportar un órgano jurisdiccional”.

VI. Doctrina básica

— El derecho de los jueces y magistrados a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el ejercicio de sus funciones encuentra su fundamento en la Constitución Española, en la LPRL y específicamente se reconoce en el artículo 317, apartado 1, del Reglamento de Carrera Judicial. En su apartado 2, el CGPJ se obliga a promover “cuantas medidas y actuaciones resulten necesarias para la salvaguardia del derecho ... en consonancia con lo establecido en la normativa sobre prevención de riesgos laborales”. Pero no establece expresamente la obligación de regular la carga de trabajo.

— La obligación de regular la carga de trabajo a efectos de prevención de riesgos laborales se concreta en el artículo 5.2 del Plan de Prevención de Riesgos Laborales de la Carrera Judicial y es una concreción de las obligaciones generales de prevención de riesgos laborales de las personas miembros de la Carrera Judicial contenidas en la Constitución Española, en la LPRL y en el artículo 317 del Reglamento de Carrera Judicial.

— La implementación por el CGPJ de un mapa judicial de riesgos y un sistema de alertas se ha dictado en desarrollo de esa norma, pero es provisional, de manera que con su implementación no se entiende agotada la obligación de regular la carga de trabajo.

— Ahora bien, el artículo 5.2 del Plan de Prevención de Riesgos Laborales no establece cómo se ha de hacer la medición de la carga de trabajo a efectos de prevención de riesgos laborales, ni tampoco fija un plazo para la aprobación de la regulación.

— La regulación de la carga de trabajo a efectos de prevención de riesgos laborales de las personas miembros de la Carrera Judicial no es lo mismo que la regulación de la carga de trabajo a efectos de determinar la carga de trabajo que pueda soportar un órgano jurisdiccional, ni que la regulación de la carga de trabajo a efectos disciplinarios de las personas miembros de la Carrera Judicial, ni tampoco que la regulación de la carga de trabajo a efectos retributivos de las personas miembros de la Carrera Judicial.

VII. Parte dispositiva

(1) Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por las asociaciones judiciales Juezas y Jueces para la Democracia, Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria, Profesional de la Magistratura y Foro Judicial Independiente. (2) Casar y anular parcialmente la sentencia de la sala de lo social de la Audiencia Nacional 15/2022, 7 de febrero de 2022 (Proc. 251/2017), en el sentido de: estimar la primera pretensión de la demanda de conflicto colectivo, por lo que se declara que el Consejo General del Poder Judicial ha incumplido su obligación, documentada en el apartado 5.2 del Plan de Prevención de Riesgos Laborales Carrera Judicial (2015-2016), de regular la carga de trabajo de la Carrera Judicial a efectos de salud laboral; estimar parcialmente la tercera pretensión de aquella demanda, por lo que se condena al Consejo General del Poder Judicial a regular la carga de trabajo de la Carrera Judicial a efectos de salud laboral; y confirmar el resto de pronunciamientos de la sentencia recurrida. (3) No imponer costas.

VIII. Pasajes decisivos

1. Deslinde de las distintas regulaciones sobre la carga de trabajo

“La determinación de la carga de trabajo que puede soportar «un órgano jurisdiccional» (artículo 560.1.21ª, párrafo primero, LOPJ), la que cabe exigir a efectos disciplinarios al «juez o magistrado» (artículo 560.1.21ª, párrafo segundo, LOPJ), o, en fin, el «rendimiento individual acreditado por cada juez o magistrado» a efectos de la retribución variable (artículo 7 de la Ley 15/2003, de retribuciones de la Carrera judicial y Fiscal), son materias relacionadas, ciertamente, con la regulación de «la carga de trabajo de la Carrera Judicial a efectos de salud laboral» (apartado 5.2 PPRL) ... Pero que se trata de materias relacionadas, e incluso con zonas de coincidencia, no desdibuja que se trata de materias diferenciables y con autonomía propia, al menos relativa, y que, en todo caso, su regulación no corresponde siempre únicamente y en exclusiva al CGPJ”.

2. La regulación de la carga de trabajo como medida de salud laboral

“El artículo 14.1 LPRL establece que «los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo» ... Como puede comprobarse, el artículo 317.1 del Reglamento 2/2011 del CGPJ reproduce

sustancialmente los términos del artículo 14.1 LPRL. El artículo 14.2 LPRL dispone que «en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo». También el artículo 317.2 del Reglamento 2/2011 del CGPJ guarda una estrecha semejanza con el referido artículo 14.2 LPRL. Aquel precepto encomienda al CGPJ promover «cuantas medidas y actuaciones resulten necesarias para la salvaguardia del derecho» a la protección eficaz en materia de seguridad y salud de jueces y magistrados.

“... Pues bien, es en este contexto, y como una de las «medidas y actuaciones» a que hace referencia el artículo 317.2 del Reglamento 2/2011 del CGPJ, en el que se estableció la previsión de que “el CGPJ regulará la carga de trabajo de la Carrera Judicial a efectos de salud laboral” (apartado 5.2 PPRL). Es así el propio CGPJ el que, en cumplimiento del artículo 317.2 del Reglamento 2/2011 del CGPJ, y en última instancia del artículo 14.2 LPRL, y a fin de salvaguardar el derecho a la protección eficaz en materia de seguridad y salud (artículo 14.1 LPRL y artículo 317.2 del Reglamento 2/2011 del CGPJ), se ha obligado a regular la carga de trabajo a efectos de salud laboral”.

3. Incumplimiento de la obligación de regular la carga de trabajo

“... Tiene razón, en este sentido, el citado «Documento sobre cargas de trabajo a efectos de salud. Mapa judicial de riesgos y sistema de alertas», cuando afirma que «no puede sostenerse con rigor que el CGPJ no esté en proceso de regulación de la carga de trabajo a efectos de salud profesional» y que «se han dado numerosos pasos en el desarrollo de la actividad preventiva y desplegado mecanismos de actuación» ... Todo lo anterior es cierto. Pero igualmente lo es que el propio «Documento sobre cargas de trabajo a efectos de salud. Mapa judicial de riesgos y sistema de alertas» afirma expresamente que todavía “no est(á)n fijados los módulos definitivos” (apartado III, 2), así como que la carga de trabajo que se fija en el apartado III, 3 (2) es un parámetro de referencia, que debe entenderse «provisional» hasta tanto no se apruebe «un nuevo sistema de módulos». Así pues, el «Documento sobre cargas de trabajo a efectos de salud. Mapa judicial de riesgos y sistema de alertas» reconoce de forma expresa que todavía no están fijados los módulos definitivos y que la carga de trabajo que se contempla en el apartado III, 3 (2) es un parámetro de referencia provisional a la espera de que se apruebe un nuevo sistema de módulos. La conclusión parece clara: el CGPJ ha fijado solo de forma «provisional», y no definitiva, la carga de trabajo de la Carrera Judicial a efectos de salud laboral”.

4. Alcance parcial de la estimación de las pretensiones de la demanda

“El razonamiento hasta aquí seguido conduce a estimar la primera pretensión de la demanda de conflicto colectivo («que se declare que el CGPJ ha incumplido su obligación, documentada en el Plan de Prevención de Riesgos Laborales de la Carrera Judicial 2015-2016, de regular la carga de trabajo de jueces/zas y magistrados/as a efectos de salud laboral») ... Como consecuencia de lo anterior, debe estimarse igualmente, pero en este caso solo de forma parcial, la tercera pretensión de la demanda de conflicto colectivo”.

“La estimación de esta tercera pretensión solo puede ser parcial, toda vez que ... el apartado 5.2 PPRL no establece criterio alguno conforme al cual deba procederse a la regulación de la carga de trabajo de la Carrera Judicial a efectos de salud laboral ... nada dice ni precisa sobre cómo ha de regularse la carga de trabajo de la Carrera Judicial a tales efectos, ni sobre qué criterios deben utilizarse ... Tampoco se puede condenar al CGPJ a que se regule la carga de trabajo de la Carrera Judicial a efectos de salud laboral en el plazo de 3 meses, como se pretende forma principal, o, inmediatamente, como se pretende de forma subsidiaria, por la misma razón de que el apartado 5.2 PPRL no establece plazo alguno para cumplir con la previsión de regular la carga de trabajo a los efectos indicados”.

“Las mismas razones que se acaban de señalar impiden la estimación de la segunda pretensión de la demanda de conflicto colectivo ... el apartado 5.2 PPRL no establece criterio alguno conforme al cual deba procederse a la regulación de la carga de trabajo ... las asociaciones judiciales no han identificado en qué norma legal se basan para descalificar la metodología del Mapa Judicial de Riesgos y Sistema de Alertas”.

“Tampoco podemos estimar, finalmente, la cuarta pretensión de la demanda de conflicto colectivo ... Es claro que la regulación de la carga de trabajo a afectos distintos de la salud laboral cuenta actualmente con regulaciones propias, al menos en lo que se refiere a la carga de trabajo que puede soportar un órgano jurisdiccional y a las retribuciones variables. De ahí que estimemos innecesario y redundante condenar al CGPJ a que la regulación de la carga de trabajo de la Carrera Judicial a efectos de salud laboral -a lo que, en efecto, como hemos anunciado, vamos a condenar al CGPJ- se haga de forma independiente de la regulación de la carga de trabajo a otros efectos como los referidos”.

IX. Comentario

En casa de herrero, cuchillo de palo. La Jurisdicción lleva resolviendo asuntos sobre incumplimientos en prevención de riesgos laborales desde el mismo origen legal de esta obligación empresarial. Históricamente, la competencia se dispersaba en todos los órdenes jurisdiccionales (el civil, la indemnización; el penal, el delito; el contencioso, la infracción administrativa; el social, las prestaciones). Tras la LRJS (2011), y salvando la competencia del Orden Penal, se ha unificado todo en el Orden Social, lo que precisamente ha permitido reclamar ante ella en materia de prevención de riesgos laborales de la Carrera Judicial.

Pues bien, la Carrera Judicial ha tardado casi 20 años desde la aprobación de la LPRL (1995) en conseguir la aprobación de un Plan de Prevención de Riesgos Laborales (2015). La Jurisdicción (o mejor dicho, los jueces y juezas, magistrados y magistradas, que la encarnan), por fin, se ve beneficiada por las normas que lleva aplicando desde siempre^[1].

La prevención de riesgos laborales y la protección de la salud laboral han llegado con mucho retraso a la Carrera Judicial, pero también “puede afirmarse actualmente que han venido para quedarse”^[2]. Con la aprobación del Plan de Prevención de Riesgos Laborales (2015), “el CGPJ codifica el derecho de la prevención de riesgos del colectivo judicial (y) asume y hace efectivo un compromiso (que) supone admitir con claridad que la seguridad y salud de los jueces no solo se protege a través de la norma o del reconocimiento a la protección de la salud sino también con medidas reguladoras del contenido de esos derechos que imponen obligaciones y la necesidad de planificar actividades preventivas”^[3].

Dentro de ese Plan de Prevención, la medida analizada en la STS 581/2023, objeto de comentario, es la de su artículo 5.2: “El CGPJ regulará la carga de trabajo a efectos de salud laboral”. Pero antes de llegar a la STS 581/2023, el curso del litigio permitió la resolución de otras cuestiones de alcance procesal sobre las cuales nos debemos detener.

Y es que el litigio planteado por las asociaciones judiciales se puede tildar sin empacho de absolutamente novedoso: por el orden jurisdiccional elegido para el planteamiento de la demanda, por el alcance colectivo de la pretensión y, obviamente, por el fondo del asunto.

Ciertamente, y en no pocas ocasiones, las asociaciones judiciales, por sí mismas o apoyando a alguna persona asociada, ya habían llevado al CGPJ ante los Tribunales, pero ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo pues es la competente, en única instancia, para conocer de los recursos contencioso-administrativos contra actos y disposiciones del CGPJ (art. 58.1 LOPJ). Llevar al CGPJ ante la Jurisdicción Social era absolutamente novedoso, y ese escollo competencial fue el primero con que se

tropezó la demanda de las asociaciones judiciales: la Audiencia Nacional dictó una primera sentencia (la 25/2018, de 12 de febrero de 2018) que estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción. Recurrida en casación, el Tribunal Supremo, en Sentencia 483/2019, de 24 de junio, de Pleno de la Sala 4ª (Rec. 123/2018) (con dos votos particulares), declaró la competencia del orden en base al artículo 2.e) de la LRJS, que, frente a la situación anterior a la LRJS de dispersión jurisdiccional, garantiza la unidad jurisdiccional en materia de prevención de riesgos laborales, tanto si se trata de personal laboral como funcionario, y ello asimismo incluye a la Carrera Judicial⁴¹.

Más allá de las consecuencias que, para este litigio en concreto, supuso la STS 483/2019, presenta un alcance mucho más general pues, con la argumentación desplegada, todos los litigios en los cuales esté implicado un juez o jueza y en los cuales se invoque el incumplimiento de obligaciones legales o convencionales de prevención de riesgos laborales, será competente el Orden Social. En este sentido, aparenta expedito el camino al Orden Social en reclamaciones individuales por incumplimiento, por ejemplo, de la prevención de riesgos psicosociales o de situaciones de violencia y acoso en el trabajo.

Devueltas las actuaciones a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, esta dictó una segunda sentencia (la 100/2019, de 11 de septiembre de 2019) que estimó la excepción de inadecuación de procedimiento. Recurrida en casación, el Tribunal Supremo, en Sentencia 950/2021, de 29 de septiembre, de Pleno de la Sala 4ª (Rec. 3/2020) (con un voto particular), desestimó la excepción de inadecuación de procedimiento, argumentando que el CGPJ no está actuando como una Administración pública en el ejercicio de sus potestades y funciones, sino a modo de “empresario” al que afectan las obligaciones contenidas en la LPRL, entendiendo el concepto “empresario” como garante de seguridad en este caso frente a los riesgos laborales de las personas miembros de la Carrera Judicial.

Más allá de las consecuencias que, para este litigio en concreto, supuso la STS 950/2021, presenta un alcance mucho más general pues, con la argumentación desplegada, se abre la vía a reclamaciones colectivas por incumplimiento de obligaciones preventivas en la Carrera Judicial que, por ese aspecto colectivo, recaerán en la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional con posibilidad de recurso ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo. Obsérvese que, cuando el CGPJ actúa como Administración pública, la impugnación de sus actos y disposiciones va directa a la Sala 3ª del Tribunal Supremo, mientras que, actuando como “empresario”, en instancia conoce la Audiencia Nacional.

De nuevo devueltas las actuaciones a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, esta dictó una tercera sentencia (la 15/2022, de 7 de febrero de 2022), que, entrando en el fondo, desestimó la demanda de conflicto colectivo, siendo esta la sentencia que, recurrida, ha dado lugar a la STS objeto de nuestro comentario, como las dos anteriores de la Sala 4ª dictada en Pleno, pero en esa ocasión sin ningún voto particular cuestionando a la mayoría.

La STS 581/2023, de 22 de septiembre de 2023, objeto de nuestro comentario, pone punto y final a un tortuoso litigio, con una estimación total de una pretensión (la primera) y parcial de otra (la tercera), y una desestimación total de las otras dos (segunda y cuarta).

La estimación total de la primera pretensión conduce a la condena del CGPJ por no haber dado efectividad a la obligación, asumida en el artículo 5.2 del Plan de Prevención de Riesgos Laborales, de regular la carga de trabajo a efectos de salud laboral. Ahora bien, como esta norma no establece ni el cómo ni el cuándo, la tercera pretensión solo se estima en la medida en que se ha estimado la primera. O sea, el CGPJ no está obligado (como se pedía de manera principal) a utilizar “un criterio de dedicación o rendimiento adecuado para la identificación de los riesgos de carácter psicosocial de los miembros de la Carrera Judicial y que, además, tenga en cuenta circunstancias personales y del órgano”, ni (subsidiariamente) a utilizar “un criterio

adecuado, distinto a la carga de entrada del órgano judicial, para la identificación de los riesgos de carácter psicosocial de los miembros de la Carrera Judicial”. En cuanto al cuándo, el CGPJ no está obligado (como se pedía de manera principal) a hacerlo en tres meses, ni siquiera (subsidiariamente) a hacerlo de inmediato.

Como se vislumbra de lo expuesto, el punto de desencuentro está en el módulo a considerar para la medición de la carga de trabajo: el de entrada de asuntos en el órgano judicial o el de salida de resolución. El módulo de entrada es el que se ha utilizado, con correcciones para adecuar el trabajo a la persona, en el Mapa Judicial de Riesgos y el Sistema de Alertas, y por ello las asociaciones judiciales lo cuestionan (pretensión segunda). También es el que se utiliza en la regulación de la carga de trabajo a otros efectos, en particular retributivos, y por ello las asociaciones judiciales piden no considerar esas regulaciones (pretensión cuarta). La desestimación total de esas dos pretensiones deja a las claras que el CGPJ puede utilizar uno u otro módulo en la regulación de la carga a efectos de salud laboral. Pero, ¿puede el CGPJ utilizar uno u otro de manera libérrima?

La STS deja algunas pistas que conviene no pasar por alto. Una de ellas se encuentra en el siguiente párrafo: “Parece razonable que, a efectos de salud laboral, se deban tener en cuenta las cargas de salida del juez/a y magistrado/a. Pero el apartado 5.2 PPRL no prevé, ni de él emana, que la carga de salida deba ser necesariamente el criterio a utilizar, y menos con carácter exclusivo o cuasi exclusivo, y que no puedan tenerse también en cuenta, siquiera sea de forma complementaria, las cargas de entrada del órgano judicial del que sea titular aquel juez o magistrado, ni tampoco otros posibles criterios adicionales”.

O sea, aunque el módulo de salida, que a la Sala 4ª le parece razonable considerar a efectos de salud laboral, no tiene por qué ser utilizado ni de manera exclusiva, ni de manera cuasi exclusiva, ni (decimos más) de ninguna manera, el módulo de entrada no parece ser un criterio válido si se utiliza de manera exclusiva pues solo se concibe como complementario y/o considerando otros posibles criterios adicionales. Lo cual es lógico porque el módulo de entrada sin más matizaciones sería tanto como obviar el principio de adecuación del trabajo a persona, esencial en materia de prevención de riesgos laborales.

Todo ello conduce a la validación, con la consiguiente desestimación total de la segunda pretensión, del Mapa Judicial de Riesgos y Sistema de Alertas que, atendiendo al módulo de entrada, toma en consideración criterios varios en orden a adecuar el trabajo a la persona^[5]. Ahora bien, este Mapa y Sistema no valen para cumplir con la obligación básicamente porque se tilda de “provisional”. ¿Bastaría con elevarlo a definitivo? ¿O, una vez admitida la validez de la metodología, sería mejor acometer una revisión consensuada con las asociaciones judiciales sobre la base de esa metodología con las oportunas correcciones para hacer una regulación definitiva? ¿O mejor dejarlo como está para aplicarlo en los supuestos de sobrecarga de trabajo, e iniciar una negociación con las asociaciones judiciales para hacer una regulación definitiva para situaciones ordinarias?

También es de interés la siguiente afirmación, que sirve para desestimar la cuarta pretensión: aunque la regulación de la carga de trabajo a efectos de salud laboral no está condicionada por la regulación de la carga de trabajo a otros efectos, tampoco se condena a que aquella “se haga de forma independiente de la regulación de la carga de trabajo a otros efectos como los referidos”. Obviamente, si la regulación de la carga de trabajo a otros efectos se extiende miméticamente a efectos de salud laboral, ello no garantizaría la protección eficaz de la seguridad y salud de los jueces y juezas basada en la adecuación del trabajo a la persona, que es un principio no considerado a otros efectos donde priman las necesidades del servicio o una lógica remuneratoria / productivista. Lo que se está queriendo decir con esa afirmación es que nada impide que determinados métodos de medición de la carga utilizados a otros efectos (léase entre líneas: el módulo de entrada) puedan utilizarse para la medición a efectos de salud laboral, pero siempre en el marco de la protección eficaz de la seguridad y salud basada en adecuar el trabajo a la persona.

X. Apunte final

O mejor, dos apuntes finales. Uno en relación con la Carrera Judicial, y es que la STS 581/2023, de 22 de septiembre de 2023, cierra un litigio y a la vez abre un campo a la negociación entre el CGPJ y las asociaciones judiciales en un escenario que, dicho sea paso, es diferente al existente en el momento de presentación de la demanda. Desde 2017, el CGPJ ha realizado múltiples actuaciones, y la propia STS, después de afirmar que es “elocuente ... el escrito de impugnación del Abogado del Estado, en representación del CGPJ, que detalla en sus últimas páginas todas las actuaciones realizadas”, concluye con la tajante afirmación de que “todo lo anterior es cierto”. Partiendo de ese escenario actual, la STS obliga a la regulación definitiva de la carga de trabajo a efectos de salud laboral.

Y el segundo apunte es mucho más general. El Plan de Prevención de Riesgos de la Carrera Judicial ha puesto el acento en la regulación de la carga de trabajo a los efectos de salud laboral en una profesión, como es la judicial, cuyo ejercicio está caracterizado por elevadas exigencias de responsabilidad y una continua saturación de tareas. Obviamente, no es la única profesión con tales requerimientos, y de ahí la oportunidad de plantear si no sería necesario u oportuno, en otras profesiones de requerimientos semejantes, una medición de la carga de trabajo en aras a evitar los riesgos psicosociales de las personas trabajadoras. La experiencia acumulada en la Carrera Judicial y la que se pueda acumular en la ejecución de la STS 581/2023 puede ser útil en el ámbito de esas otras profesiones.

Referencias:

1. ^ *Sobre la materia, el estudio hasta el momento más profundo lo encontramos en Juan MARTÍNEZ MOYA / María Concepción SÁEZ RODRÍGUEZ (coordinadores y autores), José Fernando LOUSADA AROCHENA / Francisco Javier LLUCH CORELL / Manuel BELLIDO ASPAS / Faustino CAVAS MARTÍNEZ / Carmen DELGADO ECHEVARRÍA / Isabel DE RADA GALLEGUO / Elena BURGOS HERRERA / Carmen RENEDO JUÁREZ (autores), La protección social de la Carrera Judicial, Boletín Oficial del Estado (Madrid, 2021, 2ª edición), pp. 323-384.*
2. ^ *Juan MARTINEZ MOYA et alii, La protección social ..., obra citada, p. 323.*
3. ^ *Juan MARTINEZ MOYA et alii, La protección social ..., obra citada, pp. 323-324.*
4. ^ *Comentada por Lourdes LÓPEZ CUMBRE, “Salud laboral en la judicatura. ¿Competencia del orden social o del orden contencioso?”, Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 5, 2019, accesible en abierto en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2019-00000000540 (05/11/2023).*
5. ^ *Sobre el Mapa Judicial de Riesgos y Sistema de Alertas y ampliamente sobre la carga de trabajo a efectos de salud laboral en la Carrera Judicial, Juan MARTINEZ MOYA et alii, La protección social ..., obra citada, pp. 355-364.*

§ 87 Adscripción a un turno de trabajo fijo por motivos de conciliación: presunción de necesidad adaptativa.

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León.

Resumen: *Aun cuando el ordenamiento jurídico no consagra un derecho directo e incondicionado de las personas trabajadoras a la adscripción a un turno fijo para el cuidado de hijo/a, lo cierto es que concurre una especie de presunción de la necesidad adaptativa invocada en la solicitud en los supuestos en que la empresa no oponga razones organizativas especialmente gravosas para la denegación, en cuyo caso procederá una indemnización de daños y perjuicios derivada de la vulneración de un derecho fundamental dada la vinculación de la conciliación con la prohibición de discriminación sexista y el derecho a la intimidad familiar.*

Palabras clave: *Cuidado de hijo. Trabajo a turnos. Adaptación de jornada. Indemnización de daños y perjuicios.*

Abstract: *Although the legal system has not established a direct and unconditional right of employees to be assigned to a fixed timetable for work-life balance, it is true that there is a kind of presumption of the adaptive need invoked in the petition in cases where the company does not provide particularly heavy organisational reasons for the refusal, in which case compensation for damages resulting from the violation of a fundamental right will be applicable, considering the link between the right to work-life balance and the prohibition of gender discrimination and the right to family privacy.*

Keywords: *Childcare. Shift work. Adjustment of working hours. Compensation for damages.*

I. Introducción

Cierto es que la visión clásica de las medidas de conciliación, tanto en Derecho Europeo como en el ordenamiento jurídico español, presentaba un marcado carácter femenino, lo que enfatizaba estereotipos de género, al pivotar sobre la posibilidad de otorgar tiempo (ausencias al trabajo), de forma remunerada o no, para que la trabajadora, cuidadora clásica y tradicional de los menores, de los mayores, de los enfermos y de las personas con discapacidad, pudiera atender sus responsabilidades domésticas, minorando el período dedicado a sus actividades laborales.

No menos verdad resulta que en la actualidad ha comenzado a asumirse que, para conseguir un buen encaje entre las obligaciones laborales y familiares, no basta con facilitar a las mujeres la concesión de asuetos en el trabajo para destinarlos al cuidado de los hijos o personas dependientes, pues ello provoca la desvinculación de su entorno laboral, la dedicación a tiempo parcial, así como menores posibilidades en su progresión retributiva o para retomar tardíamente su carrera, con el inherente

descenso en la atención por el sistema de Seguridad Social, todo ello enarbolado con un denostado efecto boomerang al considerar muchos empresarios que se trataba de una mano de obra más cara. Se apuesta ahora por el diseño de medidas, no sólo neutras, sino personales e intransferibles, capaces de permitir la asunción de responsabilidades familiares tanto por hombres como por mujeres, así como la adopción de normas políticas tendentes a equiparar tales quehaceres entre los dos sexos, para que las disposiciones adoptadas puedan ser solicitadas en igual medida por ambos.

Dentro de esta nueva perspectiva, adquiere un papel nuclear la posibilidad que otorga el art. 34.8 ET de solicitar adaptaciones en la distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del horario de trabajo y en la forma de prestación de la actividad, presencial o a distancia. Dichas modulaciones, en lo que se refiere al tiempo de trabajo, comprenden variadas fórmulas como pudieran ser jornadas continuadas, supresión de viajes y desplazamientos aprovechando las nuevas tecnologías, limitación en las franjas horarias para celebrar reuniones de trabajo, horas de libre disposición, bolsas de horas, semana comprimida, acumulación de las horas de trabajo en determinadas épocas del año, amplios espacios de entrada y salida, cambio de jornada continuada a partida o viceversa, posibilidad de trabajar a distancia con mayor flexibilidad o, como se dilucida en la sentencia aquí comentada, de no someterse a un régimen de turnos incompatible con deberes de cuidado o, dicho en otros términos, adscripción a un turno fijo que haga factible estos deberes.

Dadas las amplias facilidades abiertas, que desbordan sobradamente el parámetro de la jornada rígida, la naturaleza jurídica del art. 34.8 ET podría asimilarse, en una primera aproximación, a una modificación sustancial a la inversa sin reducción de la dedicación ni pérdida de la retribución. Ahora bien, este precepto no reconoce un derecho absoluto sino que condiciona la novación de las condiciones de trabajo a la concurrencia de los siguientes parámetros: primero, a la previa formulación de la solicitud por la persona trabajadora en la que deberá indicar tanto el contenido de la adaptación, como las necesidades de conciliación; segundo, a la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas peticionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa; tercero, a la adaptación de la solicitud a lo previsto en convenio colectivo, al que se hace un llamamiento para que establezca “los términos de ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre las personas trabajadoras de uno otro sexo”; cuarto, ante el silencio convencional, habrá de abrirse un procedimiento de negociación individualizada (sin intervención de terceros que intenten mediar o conciliar las posturas enfrentadas, ni posibilidad de resolución arbitral), durante un período máximo de 30 días (quince días tras el Decreto Ley 5/2023), concluido el cual la empresa es quien habrá de comunicar si acepta la proposición, plantea una alternativa o deniega el ejercicio del derecho indicando las “razones objetivas” en que se sustenta su postura.

En fin, las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el art. 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1941/2023, 17 de abril.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de suplicación núm. 660/2023.

ECLI:ES:TSJGAL:2023:3218

Fuente: CENDOJ

Ponente: Ilma. Sra. María Antonia Rey Eibe.

Votos Particulares: carece

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La sentencia objeto de comentario resuelve un recurso de suplicación formulado por la empresa frente a un pronunciamiento previo de 25 de noviembre de 2022 del Juzgado de lo Social número 3 de La Coruña en procedimiento de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. En el pronunciamiento de instancia, la actora, enfermera desde el 1 de enero de 2015, presenta demanda frente a la Clínica Sanatorio Quirúrgico Modelo SL, tras la denegación de su solicitud de prestar servicios en un turno fijo con horario de lunes a viernes de 8 a 15 horas. El Juzgado de lo Social estima la demanda presentada y condena a la empresa a conceder a la actora la concreción horaria interesada consistente, como ya consta, en disfrutar de un turno fijo de mañana de lunes a viernes de 8 a 15 horas, además de abonar una indemnización por daño moral por el importe de 3.500 euros.

Como hechos probados, cabe mencionar los siguientes:

1.- La actora es madre de una niña nacida en 2019, escolarizada en un centro educativo con horario lectivo de 9.00 a 14.00 horas, con una franja de madrugadores de 7.30 a 9.00 horas de y comedor de 14 a 16 horas.

2.- A fecha 29 de septiembre de 2022, el horario del otro progenitor es de lunes a viernes de 7.30 a 13 horas y de 14 a 17.30 horas. A fecha 21 de junio de 2022 tenía un horario de lunes a viernes de 8.30 a 13.30 horas y de 15.30 a 18.30 horas.

3.- El 17 de septiembre de 2020, la actora solicita la reducción de su jornada laboral a 35 horas semanales a partir del 1 de octubre de 2020 por cuidado de hijo. Por escrito de 18 de septiembre de 2020, que firma la trabajadora indicando su conformidad, se le concede dicha reducción con una concreción en turnos rotatorios de mañana, tarde y noche de lunes a domingo, pero salvo error u omisión desde dicha fecha hasta el inicio de la situación de incapacidad temporal no consta que la demandante haya trabajado los sábados y domingos. En un período de tiempo aproximadamente desde octubre de 2020 hasta agosto de 2021 la actora trabajó en turno fijo de mañana de lunes a viernes. Posteriormente, trabajó en turnos rotatorios de mañana y tarde de lunes a viernes.

4.-El 6 de julio de 2022, la actora presenta escrito interesando la concreción horaria al amparo del artículo 34.8 del ET con horario de lunes a viernes en turno fijo de mañana de 8 a 15 horas a partir del 1 de octubre de 2022.

5.-El 7 de agosto de 2022 la empresa contesta denegando la concreción del turno fijo de mañana y proponiendo dos alternativas.

6.-El 30 de septiembre de 2022 la actora reitera su petición, que fue denegada el 3 de octubre de 2022, siendo notificada dicha denegación el día 5 de octubre.

7.- La actora presta servicios en el servicio de hospitalización. Con anterioridad lo hacía en el de endoscopias. En el servicio de hospitalización, organizado por turnos rotatorios, prestan servicios un total 32 enfermeras/os, de las cuales, ocho, incluida la actora, disfrutaban de reducción de jornada por guarda legal. El personal de enfermería puede intercambiar los turnos entre sí.

8.- En fecha no determinada pero posterior a la primera solicitud de la actora de adaptación de jornada, la empresa mantuvo una reunión con la demandante, en la que estuvo presente la directora de enfermería, la supervisora de enfermería de la demandante y la supervisora de enfermería de urgencias. En dicha reunión se le preguntó a la demandante sobre las necesidades de conciliación y se le ofreció la posibilidad de volver al servicio de endoscopias, donde también había de realizar

turnos de tarde, o de realizar rotaciones de mañana, tarde y noche, declinado la actora ambas ofertas.

9.- La actora inició un proceso de incapacidad temporal el 14 de noviembre de 2022 por enfermedad común, situación en la que se encuentra en el momento de celebración del juicio. El marido de la actora también inició un proceso de incapacidad temporal el 4 de octubre de 2022 por enfermedad común.

IV. Posición de las partes

El conflicto entre las partes deriva de las siguientes circunstancias:

La empresa, recurrente en suplicación, formula las tres siguientes consideraciones: por un lado, solicita la revisión de los hechos probados con el fin de hacer constar no solo la existencia de negociación con la trabajadora sino también el ofrecimiento de concreciones horarias alternativas, esto es, trabajar en turno de mañana, incluidos sábados y domingos, máxime cuando las necesidades de conciliación no se plantean los fines de semana, dado que el otro progenitor no trabaja tales períodos, estando, en consecuencia, la menor atendida; por otro, argumenta que exonerar a la trabajadora de prestar servicios en tales momentos (fines de semana) comprometería no sólo la actividad organizativa de la empresa sino que perjudicaría al resto de compañeros/as; en fin, entiende que no procede la indemnización de daños y perjuicios reconocida en la sentencia impugnada, pues este pronunciamiento no reconoce vulneración de derecho fundamental alguno sino una mera preocupación por la incertidumbre generada por tener que acudir a un juicio, por lo que es evidente que ni la incertidumbre de una trabajadora ni la preocupación pueden ser consideradas un derecho fundamental, sin olvidar que no hay daño ni perjuicio alguno por cuanto que la trabajadora inicia una situación de incapacidad temporal por enfermedad común.

La persona trabajadora solicita la adaptación de su jornada por motivos de conciliación (cuidado de hija) para realizar un turno fijo de lunes a viernes en horario de 8.00 a 15.00 horas.

V. Normativa aplicable al caso

Dos son los preceptos aplicables en el supuesto aquí comentado:

De un lado, el art. 34.8 ET, en su versión anterior a la modificación operada por el art. 34.8 ET, conforme al cual: "Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa.

En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años.

En la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. En su ausencia, la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días. Finalizado el mismo, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. En este último caso, se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión.

La persona trabajadora tendrá derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando el

cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto.

Lo dispuesto en los párrafos anteriores se entiende, en todo caso, sin perjuicio de los permisos a los que tenga derecho la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37.

Las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social”.

De otro, el art. 139 LRJS, según el cual: “1. El procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente, se regirá por las siguientes reglas:

a) El trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir de que el empresario le comunique su negativa o su disconformidad con la propuesta realizada por el trabajador, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social.

En la demanda del derecho a la medida de conciliación podrá acumularse la acción de daños y perjuicios causados al trabajador, exclusivamente por los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida, de los que el empresario podrá exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador.

El empresario y el trabajador deberán llevar sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa al juicio y al propio acto de juicio, que podrán acompañar, en su caso, de informe de los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad de la empresa para su consideración en la sentencia.

b) El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. La sentencia se dictará en el plazo de tres días. Contra la misma no procederá recurso, salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación será ejecutivo desde que se dicte la sentencia.

2. El procedimiento anterior será aplicable igualmente al ejercicio de los derechos de la trabajadora víctima de violencia de género establecidos en la ley, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario y a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa. Podrá acumularse a la referida demanda la acción de daños y perjuicios directamente causados a la trabajadora por la negativa o demora del derecho. Podrá instarse, en su caso, la adopción de las medidas cautelares reguladas en el apartado 4 del artículo 180”.

VI. Doctrina básica

El Tribunal Superior de Justicia, tras una valoración conjunta de la prueba, reconoce el derecho de la trabajadora a la concreción horaria solicitada, ya que este derecho debe decaer sólo en supuestos excepcionales de abuso de derecho, mala fe o manifiesto quebranto para la empresa, que no constan en el presente supuesto. Por otra parte, entiende el Tribunal que la empresa no acreditó razones poderosas y concretas (más allá de las meramente organizativas) de la imposibilidad o dificultad de adaptar el horario; pese a que el servicio se organiza por turnos, ni tampoco justificó perjuicios de especial gravedad para no conceder a la actora el turno de mañana, no en vano la dificultad de la empresa no puede ser equiparable a la imposibilidad. Es más, el órgano judicial añade que el reconocimiento del derecho de la trabajadora a

concretar su horario y la falta de justificación de su denegación por parte de la empresa conlleva la pertinente indemnización de daños y perjuicios al haberse vulnerado un derecho fundamental dada la vinculación de los derechos de conciliación con la prohibición de discriminación sexista y el derecho a la intimidad familiar (arts. 14 y 18 CE).

VII. Parte dispositiva

El Tribunal Superior de Justicia desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa Sanatorio Quirúrgico Modelo SL contra la Sentencia dictada por el Juzgado núm. 3 de La Coruña de 25 de noviembre de 2022, confirmando el reconocimiento del derecho a la concreción horaria en turno fijo de mañana de lunes a viernes solicitada por la actora y a la percepción de la cantidad de 3.500 euros como indemnización del daño moral soportado ante la negativa empresarial.

VIII. Pasajes decisivos

El Tribunal Superior de Justicia realiza un razonamiento anclado en los siguientes extremos:

En primer lugar, rechaza la revisión de hechos probados formulado por la parte recurrente a fin de que se haga constar no solo la existencia de negociación sino el ofrecimiento de las concreciones horarias alternativas. Entiende el Tribunal que dicha revisión no procede, pues el recurso de suplicación tiene carácter extraordinario. No se trata de una apelación que permita examinar nuevamente toda la prueba obrante en autos, por lo que sólo permite excepcionalmente fiscalizar la labor probatoria llevada a cabo por el magistrado de instancia, y que a tales efectos sólo son invocables documentos y pericias en tanto que tales pruebas, documentos y pericias, evidencien por sí mismos el error sufrido en la instancia. Por ello, el órgano judicial aclara que “a los efectos modificativos del relato de hechos siempre son rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente, hasta el punto de que precisamente se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un medio hábil revisorio y el mismo no acredita palmariamente el yerro valorativo del juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte”^[1]. Según el órgano de suplicación, “en el supuesto de autos, la revisión que propone la recurrente (existencia de negociación y ofrecimiento empresarial de medidas alternativas) no se trata de un hecho controvertido, otra cosa es lo que pretende la demandada recurrente en cuanto a las consecuencias que se deriven del mismo en orden a acreditar que permiten a la demandante la atención y cuidado del menor a su cargo, y que ha de ser analizada a través de la denuncia relativa a la infracción jurídica”.

En segundo término, el Tribunal considera cierto que el art. 34.8 ET no otorga un derecho de modificación unilateral a instancia de la persona trabajadora, sino un poder de negociación de buena fe; esto es, habilita a la persona trabajadora a plantear cambios con efecto útil para su interés de cuidar al menor, debiendo el empleador negociar de buena fe (con ofertas y contrapropuestas reales), de modo que, si este último no observa estas pautas, y no esgrime una razón organizativa suficiente, el art. 34.8 ET en relación al art. 139 LRJS, confiere una mejor posición a la mujer trabajadora titular de un derecho- expectativa a la adaptación razonable del art. 38.4 ET.

En tercer lugar, señala el Tribunal que “el legislador ha fijado dos condicionantes para un uso más flexible del derecho individual. Uno de legitimación procedimental: que medie un acto de voluntad empresarial, ya sea por acuerdo colectivo o contractual. Otro de legitimación sustantiva: que ese acuerdo, colectivo o singular, asegure un equilibrio concreto entre la razón de la trabajadora y la razón de la empresa, llamando a modulaciones más limitadas y ciertas para la empresa”. Bajo tales premisas, el órgano de suplicación considera que “la trabajadora tiene reconocido en nuestro ordenamiento laboral, el derecho a una modificación de su

régimen horario, como concreta manifestación de su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, con la única excepción de que ello resulte excesivamente gravoso para la organización de la empresa. De esta afirmación no cabe obtener como conclusión que los trabajadores tengan ahora reconocido un derecho a la modificación unilateral de su jornada de trabajo, sino que lo que se reconoce es un derecho a proponer, a falta de normativa convencional, la adaptación de su horario de trabajo, como concreta manifestación de su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Al empleador le incumbe por tanto acreditar las razones de tipo organizativo (o/y económico) por las cuales se opone a la propuesta del titular de este derecho, realizando en su caso, alternativas a esta propuesta”. Descendiendo al caso concreto, no consta, a juicio del Tribunal, que la empresa realizara ningún ofrecimiento condicionando la posibilidad de trabajar en turno de mañana a la extensión de la actividad laboral a los fines de semana. Tampoco consta la justificación empresarial de esta opción, pues la trabajadora no ha trabajado ningún fin de semana desde que solicitó la reducción de jornada en el año 2020.

En cuarto lugar, al entrar en colisión los derechos de ambas partes, entiende el Tribunal que, de un lado, es la trabajadora quien debe probar las razones que legitiman su posición y su interés en su nuevo horario, pero no cabe trasladar el coste de cuidado de un menor a la mujer, negando o dificultando la legítima aspiración de la madre trabajadora, que sólo quedaría preterida si concurriera abuso de derecho o mala fe. De otro lado, es al empresario al que incumbe demostrar que confluyen razones poderosas que hacen inviable la pretensión de la trabajadora para conciliar su vida laboral y familiar, más allá de una mera dificultad de adaptar los cuadrantes horarios del personal y de reorganización de los turnos de trabajo. En suma, debe prevalecer “el interés del menor, el mejor derecho de la trabajadora a conciliar su vida laboral y familiar y la protección de los valores familiares teniendo en cuenta la finalidad perseguida por el art. 37 ET”, argumentación que ahora se extiende también al art. 34.8 ET.

En fin, se ratifica el reconocimiento del derecho a la indemnización por daños y perjuicios reconocida en el pronunciamiento de instancia por vulneración de un derecho fundamental, pues, “desde una perspectiva constitucional, los derechos de conciliación son derechos fundamentales dada su vinculación con la prohibición de discriminación sexista y con el derecho a la intimidad familiar”^[2]. Ello no quiere decir que se trate de derechos absolutos, pero sí que sus limitaciones en función del interés empresarial solo son admisibles en atención a un triple test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Por tal razón, el reconocimiento del derecho a la concreción horaria y la existencia de vulneración de un derecho fundamental al no haber justificado su denegación, determina la confirmación de la indemnización impuesta, cuya naturaleza jurídica no solo radica en una función resarcitoria (la utópica *restitutio in integrum*) sino también en la de prevención general^[3], debiendo ponderar, como se ha hecho, los intereses y derechos en conflicto y las circunstancias concurrentes.

IX. Comentario

La posición de la doctrina judicial mayoritaria en España venía distinguiendo entre dos situaciones distintas: de un lado, el supuesto de reducción de jornada ex art. 37.6 ET en el que, a la par, se solicitaba la adscripción a un turno a través de lo dispuesto por el art. 37.7 ET, donde con mayor frecuencia se concedía tal posibilidad; de otro, cuando los trabajadores pedían acceder a un turno fijo pero sin reducción de jornada, donde mayoritariamente se rechazaba la pretensión. Como novedad, el art. 34.8 ET atribuye no sólo al convenio colectivo o al acuerdo con el empresario la posibilidad de acceder a un turno fijo, sino también, al propio órgano judicial del orden social que, ponderando las circunstancias del caso desde la perspectiva de la razonabilidad objetiva, podría conceder el derecho siempre y cuando no hubiera una dificultad organizativa relevante para la empresa.

En efecto, el art. 34.8 ET reconoce el derecho de las personas trabajadoras a solicitar una adaptación o concreción del tiempo de trabajo por razones de conciliación de la vida laboral y familiar, pero de su tenor se infiere que no basta la mera conveniencia conciliatoria, ni existe obligación empresarial de aceptar la propuesta (que, además, debe ser proporcionada), sólo de negociarla individualmente de buena fe, alejado de cualquier ánimo caprichoso o abusivo, debiendo plantear una oferta alternativa que posibilite, de forma razonable, las pretensiones de conciliación o justificar suficientemente por escrito la negativa fundada en la necesidad de llevar a cabo un esfuerzo empresarial especialmente gravoso. Ahora bien, la sentencia objeto de comentario introduce una conclusión adicional, pues considera que, al entrar en colisión ambos derechos, no cabe trasladar el coste de cuidado de un menor a la mujer, negando o dificultando la legítima aspiración de la madre trabajadora, que sólo podría quedar preterida si concurriera abuso de derecho o mala fe por su parte, debiendo prevalecer “el interés del menor, el mejor derecho de la trabajadora a conciliar su vida laboral y familiar y la protección de los valores familiares”.

Como señala el precepto estatutario mencionado, las discrepancias entre la persona trabajadora y la empresa en cuanto a la adaptación del tiempo (y lugar) de trabajo debe ser resuelta por el órgano judicial que ventile a posteriori el asunto a través del cauce habilitado por el art. 139 LRJS, que exige realizar un juicio de proporcionalidad doble, relativo a la necesidad, idoneidad y razonabilidad, tanto de la petición como de la denegación con el fin de alcanzar un justo equilibrio entre ambas argumentaciones considerando in casu las circunstancias concurrentes y buscando la equidistancia entre posiciones o intereses. En el marco de este razonamiento, surge la duda de si el juez debe realizar un escrutinio sobre la vida personal y familiar de la persona que reclama el derecho, junto a una consideración de razones organizativas empresariales, o si únicamente debe atender a la razonabilidad objetiva de la propuesta formulada por la persona trabajadora, siempre y cuando no hubiera una dificultad organizativa relevante o especialmente grave para la empresa.

Este interrogante ha suelto resuelto por la sentencia objeto de comentario apostando por la segunda variable. La remisión al procedimiento establecido en el art. 139 LRJS refuerza la posición de la persona trabajadora ante una denegación empresarial de lo solicitado, pues, a la postre, va a suponer el reconocimiento del derecho por una vía indirecta: judicial y no legal, acompañada de la posible acumulación en la demanda de una acción por daños y perjuicios causados derivados de la negativa de la empresa a la medida adaptativa o de la demora en la efectividad de tal medida, integrando las garantías propias de los derechos fundamentales a tal proceso cuando se invoque la vulneración de un derecho de tal naturaleza asociado a la conciliación de la vida laboral y familiar, lo cual habilitará, además, la posibilidad de recurrir en suplicación la sentencia de instancia, en principio vetada en esta modalidad procesal.

Es más, la indemnización comprende el resarcimiento de los daños patrimoniales o materiales sufridos, entendidos como aquellos que hayan repercutido de forma clara en la esfera económica de la persona trabajadora tanto por lo que hace al daño emergente (gastos asumidos para contratar servicios de cuidados derivados de actividades extraescolares, servicios domésticos, centros de día, residencias, etc.) como por lo que afecta al lucro cesante (salarios dejados de percibir por ejercer otros derechos que implican mermas retributivas como una reducción de jornada o una excedencia). También incluye los daños morales anudados al posible atentado al derecho a la no discriminación, pudiendo mencionar alguna resolución judicial, como sucede en el caso aquí analizado, que reconoce una suerte de automatismo entre la estimación de la pretensión conciliadora y la concesión de una cuantía indemnizatoria por daño moral^[4], mientras otros pronunciamientos niegan expresamente tal consecuencia automática, exigiendo aportar indicios de un móvil discriminatorio como puede ser la propia contestación del empresario, la negativa inmotivada o el apoyo en razones absolutamente caprichosas^[5], sin que en ningún caso sea necesario, empero, incorporar una prueba plena, no en vano los tribunales suelen acudir para la cuantificación a la aplicación analógica de lo previsto en el Real Decreto Legislativo

5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social, sin perjuicio de que para modular el montante exacto puedan tomarse, asimismo, en consideración otras circunstancias tales como la mayor o menor falta de buena fe por la empresa o la viabilidad económica de la organización productiva. Sea como fuere, el empresario únicamente podrá exonerarse de la indemnización “si hubiera dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador”, previsión que opera a modo de medida cautelar que puede autoimponerse el empleador a los efectos de evitar futuras responsabilidades, de suerte que si finalmente se entiende por el órgano judicial que la pretensión conciliadora no resultaba pertinente el titular de la organización productiva podrá levantar su aplicación provisional, sin que quepa entender que ello supuso un reconocimiento de una condición más beneficiosa.

X. Apunte final

La exigencia de razonabilidad en las posiciones tanto de la persona trabajadora como de la empresa y el hecho de que esta última sólo pueda articular su posición negociadora con la primera en base a la existencia de razones organizativas o productivas siempre y cuando la negativa a la adaptación solicitada se fundamente en motivos objetivos justificados en un daño relevante, excesivo o especialmente gravoso a su capacidad de organización de la actividad productiva, van a tener consecuencias positivas sobre la posibilidad de modulación del tiempo de trabajo a instancias de la persona trabajadora, especialmente cuando a ello se une el reconocimiento de la dimensión constitucional de la conciliación y su impacto desproporcionado de género, sin olvidar el principio del interés superior del menor. Se apuesta, a la postre –adelantando los términos del nuevo art. 34.8 ET, tras su modificación por el Real Decreto Ley 5/2023--, por una especie de presunción de la necesidad adaptativa invocada en la solicitud en los casos en que la empresa no oponga razones organizativas de peso.

Sin duda, el impulso de la Directiva 2019/1158, de 20 de junio, que no sólo aboga por el reparto equilibrado de las responsabilidades familiares y laborales, adoptando una perspectiva individualizada para lograr una distribución ecuánime de la titularidad de los derechos, sino que establece la obligación de que los Estados miembros configuren mecanismos para que no sufran perjuicio alguno ni trato discriminatorio las personas que ejerzan sus derechos de conciliación, junto con su traslación al ordenamiento español a través del Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio, ayudarán a que vaya calando en la conciencia social una idea esencial: si se quiere revertir una curva de natalidad verdaderamente desastrosa, será menester abogar para que la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, no sea una quimera, sino algo que pueda llegar a materializarse en la práctica cotidiana.

Referencias:

1. ^ *Citando las SSTSJ Galicia 9 abril 2018 (rec. 663/18), 20 marzo 2018 (rec. 4626/17). 8 febrero 2018 (rec. 4425/17), 26 enero 2018 (rec. 4648/17), 21 febrero 2018 (rec. 5195/17), 18 enero 2018 (rec. 4612/17), 20 febrero 2018 (rec. 2870/17), entre otras.*
2. ^ *STSJ Galicia 17 abril 2020 (JUR 2020/156379).*
3. ^ *SSTS 26 abril 2016 (rec. 113/2015) y 24 enero 2019 (re. 196/2017)*
4. ^ *SSTSJ, Social, Canarias 12 marzo 2019 (rec. 19/2019) y Galicia 12 septiembre 2019 (núm. 251/2019) y 30 diciembre 2019 (rec. 4836/2019).*
5. ^ *SSTSJ, Social, Cantabria 1 julio 2019 (rec. 439/2019), Navarra 23 mayo 2019 (rec. 166/2019) y Madrid 31 octubre 2019 (rec. 491/2019).*

§ 88 ¿La reducción de jornada por guarda legal lleva aparejada la disminución proporcional de los complementos salariales de turnicidad y de exceso de tiempo de relevo?

María Areta Martínez

Secretaria de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

Resumen: El artículo 37.6.párrafo 1º del ET dispone que la reducción de jornada por guarda legal lleva aparejada “la disminución proporcional del salario”, pero ¿qué se entiende por “disminución proporcional del salario”? ¿todos los conceptos que figuran en nómina aminoran su cuantía en la misma proporción que la jornada? La STSJ de Cantabria-SOC núm. 373/2023, de 19 de mayo, confirma que la trabajadora con reducción de jornada ha de percibir el 100 % de los complementos salariales de turnicidad y de exceso de tiempo de relevo; dicho de otro modo: la reducción de jornada por guarda legal no comporta la disminución de los referidos complementos salariales, cuya cuantía se mantiene íntegra.

Palabras clave: Conciliación de la vida familiar y laboral. Reducción de jornada por guarda legal. Disminución proporcional del salario. Finalidad de los complementos salariales de turnicidad y de exceso de tiempo de relevo. Interpretación de la norma convencional con perspectiva de género.

Abstract: En Espagne, le paragraphe 6 de l'article 37 du Statut des Travailleurs (ET, 2015) reconnaît le droit des travailleurs comme des travailleuses à la réduction du temps de travail pour la garde d'un enfant âgé de moins de 12 ans. Cette réduction du temps de travail implique que la rémunération soit réduite dans la même proportion. La chambre sociale du Tribunal Supérieur de Justice de Cantabrie précise que la réduction du temps de travail n'entraîne pas une réduction parallèle de tous les primes qui figurent sur le bulletin de paie, mais seulement des primes liées à la durée du travail. La réduction du temps de travail n'entraîne pas la réduction de la prime relatif au travail par roulement.

Keywords: Conciliation entre vie professionnelle et vie familiale. Réduction du temps de travail pour la garde d'un enfant et réduction parallèle de la remuneration. Prime relatif au travail par roulement. Interprétation juridique avec perspective de genre.

I. Introducción

Las páginas que siguen a continuación tienen por objeto comentar los Antecedentes de Hecho, los Fundamentos de Derecho y el Fallo de la STSJ de Cantabria-SOC núm. 373/2023, de 19 de mayo, que resuelve el recurso de suplicación núm. 244/2023 (ECLI:ES:TSJCANT:2023:520) interpuesto contra la sentencia del JS

núm. 6 de Santander, de 1 de diciembre de 2022 (procedimiento núm. 698/2021), sobre reclamación de cantidad.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del TSJ de Cantabria.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 373/2023, de 19 de mayo.

Tipo y número de recurso: recurso de suplicación núm. 244/2023.

ECLI:ES:TSJCANT:2023:520

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilma. Sra. Dña. María de las Mercedes Sancha Saiz.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión de fondo consiste en determinar si la reducción de jornada por guarda legal del artículo 37.6.párrafo 1º del ET lleva aparejada la disminución proporcional de los complementos salariales de turnicidad y de exceso de tiempo de relevo recogido en el convenio colectivo aplicable. En definitiva, se trata de dilucidar cómo se articula la disminución salarial cuando se ejerce el derecho a la reducción de jornada por guarda legal.

Los hechos declarados probados por la sentencia del JS e inalterados en suplicación han seguido el *iter* cronológico señalado a continuación:

Desde el **12 de junio de 2006**, la trabajadora viene prestando servicios por cuenta ajena con la categoría de oficial cualificado nivel 10, percibiendo el correspondiente salario previsto en el XIV Convenio Colectivo de Repsol Química (2017-2019) (Código convenio núm. 90004411011987), que resulta aplicable en la empresa ahora demanda por adhesión de la Comisión Negociadora.

El **18 de junio de 2020**, la trabajadora se reincorpora a la empresa tras su baja por nacimiento y cuidado de menor.

Durante el tiempo de lactancia, **en los meses de junio a septiembre de 2020**, la trabajadora es destinada a otro centro de trabajo, dejando de percibir el complemento salarial de nocturnidad. La trabajadora solicita el abono de dicho complemento a la empresa y esta, previo requerimiento de la ITSS, procede al pago de lo adeudado por importe de 557,28 euros.

Desde el **19 de septiembre de 2020**, la trabajadora disfruta de una reducción de jornada por guarda legal del 50 %, habiendo visto minorada la cuantía de los complementos salariales de turnicidad y de exceso de tiempo de relevo en igual proporción.

A fecha **30 de septiembre de 2022**, la empresa no ha abonado a la trabajadora la cantidad de 3.665,68 euros por los siguientes conceptos:

- Complemento salarial de turnicidad: 2.878,01 euros, que resultan de la suma siguiente: 54,89 euros de septiembre de 2020 + 2.823,12 euros de octubre de 2020 a septiembre de 2022, a razón de 117,63 euros al mes.
- Complemento salarial de exceso de tiempo de relevo: 787,67 euros, que resultan de la suma siguiente: 16,07 euros de septiembre de 2020 + 771,60 euros de octubre de 2020 a septiembre de 2022, a razón de 32,15 euros al mes.

Celebrado el acto de conciliación extrajudicial con resultado de “sin avenencia”, la trabajadora interpone demanda frente a la empresa, reclamando las cantidades siguientes:

- 3.665,68 euros en concepto de complemento de turnicidad (2.878,01 euros) y complemento de exceso de tiempo de relevo (787,67 euros).
- 6.251,00 euros en concepto de indemnización por daño moral derivado de la vulneración del derecho de igualdad, por la supresión del complemento de nocturnidad, que la empresa finalmente abona tras el requerimiento de la ITSS.

El 1 de diciembre de 2022, el JS núm. 6 de Santander dicta sentencia en la que estima parcialmente la demanda, condenando a la empresa a abonar a la trabajadora las siguientes cantidades:

- 3.665,68 euros en concepto de complementos salariales de turnicidad (2.878,01 euros) y exceso de tiempo de relevo (787,67 euros). Esta cantidad devengará un 10 % de interés de demora.
- 3.000,00 euros en concepto de indemnización por daño moral. Esta cantidad devengará el interés legal del dinero.

La empresa demandada anuncia y posteriormente interpone recurso de suplicación frente a la sentencia del JS núm. 6 de Santander, de 1 de diciembre de 2022 (procedimiento núm. 698/2021). La STSJ de Cantabria-SOC núm. 373/2023, de 19 de mayo, que ahora se comenta, viene a resolver dicho recurso.

IV. Posiciones de las partes

1. La parte recurrente (empresa)

La empresa condenada en la instancia recurre en suplicación la sentencia del JS núm. 6 de Santander, de 1 de diciembre de 2022 (procedimiento núm. 698/2021), articulando dos motivos **destinados a examinar la infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia, ex artículo 193.c) de la LRJS**. La empresa invoca las siguientes infracciones normativas por parte de la sentencia del JS recurrida:

- Se denuncia la infracción de los artículos 35 y 43.2, apartados 1 y 2, del XIV Convenio Colectivo de Repsol Química (Código convenio núm. 90004411011987), en relación con los artículos 26 y 37.6 del ET.
- Se denuncia la infracción de la jurisprudencia que desarrolla el principio *pro rata temporis*.

La empresa sostiene que durante el periodo de reducción de jornada por guarda legal, la trabajadora no tiene derecho a percibir la cuantía íntegra de los complementos de turnicidad y de exceso de tiempo de relevo, sino la cuantía reducida de manera proporcional a la jornada realizada. La empresa considera que debe prevalecer el principio general de proporcionalidad (*pro rata temporis*) y el salario ha de guardar la necesaria correspondencia con la duración de la jornada, de modo que la cuantía de los complementos debe reducirse en la misma proporción que la jornada es decir, un 50 % (Fundamento de Derecho Segundo.1).

2. La parte recurrida (trabajadora con jornada reducida por cuidado de hijo)

La trabajadora demandante impugna el recurso de suplicación interpuesto por la empresa, solicitando su desestimación (Fundamento de Derecho Primero.4).

V. Normativa aplicable al caso

La STSJ de Cantabria-SOC núm. 373/2023, de 19 de mayo, fundamenta el Fallo en la normativa y jurisprudencia señaladas a continuación:

Normativa vigente aplicable al caso:

- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) (BOE núm. 255, de 24 octubre 2015). El artículo 37.6.párrafo 1º del ET dispone que *Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella.*
- XIX Convenio Colectivo de Repsol Química, SA (Código de convenio núm. 90004411011987) (BOE núm. 150, de 30 junio 2018):

- El artículo 35.1 del Convenio Colectivo incluye, entre los complementos de puesto de trabajo, el de turnicidad-relevos, que se abonará al *personal en régimen de trabajo a turnos como compensación por el tiempo empleado en el relevo y en su aseo personal, así como por el hecho de trabajar a turnos.*

- El artículo 43.2.1.a) del Convenio Colectivo regula la reducción de jornada por motivos familiares, señalando que:

Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de jornada de trabajo conforme a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella.

Se amplía el derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijos hasta que el menor cumpla la edad de catorce años.

En el caso de los empleados que trabajen en régimen de turnos, la ampliación desde los doce a los catorce años del menor estará condicionada a su acumulación desde el inicio de la reducción en los términos establecidos en el Protocolo de reducción de jornada para personal en régimen de 2/3 turnos de lunes a domingo en el Grupo Repsol, salvo que a juicio de la Compañía la acumulación no sea posible, debido a las dificultades organizativas que por las especiales características del régimen de trabajo implica la organización del trabajo. Los empleados en régimen de turnos que estuvieran en situación de reducción de jornada por esta causa a la entrada en vigor de este apartado, tendrán derecho a esta ampliación siempre que a dicha fecha ya vengán acumulando o soliciten la acumulación dentro de los treinta días siguientes a su entrada en vigor, y mantengan la misma hasta su finalización.

En el supuesto de que el trabajador, hombre o mujer, se encuentre disfrutando de permiso de lactancia, podrá acumular la reducción de jornada de una hora de lactancia (retribuida) a la reducción de jornada aquí regulada

Jurisprudencia aplicable al caso: la STSJ de Cantabria-SOC núm. 373/2023, que ahora se comenta, fundamenta el fallo en la STS-SOC núm. 645/2021, de 23 de junio (RCO núm. 161/2019. ECLI:ES:TS:2021:2615), pero resulta que esta no aborda la cuestión que ahora se plantea, sino otra distinta, que es el abono de los pluses de idiomas, nocturnidad y por festivos y domingos a las personas trabajadoras que disfrutan de permisos retribuidos. Tal vez, la STSJ de Cantabria-SOC núm. 373/2023 quiso hacer referencia a la STS-SOC núm. 795/2022, de 4 de octubre (RCUD núm. 574/2019. ECLI:ES:TS:2022:3548), según la cual, no procede la disminución

proporcional del complemento de asistencia y puntualidad al personal con jornada reducida por guarda legal.

Aun no siendo de aplicación por razones temporales, la Sala de lo Social del TSJ de Cantabria invoca el artículo 10.1 de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, cuyo tenor literal es el siguiente: *Los derechos adquiridos, o en proceso de ser adquiridos, por los trabajadores a la fecha en que se inicie alguno de los permisos contemplados en los artículos 4, 5 y 6 o el tiempo de ausencia del trabajo previsto en el artículo 7, se mantendrán hasta que finalice el permiso o el tiempo de ausencia en cuestión. Al finalizar dicho permiso o tiempo de ausencia del trabajo se aplicarán tales derechos, incluidos eventuales cambios derivados de la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales.*

VI. Doctrina básica

La Sala de lo Social del TSJ de Cantabria, siguiendo la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Social del TS, dictamina:

- La reducción de jornada por guarda legal lleva aparejada la disminución proporcional del salario, ex artículo 37.6.párrafo 1º del ET.
- En caso de reducción de jornada por guarda legal, la disminución proporcional del salario (regla de proporcionalidad) no alcanza a todos los complementos salariales, sino únicamente a aquellos que son susceptibles de medición en relación con la duración de la jornada; dicho de otro modo: la disminución salarial alcanza únicamente a los complementos salariales cuya cuantía se vincula a la duración de la jornada.
- La reducción de jornada por guarda legal no lleva aparejada la disminución proporcional de los complementos salariales de turnicidad y de exceso de tiempo de relevo del artículo 35.1 del XIV Convenio Colectivo de Repsol Química, porque no son susceptibles de medición. La disminución de dichos complementos solo estaría justificada si la reducción de jornada supusiera: 1) un menor tiempo en el relevo; es decir, un menor tiempo de permanencia en el puesto de trabajo hasta la llegada del trabajador del turno siguiente; o 2) un menor tiempo en el aseo personal a la salida del turno. Sin embargo, el tiempo empleado en el relevo de turno y en el aseo personal tras el turno es el mismo antes y después de la reducción de jornada, de ahí que la cuantía de los correspondientes complementos salariales no disminuye en caso de reducción de jornada por guarda legal.

La Sala de lo Social del TSJ de Cantabria mantiene la doctrina recogida en sentencias precedentes referidas al mismo tema y en relación con la misma empresa:

- STSJ de Cantabria-SOC núm. 370/2020, de 14 de mayo (Recurso de suplicación núm. 198/2020. ECLI:ES:TSJCANT:2020:368).
- STSJ de Cantabria-SOC núm. 536/2021, de 14 de julio (Recurso de suplicación núm. 461/2021. ECLI:ES:TSJCANT:2021:474).
- STSJ de Cantabria-SOC núm. 663/2021, de 15 de octubre (Recurso de suplicación núm. 597/2021. ECLI:ES:TSJCANT:2021:694).

VII. Parte dispositiva

La STSJ de Cantabria-SOC núm. 373/2023, de 19 de mayo, ha decidido:

- **Primero.** Desestimar el recurso de suplicación núm. 244/2023, interpuesto por la empresa contra la sentencia del JS núm. 6 de Santander, de 1 de diciembre de 2022 (procedimiento núm. 698/2021).

- **Segundo.** Confirmar íntegramente la sentencia del JS núm. 6 de Santander, de 1 de diciembre de 2022 (procedimiento núm. 698/2021), dictada en materia de reclamación de cantidad.
- **Tercero.** Se condena a la empresa recurrente al pago de las costas procesales, ex artículo 235.1 de la LRJS.
- **Cuarto.** Se decreta la pérdida del depósito y de la consignación constituidos para recurrir, a los que se dará el destino legal que corresponda cuando la sentencia sea firme. Concretamente, el depósito se ingresará en el Tesoro Público (artículo 229.3 LRJS) y las cantidades consignadas serán destinadas al pago de lo adeudado en concepto de complementos salariales de turnicidad y de exceso de tiempo de relevo y en concepto de daños y perjuicios (artículo 204.1 LRJS).

VIII. Pasajes decisivos

La Sala de lo Social del TSJ de Cantabria reproduce el tenor literal que recoge en otras sentencias precedentes firmes, en las que indica que *el plus de turnicidad-relevos abona el exceso de tiempo empleado por los trabajadores en el aseo personal. Se trata de un plus que está ligado a la normativa de prevención de riesgos laborales, pero lo más relevante es que el tiempo empleado en tales laborales es el mismo independientemente de que el trabajo sea a tiempo completo o parcial, lo que hace inviable la pretensión de la empresa. Lo mismo ocurre con el plus del exceso en el tiempo de relevo, que retribuye el tiempo adicional que el trabajador permanece en su puesto de trabajo en tanto llega el siguiente turno. El tiempo de espera, que retribuye el complemento no es diferente en función del tiempo de contrato (a tiempo completo o parcial).*

La Sala de lo Social del TSJ de Cantabria dispone que, aun admitiendo que los complementos salariales controvertidos pudieran ser objeto de medición, *la reducción de sus respectivos importes, en atención a la jornada reducida por razón de guarda legal realizada, solo estaría justificada en el caso de que supusiera el empleo de un menor tiempo en el relevo, esto es, en el tiempo adicional de permanencia en el puesto de trabajo en tanto no llega el trabajador del siguiente turno; o en el tiempo empleado para el aseo personal a la salida del turno. Pero no cuando el tiempo sea el mismo que el que emplean los trabajadores a tiempo completo, que es lo que ocurre en el presente supuesto, pues, en caso contrario, se quebraría el principio de igualdad de trato entre unos y otros trabajadores sin causa que lo justifique.*

IX. Comentario

El art. 37.6 del ET dispone que la reducción de jornada por guarda legal lleva aparejada *la disminución proporcional del salario*. Del tenor literal del precepto estatutario cabe extraer dos ideas que parecen claras:

- **Primera idea. La reducción de jornada comporta la disminución del salario.** La reducción de jornada por guarda legal comporta la disminución del salario, no incidiendo en otros derechos laborales como, por ejemplo, en la duración de las vacaciones o de los permisos. Nótese que el convenio colectivo podría intervenir en el sector privado como norma más favorable, ex artículo 3.3 del ET, para reconocer la reducción de jornada sin disminución salarial, a modo de permiso retribuido.
- **Segunda idea. El salario se reduce en la misma proporción que la jornada.** El artículo 37.6 del ET precisa el *quantum*, es decir, cuánto ha de reducirse el salario, y para ello adopta la regla de proporcionalidad: el salario se reduce en la misma proporción que la jornada. En este sentido, si la jornada se reduce un 50 %, el salario disminuirá un 50 %.

Sabiendo que la reducción salarial ha de ser proporcional a la de la jornada, la cuestión pasa ahora por determinar si alcanza a todos los conceptos que figuran en nómina: salario base, complementos salariales, complementos extrasalariales, pagas extraordinarias, etc. La jurisprudencia y la doctrina judicial son claras al señalar que la disminución salarial tras la reducción de jornada por guarda legal no alcanza a todas las percepciones económicas que figuran en nómina. La doctrina judicial declara que, **el concepto salario no puede entenderse de forma genérica, sino que, a efectos de determinar la concreta disminución proporcional, ha de considerarse la concreta posibilidad de medición del concepto retributivo en cuestión**^[1]. La Sala de lo Social del TS, por su parte, dictamina que la reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiares no puede ocasionar a la persona trabajadora un perjuicio que exceda del propio que la ley contempla, y que no es otro que la *disminución proporcional del salario; disminución que afecta tanto al salario base como a los complementos salariales ligados a la duración de la jornada*^[2]. Por tanto, la reducción de jornada por guarda legal no disminuye la cuantía de: 1) los complementos extrasalariales ni 2) los complementos salariales que no están ligados a la duración de la jornada. Llegados a este punto, las cuestiones a resolver son tres:

- Primera cuestión: qué complementos son extrasalariales y, por tanto, mantienen su cuantía íntegra tras la reducción de jornada.
- Segunda cuestión: qué complementos salariales no están vinculados a la duración de la jornada y, por tanto, mantienen su cuantía íntegra tras la reducción de jornada.
- Tercera cuestión: qué complementos salariales están vinculados a la duración de la jornada y, por tanto, disminuyen su cuantía en la misma proporción que la jornada.

Los ejemplos siguientes pueden ayudar a clarificar la respuesta a las tres preguntas:

Ejemplo para responder a la primera cuestión: la reducción de jornada por guarda legal no lleva aparejada la disminución (proporcional) del plus extrasalarial de distancia, que ha de percibirse íntegramente. La SAN-SOC núm. 28/2023, de 28 de febrero (ECLI:ES:AN:2023:1023), señala que el personal con jornada reducida por guarda legal tiene derecho a percibir los complementos extrasalariales, como es el de distancia, en su cuantía íntegra. La Sala emplea dos argumentos principalmente:

- Primer argumento: la referencia del artículo 37.6 del ET a la “disminución proporcional del salario” va referida a los conceptos salariales que pueden ser medidos en función de unidades de tiempo trabajado, pero no a conceptos extrasalariales, como es el complemento de distancia.
- Segundo argumento: el artículo 37 del Convenio Colectivo de la empresa Paradores de Turismo de España (Código convenio núm. 90103341012019), que regula el complemento salarial de distancia ahora cuestionado, dispone que su cuantía *no podrá ser superior al 25 por 100 del salario base de cada categoría en las tablas salariales mensuales de este Convenio*. La AN considera que, si bien es cierto que el salario base se reduce en la misma proporción que la jornada, ello no afecta al cálculo del complemento extrasalarial de distancia. La Sala argumenta que para calcular el importe del plus de distancia del personal con jornada reducida por guarda legal no se ha de tomar el salario base minorado, sino el salario base de la categoría profesional (no minorado) que figura en las tablas salariales del Convenio Colectivo.

Ejemplo para responder a la segunda cuestión: la reducción de jornada por guarda legal no lleva aparejada la disminución (proporcional) del complemento salarial

de asistencia y puntualidad, que ha de percibirse íntegramente. La STS-SOC núm. 795/2022, de 4 de octubre (RCUD núm. 574/2019. ECLI:ES:TS:2022:3548), y la SAN-SOC núm. 90/2023, de 10 de julio (ECLI:ES:AN:2023:4061), emplean dos argumentos:

- Primer argumento: el complemento de asistencia y puntualidad no depende del tiempo de trabajo ni de la mayor o menor jornada realizada, sino que se reconoce cuando la persona trabajadora no falta al trabajo y no llega tarde ni sale antes de la hora establecida. Como el complemento salarial de asistencia y puntualidad no depende del número de horas de trabajo realizadas, no tiene sentido reducir su cuantía cuando la persona trabajadora reduce su jornada por guarda legal. En el fondo, en la argumentación del TS y de la AN subyace el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de la duración de la jornada. Este principio encuentra su fundamento legal en el artículo 12.4.d) del ET, que transpone al Derecho interno español la Cláusula 4.1 del Acuerdo Marco sobre trabajo a tiempo parcial incorporado en el anexo de la Directiva 97/81/CE. Aunque dicho principio está configurado legalmente para garantizar la igualdad de trato y no discriminación de trabajadores con jornada a tiempo parcial, no parece que haya inconveniente en extenderlo a trabajadores con jornada reducida. Así, los trabajadores con jornada a tiempo parcial, y también aquellos con jornada reducida, tienen los mismos derechos que los trabajadores con jornada tiempo completo; y los complementos salariales previstos en normas legales, reglamentarias y convencionales se calcularán de manera proporcional al tiempo trabajado solo cuando así corresponda en atención a su naturaleza (principio *pro rata temporis*). En definitiva, habrá atender a la finalidad de cada complemento salarial para determinar si procede reducir su cuantía en la misma proporción que la jornada, y ello exige determinar previamente si es medible en función de la duración de la jornada.
- Segundo argumento: en caso de que sea una trabajadora quien reduce su jornada por guarda legal, el TS, en cumplimiento del mandato legal del artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, refuerza su argumentación interpretando con perspectiva de género la cláusula convencional que regula el complemento de asistencia y puntualidad. Los jueces y tribunales interpretarán la cláusula convencional con perspectiva de género cuando concurren dos requisitos: 1º) quien ejerce el derecho a la reducción de jornada es una trabajadora; y 2) la práctica muestre que las trabajadoras son las que mayoritariamente ejercen el derecho a la reducción de jornada por guarda legal. La STC núm. 153/2021 (ECLI:ES:TC:2021:152) señala que, según datos del INE (“Encuesta de población activa. Módulo sobre conciliación entre la vida laboral y la familiar”), en 2018 *se acogieron a la reducción de jornada por guarda legal el 1,10 por 100 de las mujeres trabajadoras (146.300 trabajadoras, en términos absolutos), frente al 0,5 por 100 de los hombres trabajadores (68.900 trabajadores); en definitiva, más del doble de mujeres que de hombres*. Aunque se han producido avances sociales importantes, las normas laborales sobre conciliación de la vida familiar y laboral deberán seguir siendo interpretadas con perspectiva de género, por mandato del artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, hasta que se alcance un reparto equilibrado entre hombres y mujeres (corresponsabilidad) de las tareas de cuidado familiar que coadyuve a la consideración de la igualdad real y efectiva en el ámbito laboral.

Los mismos argumentos o similares se han empleado para declarar que la reducción de jornada por guarda legal no comporta la disminución (proporcional) de otros complementos salariales que, al igual que el de asistencia y puntualidad, tampoco se vinculan a la duración de la jornada. Tal es el caso del complemento salarial de turnicidad-relevos regulado en el artículo 35.1 del Convenio Colectivo de la empresa Repsol Química, SA. Así lo ha declarado la Sala de lo Social del TSJ de Cantabria en la sentencia núm. 373/2023, que ahora se comenta, y en otras anteriores (sentencias núms. 370/2020 y 536/2021).

Ejemplo para responder a la tercera cuestión: la reducción de jornada por guarda legal lleva aparejada la disminución proporcional del complemento salarial de productividad. La STS-SOC núm. 623/2019, de 11 de septiembre (RCO núm. 59/2018. ECLI:ES:TS:2019:3021), señala que, a efectos del complemento de productividad regulado en el artículo 142 del II Convenio Colectivo entre la Entidad Pública Empresarial ENAIRE y el colectivo de controladores de tránsito aéreo (Código convenio núm. 90100022032011), la masa salarial a repartir disminuye en la misma proporción que lo hace la jornada. El TS argumenta que el cálculo real de la masa salarial que se toma para calcular el complemento de productividad debe realizarse en atención al binomio jornada/salario, de modo que el personal que en el año correspondiente ha tenido una jornada menor por haber disfrutado de reducción de jornada por guarda legal aportará *al conjunto de la masa salarial los conceptos que integran la misma realmente percibidos en atención a las características propias de su jornada realizada, pues esta fórmula es la única que puede permitir respetar el mantenimiento del binomio jornada/salarios*.

X. Apunte final: vías procesales habilitadas para hacer valer las pretensiones sobre reducción de jornada por guarda legal

Desde el punto de vista del Derecho procesal laboral conviene destacar, a modo de apunte final, que no existe una vía procesal única para articular toda pretensión referida a la reducción de jornada por guarda legal del art. 37.6.párrafo 1º del ET. Las principales cuestiones prácticas que vienen planteándose en la práctica son dos; a saber: 1) la concreción horaria tras la reducción de jornada y 2) la disminución salarial que lleva aparejada la reducción de jornada. Según cuál sea la pretensión, la vía procesal varía:

- **La reclamación sobre concreción horaria tras la reducción de jornada** se articula a través de la modalidad procesal de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del artículo 139 de la LRJS (artículo 37.7.párrafo 2º ET). Este procedimiento presenta una serie de rasgos diferenciales: 1) se exceptúa del intento de conciliación extrajudicial (artículo 64.1 LRJS); 2) los días del mes de agosto y los que median entre el 24 de diciembre y el 6 de enero del año siguiente, ambos inclusive, son hábiles (artículo 43.4 LRJS); 3) es urgente y de tramitación preferente [artículo 139.1.b) LRJS]; 4) en la demanda puede acumularse la acción de reclamación de daños y perjuicios causados a la persona trabajadora por la negativa del derecho a la concreción horaria o por la demora en su efectividad [artículo 139.1.a) LRJS]^[3]; 5) la demanda se tramitará igualmente por la vía del artículo 139 de la LRJS cuando se acumule acción de tutela de derechos fundamentales acompañada de una reclamación de daños y perjuicios por tal vulneración (artículos 26.2 y 184 LRJS)^[4]; 6) no cabe recurso de reposición contra providencias, autos, diligencias de ordenación y decretos que se dicten en el procedimiento (artículo 186.4 LRJS); y 7) no cabe recurso de suplicación contra la sentencia de instancia, salvo que en la demanda se hubiera acumulado la acción de reclamación de daños y perjuicios por importe superior a 3.000 euros [artículos 139.1.b) y 191.2.f) LRJS].

- **La reclamación de cantidad por diferencias salariales vinculadas a la reducción salarial en igual proporción que la jornada se articula normalmente por la vía del proceso de conflicto colectivo, si la reclamación es colectiva, o la vía del proceso ordinario, si la reclamación es individual (plural).** La STSJ de Cantabria-SOC núm. 373/2023, que ahora se comenta, aborda la reclamación individual de cantidades vinculadas a la reducción de jornada. Dicha reclamación se ha planteado por la vía del proceso ordinario, que presenta diferencias sustanciales respecto al proceso de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del artículo 139 de la LRJS; algunas son las siguientes 1) no se exceptúa del intento de conciliación extrajudicial (artículo 64.1 LRJS); 2) los días del mes de agosto y los que median entre el 24 de diciembre y el 6 de enero del año siguiente, ambos inclusive, no son hábiles (artículo 43.4 LRJS); 3) no es urgente ni de tramitación preferente [artículo 139.1.b) LRJS]; 4) cabe recurso de reposición contra providencias, autos, diligencias de ordenación y decretos que se dicten en el procedimiento (artículo 186.4 LRJS); y 5) cabe recurso de suplicación contra la sentencia de instancia en los términos del artículo 191 y siguientes de la LRJS.

Referencias:

1. [^] *Por todas, vid., STSJ de Cantabria-SOC núm. 663/2021, de 15 de octubre (Recurso de suplicación núm. 597/2021. ECLI:ES:TSJCANT:2021:694); y STSJ de Cantabria-SOC núm. 373/2023, de 19 de mayo (Recurso de suplicación núm. 244/2023. ECLI:ES:TSJCANT:2023:520).*
2. [^] *Vid., STS-SOC núm. 623/2019, de 11 de septiembre (RCO núm. 59/2018. ECLI:ES:TS:2019:3021).*
3. [^] *Sobre reconocimiento de la indemnización de daños y perjuicios al denegar la empresa la concreción horaria en la reducción de jornada por guarda legal, vid., STS-SOC núm. 310/2023, de 26 de abril (RCUD núm. 1040/2020. ECLI:ES:TS:2023:2273); y STS-SOC núm. 427/2023, de 14 de junio (RCUD núm. 2599/2020. ECLI:ES:TS:2023:2729).*
4. [^] *La STS-SOC núm. 379/2023, de 25 de mayo (RCUD núm. 1602/2020. ECLI:ES:TS:2023:2433), concluye que la denegación que hace la empresa de la concreción horaria solicitada por la trabajadora con reducción de jornada por guarda legal alegando causas organizativas que no se han justificado no supone, en sí misma, una vulneración del derecho a la igualdad del art. 14 CE y, en consecuencia, no cabe abonar la indemnización de daños y perjuicios solicitada.*

§ 89 Puede modificarse el período de disfrute del subsidio por paternidad, una vez se ha solicitado y reconocido por el INSS: no hay disposición legal o reglamentaria que lo impida.

Inmaculada Ballester Pastor

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón.

Resumen: *El presente recurso de suplicación resuelve que una vez concedido el subsidio por paternidad al progenitor distinto de la madre por parte del INSS se pueden alterar las fechas de la suspensión del contrato de trabajo señaladas en la solicitud inicial porque no hay norma legal o reglamentaria que lo impida. Este pronunciamiento pondría freno a la práctica del INSS que obliga a que se señalen dos fechas inalterables de disfrute de la prestación en la solicitud.*

Palabras clave: *Prestación por nacimiento y cuidado de hijos. Paternidad. Maternidad. Período de disfrute. Subsidio.*

Abstract: *This appeal resolves that once the paternity allowance has been granted to the parent other than the mother by the INSS, the dates of the suspension of the employment contract indicated in the initial application can be altered because there is no legal or regulatory rule that does so prevent. This ruling could stop the INSS practice that requires two unalterable dates of benefit enjoyment to be indicated in the application.*

Keywords: *Benefit for birth and care of children. Paternity. Maternity. Period of enjoyment. Subsidy.*

I. Introducción

Maximino es beneficiario del subsidio por paternidad y la Entidad Gestora ha reconocido su derecho a percibir la prestación en las fechas señaladas en su solicitud. Maximino suspende su contrato durante las semanas inmediatamente posteriores al nacimiento de su hijo, se incorpora a su trabajo y posteriormente acuerda con su empresa seguir trabajando durante las fechas que había comunicado al INSS que iba a suspender su contrato. Por este motivo se devuelven al INSS las cantidades ya abonadas y, cuando, efectivamente, Maximino suspende su contrato por segunda vez y se solicita el resto del subsidio que se le debe, la Entidad gestora se lo deniega. El INSS entiende que, una vez se emite una Resolución de la concesión de la prestación de paternidad, los períodos solicitados y reconocidos son inalterables, salvo que puedan acreditarse circunstancias excepcionales. Tras interponer demanda, la Sentencia del Juzgado de lo Social da la razón al actor, concediéndole las cuantías reclamadas.

El actual recurso de suplicación se interpone por el INSS y es nuevamente desestimado, confirmándose la Sentencia de instancia y dando la razón al trabajador accionante, lo que significa que la Entidad Gestora debe abonar el subsidio atendiendo a la realidad de las fechas en las que se suspende el contrato de trabajo al que va anudado éste. La Sala entiende que, a la vista de los cambios que introduce el RDL 6/2019 en el art. 48.2º del Estatuto de los Trabajadores y en los arts. 177 y ss del TRLGSS, y efectuando una interpretación de la normativa con perspectiva de género, dado que la nueva regulación persigue la mejora de la conciliación y la corresponsabilidad y, para conseguirlo, se dota de mayor flexibilidad al sistema de suspensión del contrato y del subsidio, el actor tiene derecho al pago del resto del subsidio que la Entidad gestora no le ha abonado. De la lectura de la redacción actual de la Ley y del reglamento que desarrolla ésta -el RD 295/2009, una norma que debiera haberse actualizado al tenor de la Ley, redactada de nuevo, en 2019- no puede deducirse, como hace la Entidad gestora, que quede prohibido efectuar cambios en la fecha de la suspensión del contrato por paternidad.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 4873/2023, de 26 de julio.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de suplicación núm. 8192/2022.

ECLI:ES:TSJCAT:2023:7851

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Hugo Preciado Domènech.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Los hechos declarados probados

Los hechos, con algo más de concreción, son los siguientes: el actor pide al INSS el pago de la prestación de paternidad en dos períodos, el primero de ellos, desde la fecha de nacimiento de su hijo -el 15 de julio de 2019- y hasta el 28 de agosto de 2019, y el segundo período, desde el 2 de enero de 2020 al 12 de febrero de 2020; el INSS resuelve abonarle directamente dicha prestación durante dichos períodos.

Con fecha de 7 de febrero de 2020 el actor comunica al INSS que había convenido con su empresa -DEFCA- hacer un uso fraccionado de la baja por nacimiento y cuidado de hijo y que no había hecho uso del segundo período de enero de 2020; por ello, tras ver el ingreso del INSS del segundo período, el actor informa a la Entidad gestora que ese dinero queda a su disposición para ser reversado hasta que se produzca el trámite de un nuevo período de baja. El INSS indica, entonces, que debe devolver la cantidad correspondiente a dicho segundo período, y el actor así lo hace. Una vez que se suspende efectivamente el contrato por segunda vez, disfrute que tiene lugar efectivamente desde el 4 de mayo de 2020 al 14 de junio de 2020, se solicita al INSS el pago del subsidio correspondiente.

El 14 de enero de 2021, el INSS dicta Resolución desestimando la reclamación previa, determinando que el abono del segundo período de descanso no puede ser abonado al haberse agotado el período máximo de duración de la prestación. Señala exactamente el INSS que: *...(…) La normativa actual determina la necesidad de fijar de antemano los períodos de disfrute, por lo que se considera que los períodos de disfrute de la prestación, una vez solicitados y reconocidos por resolución, deben*

considerarse inalterables, salvo que pueda acreditarse la concurrencia de circunstancias excepcionales. (...).

El demandante interpone, entonces, Reclamación previa el 7 de febrero de 2021, manifestando que, por acuerdo entre empresa y trabajador, en el segundo período ya abonado por el INSS sí se había trabajado, y no se había tramitado la suspensión del contrato. De hecho, consta en el relato fáctico que en el certificado emitido por la empresa -Defca- de 5 de febrero de 2020 se indica que el actor estuvo en activo durante todo el mes de enero, sin faltar ningún día, recibiendo el salario pertinente según el contrato laboral, que se le facilitó certificado de empresa para poder solicitar la prestación correspondiente a los primeros 14 días y que, además de eso, se había llegado a un acuerdo con la empresa para disponer del resto de permiso de paternidad a partir del mes de abril de 2020, y la empresa no ha emitido ningún otro certificado de empresa al trabajador, requisito necesario para disfrutar de los sucesivos periodos de descanso.

El 30 de abril de 2020 es cuando se modifica la fecha del segundo período de la baja, comunicando la empresa que la nueva fecha sería del 4 de mayo de 2020, hasta el 14 de junio de 2020. La empresa notifica al INSS que el trabajador tiene un certificado erróneo, desde el 2 de enero de 2020 al 12 de febrero de 2020, un certificado que no se deja modificar, señalando que no se puede mecanizar el certificado correcto, de fecha de 4 de mayo de 2020, por lo que se solicita la eliminación del certificado de fecha de 2 de enero de 2020. Se aportan en la demanda y constan en los hechos declarados probados los emails intercambiados entre el actor y el INSS, así como la reclamación ante el Defensor del Pueblo y la solicitud de éste al INSS de la remisión del Expediente Administrativo.

2. La sentencia del juzgado de lo social de 30 de junio de 2022

Tras la interposición de la demanda, la Sentencia nº 241/2022, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Sabadell, de 30 de junio de 2022, estima la demanda interpuesta contra el INSS condenando a la Entidad Gestora a abonar al actor la cuantía de 2.467,76 euros por la prestación de nacimiento y cuidado de menor correspondiente al período entre el 4 de mayo de 2020 hasta el 14 de junio de 2020, con los efectos pertinentes.

3. El recurso de suplicación

El INSS, parte demandada, interpone el presente recurso de suplicación, habiendo sido impugnado el mismo por la representación procesal de la parte actora pidiendo su inadmisión, subsidiariamente su desestimación y la confirmación de la sentencia recurrida.

Antes de entrar en el recurso y, como cuestión previa planteada de oficio, se aborda la admisibilidad del recurso, a la vista del art. 191.2.g) LRJS, dado que la cuantía solicitada no excede de los 3.000 euros. A este respecto, resuelve la Sala señalando que esta pretensión consiste en el reconocimiento del derecho a que al actor se le reintegren los 2467,76 euros devueltos en su día al INSS por el período correspondiente al que realmente disfrutó de la compañía de su hijo, período que debiera ser remunerado mediante la prestación por nacimiento y cuidado de menor correspondiente al comprendido desde fecha 04/05/20 hasta 14/06/20. Estima la Sala que se trata de una petición de reconocimiento del derecho a un subsidio de Seguridad social, inicialmente reconocida y no disfrutada por petición del trabajador que pide se le reconozca en período distinto, a lo que el INSS no accede. Por tanto, conforme al art. 191.3.c) LGSS, nos hallamos ante un proceso que versa sobre reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de Seguridad Social, que termina por Sentencia frente a la que -en todo caso- cabe recurso.

Junto a ello, se deniega que pueda servir como cuestión de inadmisibilidad del recurso, conforme al art.196.3 LRJS, que el recurrente se limite a denunciar la infracción de normas, sin pretender una modificación de los hechos probados, señalando los documentos o pericias concretas que la sustenten, así como la

redacción alternativa de los hechos probados que se pretendan y se aclara que nada impide que el recurso de suplicación se formule exclusivamente en base al art.193. c) LRJS, para denunciar la infracción de normas sustantivas o jurisprudencia, si bien, en este caso, se ha de acudir para resolver la controversia a los hechos que figuran como declarados probados en la sentencia recurrida.

4. El objeto de la controversia

El objeto de la controversia en el recurso, así, señala la Sala antes de entrar a resolver si ha habido una infracción de normas sustantivas y de jurisprudencia, radica en determinar si el trabajador, de acuerdo con la empresa, puede modificar el período de disfrute inicialmente reconocido por el INSS del subsidio por nacimiento y cuidado de menor, regulado en los arts.177 al 180 TRLGSS, preceptos reglamentariamente desarrollados por el RD 295/2009, de 6 de marzo.

IV. Posición de las partes

La parte recurrente, en síntesis, considera que los períodos de descanso se establecen por los trabajadores en las solicitudes iniciales de permiso por cuidado de menor y que, por tanto, no están sujetos a la discrecionalidad o conveniencia del trabajador. Entiende que, para alterar el régimen o disfrute, debe existir una causa tasada y justificada, y en fin, considera que el derecho viene establecido en una Resolución que, si no es impugnada, deviene firme, sin que se trate, por tanto, de un derecho discrecional o potestativo del beneficiario.

La impugnante, por su parte, pide la inadmisión del recurso y, subsidiariamente, su desestimación, resumidamente, por considerar acertado el criterio de la sentencia recurrida. La sentencia recurrida considera que procede estimar la demanda porque el actor cumplió todos los requisitos para lucrar el subsidio y ello con independencia de que, una vez reconocido el derecho, modificase -de acuerdo con su empresa- uno de los dos períodos inicialmente reconocidos.

V. Normativa aplicable al caso

El artículo 177 del texto refundido de la ley general de seguridad social aprobado por rd legislativo 8/2015, de 30 de octubre y el art. 48.2º del estatuto de los trabajadores aprobado por rd legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

En la redacción dada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, vigente a partir de 8/03/2019.

El RDL 6/2019, de 19 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación

Los arts. 2º, 3º y 4º, la DA única^[1] y la DF primera^[2].

El RD 259/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de seguridad social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural

El Artículo 8.12º^[3]; el art. 9º^[4] y el art. 14º^[5].

VI. Doctrina básica

1. La doctrina de la sala IV del tribunal supremo en materia de interpretación con perspectiva de género

Acude la Sala, en primer lugar, a recordar en qué casos la Sala IV ha reconocido el derecho a prestaciones de Seguridad social y ha entendido que son causas de suspensión del contrato en supuestos no expresamente previstos en las normas aplicables. Así, se citan la Sentencia del TS del Pleno nº 881/2016, de 25 de octubre de 2016^[6], la STS nº 953/2016, de 16 de noviembre de 2016^[7] y la STS nº 1005/2017,

de 14 de diciembre de 2017^[8] y se recoge la doctrina de varias Sentencias del Tribunal Supremo recientes en las que se efectúa una interpretación con perspectiva de género, como la STS de 13 de junio 2023^[9], Sentencia que trae a colación la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, Ley en la que aparece el derecho a la igualdad de trato y no discriminación como un principio informador del ordenamiento jurídico, y que contiene el artículo 7º sobre "interpretación" de la propia Ley 15/2022. Se reproduce, igualmente, la doctrina de la STS Pleno nº 167/2023, de 27 de febrero^[10], donde se reconoce la implicación de la Sala de lo Social del TS en la aplicación de la perspectiva de género como mandato interpretativo que emana del art. 4º de la LO 3/2007, de 22 de marzo a la hora de efectuar la integración normativa en relación con situaciones que están en juego instituciones jurídicas encaminadas a la consecución de la igualdad efectiva de oportunidades de hombres y mujeres, una implicación que también queda clara en otros pronunciamientos del Alto Tribunal. Y se considera, entre otros pronunciamientos, como uno de especial relevancia, la STS 79/2020, de 29 de enero^[11], dictada precisamente en el ámbito de la prestación en favor en familiares, en la que se reitera esa "obligación de jueces y tribunales de incorporar la perspectiva de género en lo que constituye su actuación como Poder del Estado, esto es, en la interpretación y aplicación de las normas".

2. La solución al caso concreto

En este caso se ha de determinar si, una vez iniciado el período de disfrute de la paternidad inicialmente comunicado al INSS y concedido por éste, el progenitor distinto de la madre puede modificarlo, previo acuerdo con la empresa y, con ello, modificar también el período de abono de la prestación del subsidio por nacimiento y cuidado de menor.

En la prestación por nacimiento y cuidado de menor el art.177 LGSS considera como situaciones protegidas el nacimiento del menor durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48. Se trata, por tanto, de una situación protegida claramente tributaria del período de suspensión del contrato de trabajo prevista en el art.48.4 ET. Y este derecho de suspender el contrato de trabajo para el cuidado de menor de 12 años -sic, 12 meses- es un derecho individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor. La suspensión del contrato de trabajo, transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, puede disfrutarse en régimen de jornada completa o de jornada parcial, previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, y conforme se determine reglamentariamente. Y la persona trabajadora debe comunicar a la empresa, con una antelación mínima de quince días, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos.

Dentro de los requisitos que establece la Ley está la comunicación a la empresa con antelación mínima de 15 días, pero nada se dice de la posibilidad de, una vez comunicado dicho disfrute a la empresa, poder modificar las fechas de disfrute, siempre que el menor tenga menos de 12 meses, y que hayan transcurrido las seis semanas inmediatamente anteriores al parto. En el reglamento anterior de desarrollo de las prestaciones de paternidad y maternidad (Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad) se sigue hablando de prestaciones de maternidad y paternidad, pues no se ha adaptado a la nueva normativa introducida por el RD-ley 6/2019. Dicho Reglamento de 2009, muy anterior, por tanto, al RD-ley 6/2019, debe ser aplicado e interpretado en el sentido que impone la norma que establece en su DA única, conforme a la que todas las referencias realizadas en textos normativos a las prestaciones y permisos de maternidad y paternidad se entienden referidas a las nuevas prestaciones y permisos contemplados en este Real Decreto-ley y también ha de atenderse a lo dispuesto en su Disposición Derogatoria única, conforme a la que quedan derogadas cuantas normas de igual o inferior rango se opongan o contradigan

lo dispuesto en el presente Real Decreto-Ley dando al gobierno un plazo de 6 meses para el desarrollo reglamentario.

Como quiera que a fecha del hecho causante el desarrollo reglamentario de los arts.177 a 180 TRLGSS no se ha producido, la aplicación del Reglamento de 2009 debe partir de la cautela que imponen las citadas Disposiciones Adicionales y Derogatorias del RD-ley 6/2019, y en su interpretación debe estarse fundamentalmente al criterio teleológico que expresa su Exposición de motivos, y que se pretende con la equiparación de los períodos de suspensión del contrato de trabajo y la correlativa protección de Seguridad Social derivados del nacimiento y cuidado de hijos por ambos progenitores: "la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos".

Pues bien, una interpretación con perspectiva de género de la normativa aplicable al caso nos lleva a la desestimación del recurso.

El art.48.4 del Estatuto de los trabajadores /as sólo condiciona el ejercicio del derecho individual del progenitor distinto de la madre tras las 6 semanas obligatorias inmediatamente posteriores al parto, a que se distribuya a su voluntad, en períodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses. La ley es clara en que la distribución de los períodos se produce de forma acumulada o interrumpida y ha de ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses. Como requisitos adicionales, se establece que la suspensión puede disfrutarse en régimen de jornada completa o de jornada parcial, previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, y conforme se determine reglamentariamente. Además, la persona trabajadora debe comunicar a la empresa, con una antelación mínima de quince días, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos.

Como primera conclusión, respecto de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de cuidado de menor de 12 meses, **no hay ningún precepto de rango legal que prohíba o impida la modificación del período de disfrute, incluso habiendo un acuerdo previo, siempre que medie nuevo acuerdo con la empresa y preaviso de 15 días.**

En cuanto al régimen del subsidio, que es de lo que aquí se trata, el INSS invoca los arts.8.12 y 14 y 26.8 del RD 295/2009, de los que considera que una vez cursada la solicitud inicial no pueden alterarse los períodos de disfrute; y se basa para ello en que el subsidio se extingue por la reincorporación voluntaria al trabajo del beneficiario del subsidio con anterioridad al cumplimiento del plazo máximo de duración del mencionado período de descanso. Pues bien, la Sala no comparte dicho criterio puesto que los principios que orientan la reforma introducida por el RD-ley 6/2019, buscan la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, y por esa razón dotan de mayor flexibilidad al sistema de suspensión del contrato y correlativo subsidio. No podemos acudir a interpretaciones restrictivas de un reglamento anterior a la Ley (que no ha sido desarrollada reglamentariamente), y que está derogado en todo aquello que se le oponga, para suprimir la flexibilidad que la ley impone en el art.48.4 ET, conforme al que la suspensión del contrato podrá distribuirse a voluntad de los progenitores, en períodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses.

VII. Parte dispositiva

Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, frente a la sentencia nº 241/2022, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Sabadell en fecha 30/06/2022 en los autos nº 280/2021, que confirmamos en su totalidad. Sin costas

VIII. Pasajes decisivos

Una interpretación con perspectiva de género del régimen legal del subsidio, partiendo de que no hay un desarrollo reglamentario posterior y que el reglamento de 2009 no responde a los mismos principios que el RD-ley 6/2019, nos lleva a concluir que, a falta de una limitación o prohibición legal o reglamentaria expresa de la posibilidad de modificar el período de disfrute, una vez se ha concedido el subsidio por un periodo inicialmente determinado, su modificación ha de permitirse a voluntad del progenitor/a siempre que cumpla con los requisitos legales, es decir:

- que se disfrute desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses.
- que sea en régimen de jornada completa o de jornada parcial, previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora,
- que se comunique a la empresa, con una antelación mínima de quince días, el ejercicio de este derecho; y
- que se comunique a la Entidad Gestora, con devolución, en su caso, del subsidio recibido, para su disfrute en la nueva fecha solicitada.

IX. Comentario

La imposibilidad de poder alterar la fecha de suspensión del contrato de trabajo para el progenitor diferente de la madre no aparece en el art. 48.4º del Estatuto de los trabajadores; más bien ocurre todo lo contrario pues hay libertad para que el progenitor diferente de la madre distribuya esas 10 semanas añadidas a las 6 primeras tras el parto -semanas que sí deben disfrutarse de forma ininterrumpida y a jornada completa en fecha inmediatamente posterior al nacimiento-. Llega a decir el art. 48.4º que la distribución de las fechas de suspensión del contrato puede hacerse “a voluntad de aquéllos” en períodos semanales, de forma acumulada o interrumpida, y hasta que el hijo cumpla los 12 meses, en régimen de jornada parcial o completa, remarcándose, en este último caso, que se exige un acuerdo previo con la empresa, conforme se determine reglamentariamente. A salvo, por tanto, de la comunicación a la empresa en los términos antedichos, y de que el convenio colectivo establezca el mecanismo de esta comunicación, nada más se exige en el art. 48.2º. Por tanto, el progenitor diferente de la madre puede distribuir “a su antojo” esas 10 semanas siempre que lo haga en períodos semanales, antes de que el hijo cumpla 12 meses y que se lo comunique a la empresa con 15 días de antelación.

Por tanto, la distribución de las 10 semanas del período de suspensión del contrato debiera ser una decisión que debiera recaer en el propio afectado, siempre que así se acuerde con la empresa en los términos antedichos; no obstante, la propia Ley es consciente de que esta previsión precisaría de un desarrollo reglamentario. Y cierto es, también, que esta regulación reglamentaria se torna en verdaderamente imprescindible porque la “libre” distribución del período de disfrute de estos descansos retribuidos “contagia” el momento en el que se tiene derecho a la prestación por nacimiento y cuidado de menor, ex. art. 177 TRLGSS, y la percepción de este subsidio -contributivo- requiere de una solicitud a la Entidad Gestora, al INSS, y ésta debe resolver si se reconoce, o no, de forma directa, el derecho al pago del subsidio, y, para ello, debe tener los datos necesarios.

Pero, a falta de ese “valioso” desarrollo reglamentario, la Entidad Gestora ha interpretado de forma excesivamente restrictiva el reglamento ya existente imponiendo

el contenido de la Resolución del INSS sobre el derecho, discrecional y potestativo del beneficiario a disponer el momento del disfrute de su descanso retribuido. A este respecto, dice, todavía, el art. 14º del RD 259/2009 referido a la solicitud de la prestación por maternidad -hoy nacimiento y cuidado de hijos- que ésta debe llevarse a cabo por parte del propio interesado en un modelo normalizado en el que debe constar el motivo, la fecha de inicio del permiso y la distribución del tiempo de descanso. Y sería bueno que tal período de disfrute pudiera ser objeto de señalamiento previo, pero dicho señalamiento debe permitir cambios en las fechas inicialmente comunicadas, y en ningún caso una alteración de una fecha de disfrute puede dar lugar a la pérdida de parte del subsidio, que es lo que aquí ocurre.

Tal como se ha visto, el actual modelo normalizado solo permite introducir dos fechas diferentes de disfrute del período de descanso retribuido y el propio INSS, según se ha comprobado en el conflicto que aquí se solventa, no permite, después, que dichas fechas se alteren, no sólo poniendo trabas en la gestión de su pago, sino llegando a interferir en la propia concesión del propio derecho al subsidio, denegando parte del subsidio al que el trabajador tiene derecho legalmente pues sí cumple legalmente todos los requisitos exigidos por el art. 177 y el art. 48.2º; por tanto, el INSS ha denegado -sin soporte legal alguno- el pago de una prestación ya reconocida.

El INSS alega que la prestación -de paternidad- se ha extinguido porque el beneficiario ha regresado a su puesto de trabajo, acudiendo a una interpretación errada del art. 8.12º del RD 259/2009, que resulta ser *contra legem* pues es claro y manifiesto que ha cambiado completamente el régimen legal del art. 48.4º ET respecto del que existiera en 2009. Por tanto, a pesar de que la Entidad Gestora pueda mantener que el solicitante debe hacer constar dos períodos de disfrute en su solicitud la Entidad Gestora estará obligada a cambiar los períodos que efectivamente deba abonar la prestación, aunque ello suponga, a priori, un incremento considerable de las gestiones y de las tramitaciones a las que deberá atenderse.

X. Apunte final

El juzgador lleva a cabo una interpretación teleológica de la reforma del RDL 6/2019 operada sobre el art. 48.4º ET en relación con el art. 177 TRLGSS con perspectiva de género -fomentando la conciliación y la corresponsabilidad-, en defensa de la necesaria "flexibilidad" que se ha de conceder en la forma de disfrute de un permiso del permiso de paternidad, una "flexibilidad" que es necesario atender a la vista de que debe quedar referida a un período que hoy día es mucho más extenso, pues se ha de prolongar durante las 10 semanas que se reconocen actualmente de descanso. El juzgador, por tanto, solamente va a exigir, para que el beneficiario pueda cambiar las fechas de disfrute de su subsidio, que se devuelva el subsidio recibido y que se comunique a la entidad gestora la nueva fecha solicitada. Por tanto, el presente pronunciamiento debiera obligar ya a la Entidad Gestora a alterar sus procedimientos, comenzando por el propio modelo normalizado de solicitud y finalizando con la posibilidad de poder facilitar los cambios que en dichas fechas previstas inicialmente puedan solicitarse, aunque ésta se trate de una doctrina no unificada por el Tribunal Supremo, si bien lo ideal sería que se aprobara un reglamento que actualizara el desarrollo legal de un subsidio que ha sido profundamente revisado en los últimos años.

Referencias:

1. ^ DA única. *Adaptación normativa. Todas las referencias realizadas en textos normativos a las prestaciones y permisos de maternidad y paternidad se entenderán referidas a las nuevas prestaciones y permisos*

contemplados en este real decreto-ley. Asimismo, todas las referencias al Fondo de apoyo para la promoción y desarrollo de las infraestructuras y servicios del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia, se deben entender realizadas al Fondo de apoyo para la promoción y desarrollo de infraestructuras y servicios del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia y de los Servicios Sociales. Disposición derogatoria única. RD-Ley 6/2019: Quedan derogadas cuantas normas de igual o inferior rango se opongan o contradigan lo dispuesto en el presente real decreto-ley.

2. [^] DF 1ª. Desarrollo reglamentario. RD-ley 6/2019 El Gobierno, en el plazo de seis meses, deberá dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación y el desarrollo del presente real decreto-ley en las materias que sean de su competencia.
3. [^] El art. 8.12. Nacimiento, duración y extinción del derecho. El derecho al subsidio por maternidad se extinguirá por alguna de las siguientes causas:
a) Por el transcurso de los plazos máximos de duración de los periodos de descanso referidos en los apartados anteriores de este artículo. b) Cuando el periodo de descanso sea disfrutado exclusivamente por uno de los progenitores, por la reincorporación voluntaria al trabajo del beneficiario del subsidio con anterioridad al cumplimiento del plazo máximo de duración del mencionado periodo de descanso.
4. [^] El art.9 del RD 259/2009. Opción en favor del otro progenitor. 1. En virtud de lo establecido en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 49.c) del Estatuto Básico del Empleado Público, en el caso de que ambos progenitores trabajen, el otro progenitor podrá percibir el subsidio por maternidad siempre y cuando la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, haya optado por que aquél disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. No obstante, dicha opción podrá ser revocada por la madre si sobrevinieren hechos que hagan inviable su aplicación, tales como ausencia, enfermedad o accidente del otro progenitor, abandono de familia, separación, violencia de género u otras causas análogas.
5. [^] El art. 14 del RD 259/2009. Solicitud de la prestación económica por maternidad y resolución de la misma. 1. El procedimiento para el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad se iniciará a instancia del interesado, mediante solicitud dirigida a la dirección provincial competente de la correspondiente entidad gestora, según el régimen de encuadramiento, de la provincia en que aquél tenga su domicilio. Las solicitudes se formularán en los modelos normalizados establecidos por la Administración de la Seguridad Social y deberán contener los datos y circunstancias que establece el artículo 70 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Expresamente, en las solicitudes se indicará el motivo de las mismas, la fecha de inicio y la distribución prevista del periodo de descanso de cada uno de los beneficiarios, así como los datos relativos a la empresa o empresas, si se tratase de trabajadores por cuenta ajena.
6. [^] Rcd 3818/2015. En esta Sentencia del Alto Tribunal se concede las prestaciones de seguridad social solicitadas en un caso de "gestación por sustitución", porque, si bien la regulación legal y reglamentaria "omite la contemplación de estos supuestos, no es tan cerrada como para impedir su interpretación en el sentido más favorable a los objetivos

- constitucionales de protección al menor, con independencia de su filiación, y de conciliación de vida familiar y laboral"
7. ^ RcuD 3146/2014. En la STS 953/2016, 16 de noviembre de 2016 se conceden las prestaciones de maternidad solicitadas en otro supuesto de "gestación por sustitución", llevando a cabo una interpretación "integradora" de las normas consideradas, "contempladas a la luz de la sentencia del TEDH de 26 de junio de 2014, en la aplicación que efectúa del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que invoca el interés superior del menor cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte", así como "del artículo 14 y (del artículo) 39.2 CE, que dispone que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos".
 8. ^ RcuD 2859/2016. En la STS 1005/2017, de 14 de diciembre de 2017 resume la doctrina sentada por las SSTS 881/2016, 25 de octubre de 2016 y 953/2016, 16 de noviembre de 2016 y se acude nuevamente a actuar en defensa del principio general del interés del menor señalándose que la suspensión del contrato de trabajo y el reconocimiento de la prestación por maternidad ha de ser debidamente protegida en la misma forma que lo son la maternidad, la adopción y el acogimiento y la protección de la familia y del menor ha de prevalecer. La doctrina de dichas Sentencias se reitera en otros varios pronunciamientos, destacándose, asimismo, la STS 277/2018, 13 de marzo de 2018 (RCUD 2059/2016), la STS nº 347/2018, 22 de marzo de 2018 (RCUD 2770/2016) o la STS 997/2022, 21 de diciembre de 2012 (RCUD 3763/2019).
 9. ^ RcuD 1549/2020.
 10. ^ RJ 2023, 1533, rcud. 3225/2021.
 11. ^ RJ 2020, 391, rcud 3097/2017.

§ 90 **La utilización de la corresponsabilidad como criterio modulador de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar por parte de la empresa.**

Belén García Romero

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

Resumen: *La empresa no puede entrometerse en la vida privada de las familias para analizar las posibilidades de corresponsabilidad de los cónyuges o parejas a la hora de reconocer a la persona trabajadora cualquiera de los derechos de conciliación reconocidos legalmente.*

Palabras clave: *Corresponsabilidad. Derechos de conciliación de la vida laboral y familiar.*

Abstract: *The company cannot interfere in the private lives of families in order to analyse the possibilities of joint responsibility of spouses or partners when it comes to granting the worker any of the legally recognised rights to work-life balance.*

Keywords: *Co-responsibility. Rights to reconciliation of work and family life.*

I. Introducción

Esta interesante sentencia dictada en suplicación por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid examina las razones dadas por la empresa para denegar a la trabajadora el derecho de conciliación de la vida laboral o familiar solicitado, concretamente el derecho a la reducción de jornada por cuidado de familiar.

En ella se constata que la empleadora no se ha limitado simplemente a verificar el cumplimiento o no de los requisitos exigidos por la regulación vigente (art. 37.6 ET), en cuanto a la situación de dependencia de la persona acreedora de los cuidados (la suegra de la trabajadora), sino que ha entrado a valorar la organización intrafamiliar, examinando las dificultades que puede tener su pareja o cónyuge para hacerse cargo de tales tareas, para reconocerle o no los derechos de conciliación solicitados, conforme al Estatuto de los Trabajadores.

Por lo tanto, se cuestiona si puede utilizarse la corresponsabilidad como criterio modulador del ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral o familiar, convirtiéndose la empresa en una suerte de guardián de la corresponsabilidad.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Superior de Justicia de, Sala de lo Social- Sección nº 01 de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 758/2023, de 15 de septiembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de suplicación núm. 74/2023.

ECLI:ES:TSJM:2023:9703.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ignacio Moreno González-Aller.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Problema suscitado

El problema suscitado en cuanto al fondo es si la trabajadora tiene derecho a reducir su jornada de trabajo en un tercio, en la concreción horaria solicitada para cuidar de su suegra, de conformidad con el artículo 37.6 ET, siendo dicha reducción la misma que ha venido disfrutando por la guarda legal de sus hijas durante los últimos doce años.

2. Hechos y antecedentes

Como hechos consignados como probados en la sentencia, consta que una trabajadora de una empresa dedicada a la fabricación de artículos de piel, con una antigüedad desde el 1 de febrero de 2020 y categoría profesional de Oficial de 2ª, ha venido disfrutando en los últimos años una reducción de jornada y salario por guarda legal de un tercio de la habitual, realizando una jornada de 5 horas y veinte minutos diarios, en turno de mañana de 8:30 a 13:50 horas.

Dicha trabajadora contrajo matrimonio el 30 de septiembre de 2020, del que han nacido dos hijas en los años 2004 y 2009.

Su cónyuge presta servicios como bombero en la Comunidad de Madrid, con turno de 24 horas y guardias cada 2 días.

La trabajadora solicitó el 2 de diciembre de 2004, reducción de jornada en un 1/3 por cuidado de menor con concreción horaria de 10:10 a 15:30 de lunes a viernes, que le fueron reconocidas en esos mismos términos por la empresa, de conformidad con lo establecido en el artículo 50 del Convenio Colectivo del Grupo de Marroquinería, Cueros, Repujados y Similares de Madrid del año 2003.

Tras cumplir la hija menor la edad de 12 años, solicitó la prórroga de un año más en aplicación del Plan de Igualdad de la empresa (2019-2022).

Antes de la finalización del derecho reconocido solicitó la reducción y concreción horaria en las mismas condiciones que venía disfrutando, pero esta vez, de conformidad con el artículo 37.6 ET, "por cuidado de familiar", en concreto para atender al cuidado de su suegra, de 74 años de edad, quien no realiza ninguna actividad retribuida (es beneficiaria de una pensión no contributiva) y se encuentra impedida para valerse por sí misma, según indica el informe médico aportado. Suegra y nuera están empadronadas en el mismo municipio, viviendo a escasos 2,5 kilómetros la una de la otra.

Tras diferentes correos entre la trabajadora y la responsable de RR.HH de la empresa y, pese a la documentación aportada por aquella, se cuestiona que tenga derecho a la citada reducción por considerar que no se ajusta a la situación protegida, la empresa le comunica finalmente la imposibilidad de acceder a lo solicitado, aduciendo que la persona por la cual se solicita, no tiene reconocida la condición de persona dependiente.

Disconforme con ello, la trabajadora interpone una demanda en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. En ella solicita se dicte sentencia por la que, con estimación de la demanda, se reconozca el derecho a la reducción de su jornada en 1/3 y su disfrute y concreción horaria en jornada de 5 horas y veinte minutos diarios, que constituye 1/3 de la habitual de 8:00 a 13:50 horas de lunes a viernes, y, además, se condene a la demandada a los daños y perjuicios generados en cuantía de 3125 euros, según lo dispuesto en el art. 37.6 ET y concordante 139 LRJS.

El litigio fue resuelto por el Juzgado de lo Social nº 44 de Madrid, mediante sentencia de 21 de noviembre de 2022 en la que estima en parte la demanda, declarando el derecho a la reducción de jornada y en la concreción horaria solicitada, mientras se mantengan las actuales circunstancias y al menos durante dos años y condenando a la empresa a abonar a la trabajadora la cantidad de 1000 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

Frente a dicha resolución se anunció y formalizó recurso de suplicación por la compañía, que fue objeto de impugnación por la contraparte.

IV. Posición de las partes

La parte recurrente (la empresa) denuncia infracción del artículo 37.6 ET por considerar que la actora no tiene derecho a la reducción de jornada por cuidado de familiar de primer grado, dado que, en su opinión, no se acredita (i) que la suegra esté a cargo directo de la actora; (ii) que no pueda valerse por sí misma; que el único requisito que cumple es que no ejerza actividad retribuida, y ello por sí solo no da derecho a que la actora pueda reducir la jornada.

De otro lado, alega que en la demanda no se argumenta nada con respecto a la imposibilidad de que el cónyuge de la actora, hijo de la persona que daría derecho a la solicitud por reducción de jornada, no pueda hacerse cargo de ella.

Por último, reprocha que la sentencia del Juzgado de lo Social incurre en incongruencia interna, *extra petitum*, toda vez que no señala los criterios que sustentan la condena por daños y perjuicios a la compañía y además, reconoce el derecho de la actora a la reducción de su jornada por cuidado de familiar “mientras se mantengan las actuales circunstancias y al menos durante 2 años”.

La parte recurrida (la trabajadora) se opone al recurso.

V. Normativa aplicable al caso

Las principales disposiciones aplicables al caso en cuanto al fondo son el artículo 37.6 ET y art. 55 f) del Convenio Colectivo del grupo marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia (BOE núm. 282, de 25 noviembre 2021).

Conforme determina el artículo 37.6 ET:

“Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella.

Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo del cónyuge o pareja de hecho, o un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad y afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida”.

En idénticos términos se regula este derecho en el art. 55 f) del Convenio Colectivo del grupo marroquinería, cueros repujados y similares, citado.

VI. Doctrina básica

Antes de abordar la cuestión controvertida en cuanto al fondo, el Tribunal de suplicación se ve obligado a realizar una serie de observaciones ante los reproches procesales efectuados por el recurrente en relación con la supuesta falta de congruencia de la sentencia recurrida, el deber de motivación de las sentencias y de su nulidad (Fundamento Jurídico Tercero).

1. Sobre la nulidad de las actuaciones procesales

En primer lugar, revisa la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional relativa a la nulidad de las actuaciones procesales, de la que se deriva que la misma constituye un remedio extraordinario de muy estricta y excepcional aplicación, por lo que su estimación: a) "queda condicionada al cumplimiento de unos estrictos condicionamientos que han de ser analizados en el caso concreto y no de forma general, sin que la concurrencia de alguno de ellos, de carácter formal en todo caso, sea constitutivo de indefensión, por cuanto la indefensión constitucionalmente prohibida es la material y no la formal"; b) que "la indefensión es un concepto fundamentalmente procesal que se concreta en la posibilidad de acceder a un juicio contradictorio en el que las partes, alegando y probando cuanto estiman pertinente, pueden hacer valer en contradicciones de igualdad de sus derechos e intereses legítimos" (SS TC 156/85; 64/86; 12/87; 171/91 y ATC 190/83); c) que "el concepto constitucional de indefensión tiene un contenido eminentemente material, lo cual impide apreciar lesión del artículo 24.1 de la CE, cuando por circunstancias del caso pueda deducirse que el afectado tuvo oportunidad de defender sus derechos e intereses legítimos" (SSTC 215/89 y 15.2.93) y que para que exista vulneración del derecho reconocido en el artículo 24.1 de la CE no basta el mero incumplimiento formal de normas procesales, ni basta cualquier infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales, sino que de las mismas ha de derivarse un perjuicio material para el interesado, esto es, ha de tener una repercusión real sobre sus posibilidades efectivas de defensa y contradicción, pues no toda infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales provoca, en todos los casos la eliminación o discriminación sustancial de derecho que corresponden a las partes en el proceso" (STC 124/94).

2. Sobre el principio de congruencia

En segundo lugar, sobre la incongruencia, expone que, como recuerda la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2020 (recud.1418/2020), "la doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta Sala han venido reiterando sobre la exigencia de congruencia en las sentencias, reconocida positivamente, con carácter general en el artículo 218 LEC cuando dispone que "las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito". La congruencia puede definirse como un ajuste "sustancial" entre lo pedido y lo resuelto que, por tanto, no exige del fallo una conformidad literal y rígida con las peticiones de las partes, sino racional y flexible" (STS de 16 de febrero de 1993, Rec. 1203/1992, con cita de otras muchas).

3. Sobre el deber de motivación

Finalmente, en cuanto a la motivación de las resoluciones judiciales, se trata de una exigencia que deriva "del art. 24.1 CE que tiene el fin de que se puedan conocer las razones de la decisión que aquellas contienen, posibilitando su control mediante el sistema de los recursos ..." (SSTC 24/1990, de 15/Febrero, FJ 4; ... 3/2011, de 14/Febrero, FJ 3; y 183/2011, de 21/Noviembre, FJ 5. SSTs 18/11/10 -rco 48/10-; 23/11/12 -rco 104/11-; y 21/10/13 -rco 104/10-). Pero la exigencia se cumple cuando, como en el caso presente, se expresan los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión, poniendo así de manifiesto la ratio decidendi del fallo judicial y permitiendo conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales determinantes de la decisión jurisdiccional (SSTC

196/1988, de 24/Octubre, F. 2; ... 172/2004, de 18/Octubre, FJ 3 ; y 247/2006, de 24/ Julio)".

VII. Parte dispositiva

En el Fallo de la Sentencia se concluye que se impone estimar el recurso de suplicación nº 74/2023 interpuesto contra sentencia del Juzgado de lo Social nº 44 de los de Madrid de 21 de noviembre de 2022, en el procedimiento nº 918/2022 en parte a los únicos y exclusivos efectos de suprimir del fallo de la sentencia recurrida la locución "y al menos durante dos años", confirmando el resto de sus pronunciamientos, sin que haya condena en costas (art. 235 LRJS) y con devolución del depósito para recurrir a la empresa (art. 203.3 LRJS).

VIII. Pasajes decisivos

Los pasajes decisivos de la sentencia sobre la cuestión controvertida se recogen en sus Fundamentos de Derecho Cuarto y Sexto:

CUARTO.

[...]

"La empresa no puede pretender que, a la hora de reconocer el derecho de la persona trabajadora -sea el del 34.8 sea el del 37.6 ET -, se entre a analizar cómo esta organiza el cuidado del hijo/a o familiar con su cónyuge o pareja, o en su caso con otras personas de la familia (los abuelos). Sería permitir a la empresa, como se ha señalado por autorizada doctrina judicial, la intromisión en la vida privada de matrimonios y parejas, convirtiéndola en una suerte de guardián de la corresponsabilidad (ni, por derivación, ello se debe permitir a los Juzgados de lo Social). Lo que no impide -obviamente- que las dificultades del otro progenitor para conciliar en términos compatibles con el trabajo de la persona trabajadora solicitante puedan ser alegadas por esta para justificar la razón de su derecho".

[...]

"Consecuentemente, y partiendo de estas bases, no es incongruente la sentencia recurrida, ni da más de lo pedido, cuando argumenta que:

"(...) la demandante acredita que la negativa de la empresa a la reducción solicitada le ha obligado a incorporarse al puesto de trabajo con jornada completa y, además, tener que acudir a un abogado e interponer la correspondiente demanda judicial y ello le ha producido daños y perjuicios, dada la imposibilidad de atender correctamente al familiar necesitado de su cuidado, así como las derivadas de tener que acudir a la vía judicial para su reconocimiento. Es evidente, ante la falta de una mínima razonabilidad y certeza en la oposición efectuada por la empresa demandada que, sin acreditar perjuicios u obstáculos, se ha opuesto a atender el derecho, que no ha ofrecido ningún tipo de opción alternativa a la propuesta, demorando la respuesta a la solicitud desde el mes de septiembre y mantener su negativa, tras la incorporación de la actora, y hasta la celebración del acto de juicio, con los evidentes perjuicios para la conciliación de la vida familiar y laboral. Por lo que procede fijar en concepto de indemnización por los daños ocasionados, el perjuicio derivado de la necesidad, en todo caso, de contratar a otra persona en las semanas en que la demandante ha trabajado en turno completo y dado el tiempo transcurrido de más de un mes, la condena en la cantidad de 1.000€".

"En lo que si tiene razón la empresa es que la sentencia recurrida incurre en incongruencia extra petita cuando fija la reducción de jornada "al menos durante 2 años".

SEXTO.

[...]

“Lo primero que cabe destacar es que nos encontramos ante el ejercicio de un derecho de conciliación que, tal y como el TC ha considerado (STC 3/2007, de 15 de enero), tiene una dimensión constitucional que implica que tanto el derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) como el mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE) deben prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar.”

“De este modo, los órganos jurisdiccionales cuando entren a resolver conflictos relacionados con el ejercicio de estos derechos, no pueden situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad ordinaria, sino que han de ponderar los derechos fundamentales en juego; lo que les obliga a valorar las concretas circunstancias personales y familiares que la persona trabajadora alegue y la organización del tiempo de trabajo en la empresa, a fin de ponderar ambos elementos para determinar si existe o no un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional (STC 26/2011, de 14 de marzo)”.

“Se cumplen en el caso presente con los presupuestos del artículo 37.6 ET y 55 f) del Convenio colectivo para que la empresa demandada hubiera accedido a la pretensión de la reducción de jornada en tanto y en cuanto la suegra de la actora, que no puede valerse por sí misma para los actos más esenciales de su vida, precisa de la atención y cuidados de la trabajadora demandante, sin que concurran, pues ni tan siquiera se aducen, razones objetivas de índole organizativa o productiva que impidan el reconocimiento del derecho de la trabajadora a la reducción de jornada (...).”

[...]

IX. Comentario

Antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, la Sentencia del TSJ de Madrid 768/2023, de 15 de septiembre de 2023, comienza resolviendo los reproches procesales en cuanto a la nulidad de las actuaciones, la congruencia de las sentencias y de su motivación. Tras revisar la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional sobre tales principios, considera que ninguna indefensión se ha producido a la empresa por el hecho de que se haya introducido que el esposo de la actora, que presta servicios como bombero en la Comunidad de Madrid, con turnos de 24 horas y guardias cada dos días, tiene dificultades para atender a su madre y que por ello, ha de ser su esposa, la actora, la que ha de conciliar la vida laboral y familiar, ya que este dato aparecía en el hecho cuarto de la demanda. Además, la empresa tuvo la ocasión en el acto de juicio “para defenderse y desplegar los medios de prueba oportuno y de preguntar al marido de la demandante que compareció de testigo”.

Asimismo, considera que la sentencia recurrida “aparece debidamente motivada expresando las razones que determinan los criterios que sirven de fundamento a su decisión, y, por otra parte, no es incongruente cuando fija el importe de la indemnización por los daños producidos al no concederse la reducción de jornada solicitada, en tanto y en cuanto los parámetros venían delimitados en la propia demanda”.

En cambio, a juicio de la Sala “en lo que sí tiene razón la empresa es que la sentencia recurrida incurre en *extra petita* cuando fija la reducción de la jornada en “*al menos dos años*””. En consecuencia, deberá suprimirse del fallo de la sentencia dicha mención, pero sin necesidad de anularla (art. 202.2 LRJS).

Una vez depuradas las dudas de validez de la resolución recurrida, la Sala entra a analizar la controversia sobre el derecho de la trabajadora a la reducción de jornada para atender al cuidado de su suegra con arreglo al artículo 37.6 ET (Fundamento Jurídico 5º).

Para el Tribunal de Suplicación ha quedado acreditado que la actora es la única persona de la familia que puede atender al cuidado de su suegra; a lo que se añade

que no se justifican las causas de denegación de la reducción de la jornada y concreción horaria por la empresa demandada. En efecto, no se alegan ni acreditan causas organizativas, productivas o de producción para denegar el derecho a la reducción. Por el contrario, ha quedado probado que la actora viene realizando dicha reducción y concreción horaria durante más de doce años, sin que ello afecte a la producción o necesidades organizativas de la empresa, ni que le produzca desajuste alguno”.

Para reforzar su argumentación, la Sala hace hincapié en que nos encontramos ante el ejercicio de un derecho de conciliación que tiene una dimensión constitucional (STC 3/2007, de 15 de enero). Ello implica que “tanto el derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) como el mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE) deben prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar. De este modo, los órganos jurisdiccionales cuando entren a resolver conflictos relacionados con el ejercicio de estos derechos, no pueden situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad ordinaria, sino que han de ponderar los derechos fundamentales en juego; lo que les obliga a valorar las concretas circunstancias personales y familiares que la persona trabajadora alegue y la organización del tiempo de trabajo en la empresa, a fin de ponderar ambos elementos para determinar si existe o no un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional (STC 26/2011, de 14 de marzo)”.

En definitiva, considera que en el caso presente se cumplen con los presupuestos del artículo 37.6 ET y 55 f) del Convenio colectivo para que la empresa demandada hubiera accedido a la pretensión de la reducción de jornada en tanto y en cuanto la suegra de la actora, que no puede valerse por sí misma para los actos más esenciales de su vida, precisa de la atención y cuidados de la trabajadora demandante, sin que concurran, pues ni tan siquiera se aducen, razones objetivas de índole organizativa o productiva que impidan el reconocimiento del derecho de la trabajadora a la reducción de jornada.

Más aún, como se destaca en el JF 4º, “La empresa no puede pretender que, a la hora de reconocer el derecho de la persona trabajadora -sea el del 34.8 sea el del 37.6 ET -, se entre a analizar cómo esta organiza el cuidado del hijo/a o familiar con su cónyuge o pareja, o en su caso con otras personas de la familia (los abuelos). Sería permitir a la empresa, como se ha señalado por autorizada doctrina judicial, la intromisión en la vida privada de matrimonios y parejas, convirtiéndola en una suerte de guardián de la corresponsabilidad (ni, por derivación, ello se debe permitir a los Juzgados de lo Social). Lo que no impide -obviamente- que las dificultades del otro progenitor para conciliar en términos compatibles con el trabajo de la persona trabajadora solicitante puedan ser alegadas por esta para justificar la razón de su derecho”.

Por último, considera adecuado el pronunciamiento del tribunal de instancia en cuanto a que se ha producido un perjuicio a la actora indemnizable, aunque difiere en el *quatum* indemnizatorio. Para la Sala resulta evidente, ante la falta de una mínima razonabilidad y certeza en la oposición efectuada por la empresa demandada que, sin acreditar perjuicios u obstáculos, se ha opuesto a atender el derecho, que no ha ofrecido ningún tipo de opción alternativa a la propuesta, demorando la respuesta a la solicitud desde el mes de septiembre y mantener su negativa, tras la incorporación de la actora, y hasta la celebración del acto de juicio, con los evidentes perjuicios para la conciliación de la vida familiar y laboral. Por lo que procede fijar en concepto de indemnización por los daños ocasionados, el perjuicio derivado de la necesidad, en todo caso, de contratar a otra persona en las semanas en que la demandante ha trabajado en turno completo y dado el tiempo transcurrido de más de un mes, la condena en la cantidad de 1.000€”.

Sin embargo, considera que la sentencia de instancia ha incurrido en incongruencia *extra petitum* cuando fija la reducción de jornada “al menos durante 2

que lo impida. Con ello pondría freno a la práctica del INSS que obliga a que se señalen dos fechas inalterables de disfrute de la prestación en la solicitud.

El comentario que cierra el número es el de *Belén García Romero* a la **STSJ-SOC Madrid 768/2023, de 15 de septiembre**, que niega la posibilidad de que la empresa se inmiscuya en la vida privada de las familias para analizar las posibilidades de corresponsabilidad de los cónyuges o parejas a la hora de reconocer a la persona trabajadora cualquiera de los derechos de conciliación reconocidos legalmente.

§ 91 **Aplicación de la regla “pro rata temporis” en el contrato a tiempo parcial. A propósito de la retribución del tiempo extraordinario en la actividad de vuelo.**

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León.

Resumen: *No cabe aplicar el principio general de equiparación entre personas trabajadoras a tiempo completo y a tiempo parcial a la hora de fijar la franja a partir de la cual abonar la retribución adicional correspondiente a un incremento extraordinario de jornada, sino que debe jugar el parámetro de proporcionalidad en función de la jornada particular de cada persona trabajadora con el fin de compensar una carga de trabajo individualizada.*

Palabras clave: *Trabajo a tiempo parcial. Horario de vuelo. Pilotos. Horas extraordinarias. Retribución. Proporcionalidad.*

Abstract: *The general principle of equality between full-time and part-time workers cannot be applied when establishing the range from which the remuneration corresponding to an extraordinary increase in working hours should be paid, but the parameter of proportionality must be applied according to the special working hours of each worker in order to compensate for an individualised workload.*

Keywords: *Part-time work. Flight time. Pilots. Overtime. Remuneration. Proportionality.*

I. Introducción

La relevancia del tiempo de trabajo en la ordenación de las relaciones laborales se ha puesto de manifiesto desde los orígenes del Derecho Laboral, en los que se consideró necesario, para la tutela de la salud de la persona trabajadora, establecer límites a la jornada y garantizar espacios de descanso. La evolución histórico-legislativa de esta materia se ha caracterizado por la tendencia a la progresiva reducción del tiempo de trabajo con el fin de aumentar el tiempo de descanso.

Es más, el tiempo de trabajo y el de descanso han constituido, tradicionalmente, los dos polos de una concepción binaria, sin categorías intermedias. Así se recoge en la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, según la cual el tiempo de trabajo es definido como “todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales” (art. 2.1), de modo que el tiempo de descanso se define por oposición, como “todo período que no sea tiempo de trabajo” (art. 2.2)^[1].

Bajo tal premisa, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha admitido que determinados tiempos de trabajo puedan ser remunerados de forma distinta, pero ello siempre sobre la base de la concepción dicotómica de la Directiva, que continuaría

marcando la naturaleza jurídica de los tiempos (trabajo *versus* descanso), sin perjuicio, como ya consta, de matices meramente retributivos^[2].

La inexistencia de un perfil claro para lo que se considere tiempo efectivo de trabajo ha determinado que los pronunciamientos judiciales adquieran especial protagonismo a la hora de ubicar cada situación particular en un lado u otro del binomio, tarea que se vuelve especialmente compleja en dos supuestos: de un lado, ante los tiempos de disponibilidad y guardias, concebidos como aquellos lapsos en los que la persona trabajadora no se encuentra realizando una prestación de trabajo efectivo pero se obliga legal, convencional o contractualmente a ello cuando sea requerido por el empresario; de otro, cuando la actividad se lleva a cabo por encima de la jornada de trabajo en un nexo contractual celebrado a tiempo parcial.

Surge, en esta última variable, el siguiente interrogante: ¿la consideración como tiempo de trabajo extraordinario convenientemente retribuido como tal tiene lugar cuando se supera la concreta jornada reducida de la persona contratada a tiempo parcial o es necesario que se rebase el parámetro ordinario de dedicación de una persona asalariada a tiempo completo?

De resolver esta duda se encarga la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de octubre de 2023, asunto *MK y Lufthansa CityLine GmbH*.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia

Órgano judicial: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Número de resolución judicial y fecha: Asunto C-660/20, 19 octubre 2023

Tipo y número recurso o procedimiento: Procedimiento prejudicial

ECLI:EU:C:2023:789

Fuente: CURIA

Ponente: Ilmo. Sr. A. Kumin

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El Tribunal Supremo de lo Laboral de Alemania plantea una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación de la cláusula 4, puntos 1 y 2, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial, celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, en el marco de un litigio entre MK, piloto, y su empleador, Lufthansa CityLine GmbH (CLH), transportista aéreo que realiza vuelos de corto y largo radio, en relación con el derecho del trabajador al pago de una retribución en concepto del tiempo extraordinario de actividad de un vuelo que ha llevado a cabo.

El demandante ha venido trabajando para la empresa CLH como piloto y primer copiloto desde 2001. Sobre la base de un acuerdo de empresa, a partir de 2010 trabaja a tiempo parcial a razón del 90 % del tiempo de trabajo de un piloto a tiempo completo. Su salario base, incluidas las primas por puesto de trabajo, se redujo en un 10 % y se le concedieron 37 días adicionales de vacaciones al año. No obstante, los días en que presta servicios no hay reducción de sus horas de actividad de vuelo.

De conformidad con los convenios colectivos aplicables, el tiempo de actividad de vuelo es un elemento constitutivo del tiempo de trabajo remunerado con el salario base. Además, los trabajadores perciben una retribución por horas extraordinarias de vuelo con carácter adicional a ese salario base (denominada “retribución

complementaria”) si han realizado un determinado número de horas de vuelo al mes, rebasando así (en concepto de “activación”) los umbrales previstos. Para ello, dichos convenios colectivos establecen “tres tarifas por hora”, aplicables para el cálculo de la retribución, que se concretan, para los vuelos de corto radio, en 106, 121 y 136 horas de actividad de vuelo al mes (concepto calificado como “umbrales de activación”). En el caso de los vuelos de largo radio, se aplican “umbrales de activación” más bajos, a saber, de 93, 106 y 120 horas de vuelo al mes, respectivamente. Por lo demás, los convenios colectivos aplicables no prevén una reducción de esos “umbrales de activación” para los trabajadores a tiempo parcial en función del porcentaje de su jornada laboral reducida, por lo que dichos “umbrales de activación” son idénticos para los pilotos que trabajan a tiempo completo y para quienes lo hacen a tiempo parcial.

La empresa CLH ha venido abonando al demandante el salario base por las horas de actividad de vuelo efectuadas, entendiendo que únicamente percibiría la retribución complementaria cuando el tiempo de actividad de vuelo realizado superara los umbrales de activación aplicables con carácter general a los trabajadores a tiempo completo.

En primera instancia, el Tribunal de lo Laboral de Múnich estimó la pretensión del demandante que solicita el abono de la retribución complementaria correspondiente a las horas de vuelo que superan su jornada reducida de trabajo. Sin embargo, en apelación, el Tribunal Regional de lo Laboral de Múnich desestimó esta pretensión. Por su parte, el Tribunal de Casación plantea cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea expresando dudas sobre si la negativa a reducir los umbrales de activación en proporción a la duración reducida del tiempo de trabajo del demandante (trabajador con jornada reducida) es conforme con las disposiciones del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial.

IV. Posición de las partes

La persona trabajadora considera que tiene derecho a la retribución complementaria por el tiempo extraordinario de trabajo realizado por encima de su jornada, ya que superaría los umbrales de activación si estos se redujeran en función del porcentaje de su jornada a tiempo parcial, reclamando a la empresa la diferencia entre la retribución ya abonada y la retribución incrementada (correspondiente a los meses de diciembre de 2014 a noviembre de 2018). Alega que recibe un trato menos favorable que un trabajador a tiempo completo, que no se tiene en cuenta el principio de *pro rata temporis* y que ninguna razón objetiva justifica esta diferencia de trato, máxime cuando los interlocutores sociales negociadores de los convenios colectivos no tenían el objetivo de compensar una carga de trabajo particular, sino únicamente proteger el tiempo libre de los trabajadores.

La empresa CLH niega, sin embargo, que deba efectuar el pago reclamado por el demandante, al considerar que existe una razón objetiva justificativa de la diferencia de trato entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo, de manera que la retribución complementaria, cuyo objeto es compensar una carga de trabajo particular, únicamente debe devengarse cuando se superen los umbrales de activación previstos con carácter general para un trabajo a tiempo completo.

V. Normativa aplicable al caso

La normativa aplicable al caso puede estructurarse en dos grandes bloques: el Derecho de la Unión Europea y el Derecho interno alemán.

1.-Por lo que hace al primero, procede considerar las siguientes cláusulas del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial:

--La cláusula 2, punto 1, titulada “ámbito de aplicación”, en virtud de la cual “el presente Acuerdo se aplica a los trabajadores a tiempo parcial que tengan un contrato o una relación de trabajo tal como se define en la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro”.

--La cláusula 3, titulada "definiciones", conforme a la cual "1. A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por 'trabajador a tiempo parcial' a un trabajador asalariado cuya jornada normal de trabajo, calculada sobre una base semanal o como media de un período de empleo de hasta un máximo de un año, tenga una duración inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable. 2. A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por 'trabajador a tiempo completo comparable' a un trabajador asalariado a tiempo completo del mismo establecimiento que tenga el mismo tipo de contrato o relación laboral y un trabajo o empleo idéntico o similar teniendo en cuenta otras consideraciones tales como la antigüedad y las cualificaciones o competencias. En caso de que no exista ningún trabajador a tiempo completo comparable en el mismo establecimiento, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales".

--La cláusula 4, titulada "principio de no discriminación", según la cual "1. Por lo que respecta a las condiciones de empleo, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas. 2. Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de *pro rata temporis*. 3. Los Estados miembros y/o los interlocutores sociales definirán las modalidades de aplicación de la presente cláusula, habida cuenta de la legislación europea y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales".

2.-Por lo que hace al Derecho interno alemán, es menester atender, en primer lugar, a la Ley alemana sobre el Trabajo a Tiempo Parcial y los Contratos de Duración Determinada, de 21 de diciembre de 2000, resultando de aplicación los siguientes preceptos:

--El art. 2.1, que define al "trabajador a tiempo completo comparable" como "un trabajador a tiempo completo del establecimiento de que se trate que tenga el mismo tipo de relación laboral y ejerza una actividad idéntica o similar" al trabajador a tiempo parcial de ese establecimiento.

--El art. 4.1, en virtud del cual "un trabajador a tiempo parcial no deberá ser tratado de una manera menos favorable que un trabajador a tiempo completo comparable por el simple motivo de que trabaje a tiempo parcial, a menos que existan razones objetivas que justifiquen un trato diferente. El trabajador a tiempo parcial deberá percibir una retribución u otra prestación a título oneroso divisible cuya cuantía corresponda, como mínimo, a la parte alícuota de la duración de su trabajo respecto a la de un trabajador a tiempo completo comparable".

-- El art. 22.1, conforme al que "no podrán establecerse excepciones a las disposiciones antes mencionadas de esta Ley en perjuicio del trabajador afectado".

En segundo término, procede atender a los siguientes convenios colectivos:

-- Convenio Colectivo General núm. 4, relativo a los Empleados pertenecientes al Personal Técnico de Vuelo de CLH, establece, en su art. 6, que "se entiende por 'tiempo de trabajo' el tiempo durante el cual los empleados prestan sus servicios bajo las instrucciones de CLH", incluyendo: a) el tiempo de actividad de vuelo (art. 8); b) las tareas administrativas; c) el tiempo dedicado a la acogida e iniciación en el empleo de nuevos colegas, a la formación y al reciclaje profesional; d) la facturación de las ventas a bordo; e) los reconocimientos médicos y las vacunaciones relacionados con la medicina aeronáutica; f) el servicio de guardia (= *standby*), siempre que no forme parte del tiempo de actividad de vuelo; g) la atención a los pasajeros (en particular, niños o enfermos); h) los viajes en comisión de servicio y desplazamientos profesionales, siempre que no formen parte del tiempo de actividad de vuelo; i) las operaciones efectuadas desde el final del embarque y los períodos en tierra durante las escalas; j) las actividades necesarias, en el sentido del art. 37 de la Ley de Representación Social en la Empresa, de 15 de enero de 1972".

Como precisiones adicionales, establece: a) El tiempo de trabajo diario (sin incluir las pausas) que puede exigirse a un empleado no podrá exceder de 14 horas en vuelos de corto radio, salvo acuerdo del empleado afectado. A este respecto, los turnos de servicio de guardia se cuentan por mitad, siempre que no hayan de realizarse en un aeropuerto; el tiempo de viaje tras la finalización del turno de vuelo para regresar al domicilio oficial no debe computarse. b) Cuando se destine a un empleado durante más de dos días consecutivos al servicio en tierra, el tiempo de trabajo básico se fijará sobre la base de 38,5 horas de trabajo semanales. El eventual trabajo extraordinario se compensará con tiempo libre adicional hasta el final del mes siguiente. c) El personal se destinará sobre la base de los turnos de servicio. Estos se refieren, por regla general, a períodos de cuatro semanas y deben publicarse con suficiente antelación. d) Al establecer la planificación y el destino de los empleados, deberán respetarse las disposiciones de los convenios colectivos aplicables y garantizarse, dentro de los límites de las posibilidades razonables a nivel de empresa, una carga de trabajo uniforme para todos los empleados en su respectivo lugar de destino, tanto entre los empleados en relación con su respectiva categoría de empleo (personal de vuelo y personal de tierra) como teniendo en cuenta el programa de CLH y las circunstancias propias de cada caso particular, durante un período de doce meses.

El art. 7 determina el concepto “tiempo de vuelo”, sentando que “abarca todo el período comprendido entre el momento en que un avión comienza a desplazarse por sus propios medios o por medios externos para despegar hasta el momento en que se inmoviliza al finalizar el vuelo (tiempo de bloqueo)”, de suerte que “la suma del tiempo de vuelo de cada empleado no debe superar las 1 000 horas por año natural”.

El art. 8 define el parámetro “tiempo de actividad de vuelo remunerable”, que incluye: a) los períodos de tareas preparatorias desde la entrada ordenada en actividad de vuelo hasta el inicio del tiempo de bloqueo, tal como se define en el manual operativo (MO) o, con carácter provisional, mediante instrucción individual; b) el tiempo de bloqueo; c) los períodos de tareas de cierre una vez finalizado el tiempo de bloqueo definido en el MO o, con carácter provisional, siguiendo instrucciones individuales, por una duración mínima de 15 minutos, y en vuelos de largo radio de al menos 30 minutos; d) el tiempo pasado en el simulador de vuelo cumpliendo órdenes, incluidos los períodos a que se refieren las letras a) y c); e) todos los demás períodos entre las tareas preparatorias a que se refiere la letra a) y las tareas de cierre a que se refiere la letra c); f) los períodos de operaciones en una serie de servicios se contabilizarán en un 50 %. Quedan excluidos los períodos comprendidos entre el final de la operación de que se trate y el inicio de la actividad o entre el final de la actividad y el inicio de dicha operación. A este respecto, un único día de descanso laboral no constituye una interrupción de la serie de servicios.

El párrafo 3 del art. 8 aclara que “el tiempo ininterrumpido de actividad de vuelo a realizar por los empleados entre dos períodos de descanso será de diez horas. A lo largo de un período de siete días consecutivos, se permiten cuatro prórrogas sucesivas del tiempo de actividad de vuelo al que se refiere la primera frase, cada una de ellas por un máximo de dos horas, o dos prórrogas sucesivas por un máximo de cuatro horas cada una de ellas. La suma de las prórrogas en un período de siete días consecutivos en ningún caso deberá superar las ocho horas. Los períodos de siete días comienzan respectivamente a las 00.00 h el primer día y terminan a las 24.00 h el último día.

El párrafo 5 de este mismo precepto sienta que “el tiempo de actividad de vuelo no podrá exceder de 210 horas en cualquier período de 30 días consecutivos ni de 1 800 horas en un año natural”.

--Convenio Colectivo n. 6 sobre Retribución de los Empleados Encuadrados en el Personal Técnico de Vuelo de CLH, que dedica su art. 4 a la “retribución de horas extraordinarias de actividad de vuelo”, señalando tres porcentajes: 1) A partir de la 106 hora mensual de actividad de vuelo, se abonará una retribución por las horas extraordinarias de actividad de vuelo correspondiente a 1/100 del salario mensual total

individual por hora de actividad de vuelo; 2) A partir de la 121 hora mensual de actividad de vuelo, se abonará una retribución por las horas extraordinarias de actividad de vuelo correspondiente a 1/85 del salario mensual total individual por hora de actividad de vuelo; 3) A partir de la 136 hora mensual de actividad de vuelo se abonará una retribución por las horas extraordinarias de actividad de vuelo correspondiente a 1/73 del salario mensual total individual por hora de actividad de vuelo. El cálculo del derecho a retribución por horas extraordinarias de actividad de vuelo tendrá en cuenta cada mes, en beneficio del empleado, por cada día natural completo que no haya trabajado debido a descanso laboral o a la formación exigida por CLH, 3,5 horas adicionales de actividad de vuelo, hasta un máximo de 98 horas de actividad de vuelo al mes”.

En tercer lugar, es menester tomar en consideración también el acuerdo celebrado entre los interlocutores sociales el 29 de noviembre de 2014, “Documento sobre cuestiones clave Jump”, cuyo apartado III, punto 6, se centra en determinar la “retribución de horas extraordinarias de actividad de vuelo”, indicando que los umbrales de activación se fijarán atendiendo la siguiente escala: Primer nivel: 93 horas; Segundo nivel: 106 horas; Tercer nivel: 120 horas. La asignación a que se refiere el art. 4 del Convenio Colectivo núm. 6 ascenderá, por cada día natural completo, a 3,1 horas de actividad de vuelo, hasta un máximo de 87 horas al mes”.

VI. Doctrina básica

El Tribunal Supremo alemán plantea una primera cuestión prejudicial referida a si la cláusula 4, punto 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional que supedita el pago de una retribución complementaria, de manera uniforme para los trabajadores a tiempo parcial y para los trabajadores a tiempo completo comparables, a la superación del mismo número de horas de trabajo de una actividad determinada, como la actividad de vuelo de un piloto, ha de considerarse trato “menos favorable” de los trabajadores a tiempo parcial en el sentido de dicha disposición. A esta cuestión, el Tribunal de Justicia contesta de manera afirmativa.

Asimismo, el Tribunal Supremo alemán formula una segunda cuestión prejudicial, relativa a si la cláusula 4, puntos 1 y 2, del Acuerdo Marco sobre trabajo a tiempo parcial debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que supedita el pago de una retribución complementaria, de manera uniforme para los trabajadores a tiempo parcial y para los trabajadores a tiempo completo comparables, a la superación del mismo número de horas de trabajo de una actividad determinada, como la actividad de vuelo de un piloto, con la finalidad de compensar una carga de trabajo particular de esa actividad. Igualmente, la respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es afirmativa.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea responde a las dos cuestiones prejudiciales planteadas en el sentido siguiente:

1) La cláusula 4, punto 1, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial, celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo de la Directiva 97/81, debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional que supedita el pago de una retribución complementaria, de manera uniforme para los trabajadores a tiempo parcial y para los trabajadores a tiempo completo comparables, a la superación del mismo número de horas de trabajo de una actividad determinada, como la actividad de vuelo de un piloto, constituye trato “menos favorable” de los trabajadores a tiempo parcial en el sentido de dicha disposición.

2) La cláusula 4, puntos 1 y 2, del citado Acuerdo Marco, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que supedita el pago de una retribución complementaria, de manera uniforme para los trabajadores a tiempo parcial y para los trabajadores a tiempo completo comparables, a la superación del mismo número de horas de trabajo de una actividad determinada, como la actividad de vuelo

de un piloto, con la finalidad de compensar una carga de trabajo particular de esa actividad.

VIII. Pasajes decisivos

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera, en primer lugar, aplicable al caso el Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, no en vano el demandante está incluido dentro de la cláusula 3 punto 1 de dicho Acuerdo, pues trabaja menos horas al año que un piloto a jornada completa. En concreto, a cambio de una reducción salarial del 10 por 100 disfruta de 37 días de vacaciones adicionales.

En segundo término, por lo que se refiere a la interpretación de la cláusula 4 del Acuerdo Marco, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea recuerda que tal pasaje “tiene por objeto, de un lado, proteger el trabajo a tiempo parcial y, de otro, suprimir las discriminaciones entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo”, de manera que la prohibición de discriminación formulada “no es sino la expresión específica del principio general de igualdad, que está incluido entre los principios fundamentales del Derecho de la Unión^[3]. Expresa, por tanto, “un principio de Derecho social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva”^[4], oponiéndose, “por lo que respecta a las condiciones de empleo, a que se trate a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”^[5]. Así pues, el objetivo de dicha disposición es aplicar “el principio de no discriminación a los trabajadores a tiempo parcial con vistas a impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a tales trabajadores de derechos que son reconocidos a los trabajadores a tiempo completo”^[6].

En tercer lugar, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que la retribución complementaria inherente al trabajo extraordinario está comprendida en el concepto de “condiciones de empleo” a que se refiere la cláusula 4, punto 1, del Acuerdo Marco, pues tales condiciones incluyen las relativas a la retribución^[7].

En cuarto término, en cuanto a la comparabilidad de las situaciones de los pilotos a tiempo completo y a tiempo parcial, el Tribunal de Justicia entra a dilucidar si ejercen un trabajo idéntico o similar, en virtud de las cláusulas 3, punto 2, y 4, punto 1, del Acuerdo Marco, teniendo en cuenta un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales. Llega a la conclusión de que, en el supuesto enjuiciado, los pilotos a tiempo completo y a tiempo parcial de la empresa CLH realizan el mismo trabajo y, en concreto, la misma actividad de vuelo con idénticas funciones, de modo que la situación del demandante como piloto a tiempo parcial es comparable a la de los pilotos que trabajan a tiempo completo, sin perjuicio de una última comprobación que corresponderá efectuar al órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial.

En quinto lugar, teniendo en cuenta que en el presente caso un piloto a tiempo parcial percibe la retribución complementaria no por la primera hora que supera el primer nivel de su umbral de activación individual, sino únicamente cuando supera el primer nivel del umbral de activación general aplicable a los pilotos a tiempo completo, al igual que sucede en los niveles segundo y tercero de los umbrales de activación, la consecuencia se presenta obvia: el piloto a tiempo parcial debe realizar el mismo número de horas de actividad de vuelo que un piloto a tiempo completo para percibir dicha retribución, pues tal umbral no se reduce en función de la duración de su tiempo de trabajo individual. En estas circunstancias, los pilotos a tiempo parcial no pueden alcanzar los umbrales de activación exigidos para percibir la retribución complementaria o la probabilidad que tienen de alcanzarlos es significativamente inferior a la de los pilotos a tiempo completo. Por tal razón, el Tribunal de Justicia considera que “si bien la retribución por hora de vuelo para las dos categorías de pilotos (a tiempo completo y a tiempo parcial) parece ser igual hasta los umbrales de activación, ...no obstante, dichos umbrales de activación idénticos representan, para

los pilotos a tiempo parcial, un tiempo de actividad de vuelo superior al de los pilotos a tiempo completo en relación con su tiempo de trabajo total y, en consecuencia, una carga de trabajo mucho mayor que la de los pilotos a tiempo completo”^[8]. Tal realidad provoca consecuencias desfavorables para los pilotos a tiempo parcial en lo que respecta a la relación entre el servicio prestado y la contraprestación de este, siendo objeto de una diferencia de trato con respecto a pilotos a tiempo completo comparables prohibida por la cláusula 4, punto 1, del Acuerdo Marco, a menos que esté justificada por una “razón objetiva” en el sentido de dicha cláusula.

En sexto término, el Tribunal de Justicia considera que la retribución de los trabajadores a tiempo parcial debe ser equivalente a la de los trabajadores a tiempo completo, sin perjuicio de la aplicación del principio de *pro rata temporis* enunciado en la cláusula 4, punto 2, del Acuerdo Marco^[9], de modo que la concreción convencional realizada del pago de la retribución complementaria a umbrales de activación idénticos para los pilotos a tiempo parcial y a tiempo completo sin aplicación del principio de proporcionalidad constituyen una diferencia de trato prohibida a menos que esté justificada por una “razón objetiva”.

Aun cuando en el marco del artículo 267 TFUE, el Tribunal de Justicia no es competente para aplicar las normas del Derecho de la Unión a un supuesto de hecho determinado, pues tal tarea corresponde al órgano jurisdiccional remitente, que es quien debe dilucidar si concurre la justificación objetiva exigida, lo cierto es que incumbe al Tribunal de Justicia proporcionarle todas las indicaciones necesarias a modo de guía en esa apreciación^[10]. A tal efecto, el Tribunal de Justicia formula, siguiendo doctrina precedente, las siguientes consideraciones sobre el concepto “razones objetivas”^[11]: “a) No se permite justificar una diferencia de trato entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo por el hecho de que esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo. b) Requiere que la diferencia de trato observada esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos que caractericen la condición de empleo de que se trate en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar de forma coherente y sistemática el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Esos elementos pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebraron los contratos a tiempo parcial y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro”.

El Tribunal de Justicia entiende que, tal y como quedó constatado en la vista, los umbrales de activación de las horas de actividad de vuelo previstos por los convenios colectivos aplicables no se basaban en valores determinados objetivamente ni en conocimientos científicos ni tampoco en datos experimentales generales relativos a los efectos de la acumulación del número mensual de horas de vuelo, razón por la cual no parece que existan criterios objetivos y transparentes que permitan garantizar que la diferencia de trato controvertida en el litigio principal y la aplicación de umbrales uniformes para los pilotos que trabajan a tiempo parcial y para los pilotos que trabajan a tiempo completo comparables respondan a una necesidad auténtica, extremo que, no obstante, corresponderá comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

Es más, existen dudas en cuanto al carácter apropiado y coherente de la fijación de umbrales de activación uniformes para todos los pilotos, a efectos de percibir la retribución complementaria, habida cuenta el objetivo de protección de la salud de estos frente a una carga de trabajo excesiva esgrimido por la empresa quebra, pues, de un lado, lleva a ignorar, por definición, las repercusiones individuales que pueden derivarse de la carga de trabajo, y, de otro, conduce a no tener en cuenta las razones que subyacen a la propia figura del trabajo a tiempo parcial como la atención de las posibles responsabilidades no laborales del piloto de que se trate.

Ello sin olvidar que la fijación de umbrales de activación uniformes para todos los pilotos a los efectos de obtener la retribución complementaria, en lugar de introducir umbrales de activación individualizados en función del contrato a tiempo completo o parcial, plantea un problema de coherencia en relación con el objetivo esgrimido por el Gobierno alemán de disuadir a las compañías aéreas de hacer trabajar de manera excesiva a los pilotos, pues, respecto de aquellos que trabajan a tiempo parcial, solo abonarían esta retribución complementaria por encima del umbral de activación correspondiente al tiempo de trabajo de los pilotos a tiempo completo.

Por último, en la medida en que realmente son consideraciones económicas las que han dado lugar tanto a la adopción de la normativa nacional reguladora de la retribución complementaria como a la negativa a aplicar el principio de *pro rata temporis*, el Tribunal de Justicia recuerda que las consideraciones de índole presupuestara no pueden justificar una discriminación^[12].

IX. Comentario

Uno de los principios basilares sobre los que se asienta el Acuerdo Marco europeo sobre trabajo a tiempo parcial es el de no discriminación –desarrollado en su cláusula 4^a–, de manera que “no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial”. Dicho en otros términos, las personas trabajadoras a tiempo parcial tendrán el mismo catálogo de derechos que las personas trabajadoras a tiempo completo y podrán ejercitar tales derechos en las mismas condiciones y circunstancias.

Sin embargo, esta aseveración no se trata de un postulado de carácter absoluto sino que, de un lado, admite excepciones justificadas “por razones objetivas”; y, de otro, permite la aplicación de la regla “*pro rata temporis* cuando resulte adecuado” (cláusula 4.^a, apartados 1 y 2).

La ambigüedad de los conceptos esbozados (“razones objetivas” y “*pro rata temporis*”) ha conllevado una ingente labor interpretativa del Tribunal de Justicia tendente a concretar sus aristas. De este modo, el Tribunal de Justicia ha entendido que el primer parámetro (“razones objetivas”) evita que la parcialidad del trabajo pueda suponer en sí misma y por sí sola una justificación de un tratamiento diferenciado, pues este solo es posible cuando así se justifique objetiva y razonablemente en atención al concreto derecho o condición y al tipo de jornada parcial de que se trate, “en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto”, de manera que “tales elementos pueden tener su origen en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos a tiempo parcial y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro”^[13].

Por otra parte, el segundo enunciado (“*pro rata temporis*”) ha sido reconducido por el Tribunal de Justicia a márgenes estrechos, impidiendo la simple aplicación mecánica y aritmética de la regla de proporcionalidad. Y ello, en primer lugar, porque es evidente que no todos los derechos laborales se derivan del tiempo de trabajo y, especialmente, tienen una dimensión cuantitativa. En segundo lugar, porque el propio trabajo a tiempo parcial puede configurarse de formas muy diversas, tanto en la amplitud de su jornada (marginal o casi completa), como en su distribución (diaria, semanal, mensual o anual, incluso superpuesta). En tercer lugar, porque el factor tiempo de trabajo puede tener una repercusión múltiple en algunos derechos laborales o de Seguridad Social, particularmente cuando ese tiempo determina tanto el devengo del derecho de que se trate como su montante, de modo que la aplicación de la regla de la proporcionalidad en los distintos elementos temporales que conforman el derecho de que se trate puede provocar un efecto multiplicador y, por ende, una desproporción.

Así pues, no todos los conceptos retributivos deberían verse afectados por la regla “pro rata temporis”, no en vano una aplicación extensiva conduciría a desigualdades injustificadas^[14]. Por lo que aquí interesa, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia pueden distinguirse dos enfoques diferentes. Por un lado, según una primera tesis, en la sentencia de 15 de diciembre de 1994, asuntos Helmig y otros^[15], consideró que existe desigualdad de trato siempre que la retribución global que se paga a los trabajadores a jornada completa sea más elevada, a igualdad de horas trabajadas en virtud de una relación de trabajo por cuenta ajena, que la que se abone a los trabajadores a tiempo parcial. En un segundo momento, sin embargo, en la sentencia de 27 de mayo de 2004, asunto Elsner-Lakeberg^[16], el Tribunal de Justicia exigió, como método de verificación del respeto del principio de igualdad de retribución entre trabajadores de sexo masculino y de sexo femenino, que cada elemento de la retribución se examinara separadamente a la luz de dicho principio y que no se procediera únicamente a una apreciación global, constatando un trato menos favorable de los trabajadores a tiempo parcial, ya que para estos últimos el número de horas extraordinarias que daba derecho a una retribución complementaria no se reducía de manera proporcional a la duración de su tiempo de trabajo.

Un paso más en este razonamiento se deriva de la Sentencia aquí comentada, pues viene a reconocer que la aplicación de la regla “pro rata temporis” debe extenderse a la retribución inherente a las horas realizadas por encima de la concreta jornada de trabajo de cada trabajador, distinguiendo entre los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial y dentro de estos últimos en función de su dedicación, evitando así una carga de trabajo excesiva o, dicho en otros términos, compensando una carga de trabajo particular.

X. Apunte final

Los amplios márgenes de la regulación del trabajo a tiempo parcial llevan a considerar que, más que una modalidad contractual, se trata de una fórmula flexible de organizar el tiempo de trabajo, necesitada de mayor seguridad jurídica mediante la presunción de la igualdad, de manera que ésta sólo decaiga cuando se establezca expresamente y *uti singuli* la regla de proporcionalidad, siempre que fuera además objetivamente justificable. Dentro de esta excepcionalidad hay que entender incluida la retribución inherente a la realización de horas por encima de la jornada ordinaria de trabajo, que no puede ser la misma para todos los trabajadores (a tiempo completo y a tiempo parcial) sino que se activará en función de la dedicación de cada persona trabajadora.

Aun cuando podría pensarse, en una primera aproximación, que la doctrina vertida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2023 no tiene aplicación en España, debido a la prohibición interna de realizar horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial, lo cierto es que puede servir como criterio de cuantificación en la retribución de las horas complementarias con la finalidad de compensar una carga de trabajo particular, máxime cuando no existe un porcentaje máximo ni mínimo de parcialidad.

Referencias:

1. ^ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “*Tiempo de trabajo: elementos teóricos y prácticos para su delimitación jurídica*”, la reordenación del tiempo de trabajo, MALDONADO MONOTOYA, J.P.; MARÍN MORAL, I. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Dirs., BOE, Madrid, 2022, p. 195.
2. ^ STJUE 21 febrero 2018, asunto Matzak, (C- 518/15).
3. ^ STJUE de 5 de mayo de 2022, asunto Universiteit Antwerpen y otros, C-265/20.

4. ^ STJUE de 7 de julio de 2022, asunto *Zone de secours Hainaut-Centre*, C-377/21
5. ^ STJUE de 5 de mayo de 2022, asunto *Universiteit Antwerpen y otros*, C-265/20.
6. ^ STJUE de 22 de enero de 2020, asunto *Baldonado Martín*, C-177/18.
7. ^ SSTJUE de 7 de abril de 2022, asunto *Ministero della Giustizia y otros*, C-236/20, y de 7 de julio de 2022, asunto *Zone de secours Hainaut-Centre*, C-377/21.
8. ^ STJUE de 27 de mayo de 2004, asunto *Elsner-Lakeberg*, C-285/02.
9. ^ STJUE de 10 de junio de 2010, asunto *Bruno y otros*, C-395/08 y C-396/08,
10. ^ STJUE de 10 de marzo de 2022, asunto *Landkreis Gifhorn*, C-519/20.
11. ^ STJUE de 1 de marzo de 2012, asunto *O'Brien*, C-393/10
12. ^ STJUE de 22 de abril de 2010, asunto *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, C-486/08.
13. ^ LOUSADA AROCHENA, J.F.: "El trabajo a tiempo parcial (Directiva 97/81 del Consejo, de 15 de diciembre de 1997)", en AA.VV (CASAS BAAMONDE, M.E. et alii, Dirs.): *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Madrid, BOE-FIDE, pp. 1083 y ss.
14. ^ GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: "Los principios de voluntariedad e igualdad en el trabajo a tiempo parcial", *Documentación Laboral*, núm. 110, 2017, p. 89.
15. ^ C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 y C-78/93.
16. ^ C-285/02.

§ 92 **Aplazamiento de los derechos a vacaciones anuales retribuidas por enfermedad de larga duración ¿Hasta cuándo y cuántos periodos consecutivos se pueden reclamar?**

Juan Martínez Moya

Magistrado de la jurisdicción social. Vocal del Consejo General del Poder Judicial

Resumen: La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea aborda la cuestión sobre la posibilidad de fijar límites temporales para reclamar el derecho al disfrute de vacaciones, o en su defecto, compensación económica, cuando concurren los periodos de aplazamiento motivados por bajas médicas prolongadas. En el caso del Derecho francés, no hay una disposición nacional que establezca un límite temporal expreso a ese aplazamiento, y las solicitudes de vacaciones se presentaron por los trabajadores menos de quince meses después del final del período de devengo que da derecho a dichas vacaciones y se limitaron a dos períodos de devengo consecutivos.

Palabras clave: Vacaciones. Aplazamiento. Baja médica prolongada.

Abstract: L'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne aborde la question de la possibilité de fixer des délais pour faire valoir le droit aux vacances, ou à défaut, une compensation financière, lorsque des délais de report surviennent en raison d'un arrêt maladie prolongé. Dans le cas du droit français, il n'existe aucune disposition nationale fixant un délai express à ce report, et les demandes de congés ont été introduites par les travailleurs moins de quinze mois après la fin de la période d'accumulation ouvrant droit à ces congés et étaient limités à deux périodes de régularisation consécutives.

Keywords: Droit au congé annuel payé. Report. Maladie de longue durée.

I. Introducción

Un nuevo pronunciamiento se suma a la cuantitativa y cualitativa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) sobre la Directiva de ordenación del tiempo de trabajo^[1]. Hasta ahora las últimas sentencias en materia de vacaciones procedían mayoritariamente de Tribunales alemanes. En esta ocasión, las cuestiones prejudiciales son planteadas por el conseil de prud'hommes d'Agen (Tribunal Laboral Paritario de Agen, Francia) y se centra determinar si

es posible fijar límites temporales para reclamar el derecho al disfrute de vacaciones, o en su defecto, compensación económica, cuando concurren periodos de aplazamiento motivados por bajas médicas prolongadas^[2].

La respuesta contenida en la sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2023, pese a aferrarse a las circunstancias temporales del caso concreto, camina por la senda de que esas limitaciones, si no desconectan de la finalidad de las vacaciones, son

ajustadas al Derecho de la Unión Europea. Si bien, atendiendo las circunstancias del caso sobre el momento de la reclamación (menos de quince meses del devengo) y periodo reclamado (acotados a dos periodos de devengo consecutivos), el TJUE afirma que la reclamación no es contraria a la aplicación de la Directiva; también empieza a esbozar fronteras de la duración en el horizonte vinculadas a la finalidad de las vacaciones, ya que “ más allá de ese límite, las vacaciones anuales carecen de su efecto positivo para el trabajador en su calidad de tiempo de descanso y solo conservan su condición de periodo de ocio y esparcimiento”.

También hay en la sentencia comentada dos aspectos de enorme calado, que no pasan inadvertidos. El primero, tiene que ver sobre el alcance de fijación del marco fáctico y jurídico que debe facilitar el órgano judicial requirente cuando plantea una cuestión prejudicial. La sentencia sale al paso – orillándolo- para (no) entrar a definir qué debe entenderse por “plazo razonable de aplazamiento”. Hay dosis de sutileza jurídica en la respuesta, puesto que en el contexto del planteamiento de la cuestión de fondo (hasta el límite de quince meses o plazo ilimitado) coexiste un escenario de jurisprudencia nacional contradictoria (del Consejo de Estado, administrativa, frente a la Corte de Casación, laboral). El segundo, guarda relación con las precisas observaciones sobre la “presunción de pertinencia” presente en el planteamiento de toda cuestión prejudicial y la asunción de “responsabilidad” de los órganos judiciales requirentes sobre la exactitud de informar sobre marco fáctico y jurídico al TJUE.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal de Justicia Unión Europea (Sala Primera).

Fecha y número de resolución: 9 de noviembre de 2023

Tipo y número recurso o procedimiento: cuestión prejudicial. Asuntos acumulados C-271/22 a C-275/22

ECLI: EU:C:2023:834

Fuente: Curia.

Ponente: T. von Danwitz

Abogada General: Sra. T. Ćapeta.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Los litigios principales

-Partes y objeto de la reclamación:

Cinco trabajadores o antiguos trabajadores de Keolis Agen SARL, sociedad de Derecho privado que presta un servicio público de transporte urbano de pasajeros en autobús del área urbana de Agen (Francia), solicitaron a su empresario que reconociera su derecho a las vacaciones anuales retribuidas que no habían podido utilizar en el año de referencia en el que se habían devengado esos derechos. Ante la negativa de la empresa a reconocer las vacaciones reclamadas, los trabajadores presentaron sendas demandas ante conseil de prud'hommes d'Agen (Tribunal Laboral Paritario de Agen, Francia). El Syndicat national des transports urbains SNTU-CFDT, interviene en este procedimiento en apoyo de las pretensiones de los trabajadores

- Circunstancias particulares en el caso:

Resulta importante destacar en el caso tres circunstancias que definen la reclamación de los trabajadores puesto que en buena medida condiciona la admisibilidad y la respuesta del TJUE:

a) La baja médica de los trabajadores: durante la vigencia de sus respectivos contratos de trabajo, todos los demandantes estuvieron de baja por enfermedad por largos períodos de tiempo.

b) El momento de presentación: estas solicitudes se presentaron menos de quince meses después de finalizar el período de devengo de un año que daba derecho a vacaciones anuales retribuidas.

c) Los períodos reclamados: se limitaban únicamente a los derechos adquiridos durante, a lo sumo, dos períodos de devengo consecutivos.

2. *El itinerario procesal*

Este ha sido breve. Las cuestiones prejudiciales se plantean en el primer nivel judicial de la respuesta. Lo plantea el conseil de prud'hommes d'Agen (Tribunal Laboral Paritario de Agen, Francia). Por tanto, todavía no ha recaído todavía una primera decisión sobre el fondo.

3. *El procedimiento prejudicial*

- *Órgano remitente de la cuestión:* conseil de prud'hommes d'Agen (Tribunal Laboral Paritario de Agen, Francia).

- *Las tres dudas prejudiciales* que plantea el órgano judicial remitente se refieren: (1) A un problema de aplicación normativa, que se traduce en saber si los demandantes en los litigios principales pueden invocar el derecho a vacaciones anuales retribuidas previsto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 frente a Keolis Agen, a saber, una empresa privada, titular de una concesión de servicio público. (2) y (3) A la luz de determinada jurisprudencia del TJUE que admite expresamente el período de aplazamiento de los derechos a vacaciones anuales retribuidas en supuestos de baja laboral por enfermedad de larga duración; y ante divergencias en la jurisprudencia nacional sobre la fijación de un período de aplazamiento, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta:

- Primero, qué se considera un período razonable de aplazamiento;

- Segundo, si, a falta de una disposición nacional que fije un límite a ese período, un período de aplazamiento ilimitado podría ser compatible con el Derecho de la Unión.

IV. **Posición de las partes**

1. *Los cinco trabajadores:* solicitaron a la empresa que les concediera los días de vacaciones anuales retribuidas que no habían podido disfrutar durante sus respectivos períodos de enfermedad y, en el caso de aquellos cuyos contratos se habían rescindido, una compensación financiera por los días de vacaciones no disfrutados.

Estas solicitudes se presentaron menos de quince meses después de finalizar el período de devengo de un año que daba derecho a vacaciones anuales retribuidas y se limitaban únicamente a los derechos adquiridos durante, a lo sumo, dos períodos de devengo consecutivos. Reprodujeron esta petición en vía judicial, ante el conseil de prud'hommes d'Agen (Tribunal Laboral Paritario de Agen, Francia), al considerar que la denegación era contraria al Derecho de la Unión, y en particular al artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 y al artículo 31, apartado 2, de la Carta.

2. *Posición de la empresa:* se opuso a la pretensión de los trabajadores con fundamento en el artículo L. 3141-5 del Código del Trabajo alegando que las bajas laborales controvertidas en los litigios principales duraron más de un año y no fueron causadas por una enfermedad profesional.

3. *En el procedimiento prejudicial*

- *Posición de la Abogada General:* propone: 1/ que el TJUE no puede establecer qué límite es razonable, dado que tal elección corresponde a los Estados miembros. El

TJUE únicamente puede comprobar si la elección efectuada interfiere o no con la existencia del derecho a vacaciones anuales retribuidas. 2/ Con relación a las dos restantes planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, propone al TJUE que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva de ordenación del tiempo de trabajo no se opona a una normativa nacional que permite acumular las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas sin fijar un límite temporal para el período de aplazamiento por lo que respecta a tales vacaciones ni establecer la duración de un periodo razonable de aplazamiento^[3].

- *Observaciones presentadas:* 1/ en nombre de los trabajadores; 2/ en nombre de la empresa; 3/ en nombre del Gobierno francés; 4/ en nombre de la Comisión Europea. En la sentencia se deja constancia de la posición del Gobierno francés y de la Comisión Europea sobre las razones en defensa de la inadmisibilidad tanto de la segunda cuestión (definición del periodo de aplazamiento por parte del TJUE) como de la tercera (sobre la inexactitud del marco normativo que facilita el órgano judicial y, con relación a un trabajador, la innecesariedad de pronunciarse sobre la legalidad de un eventual aplazamiento ilimitado de los derechos a vacaciones anuales retribuidas).

V. Normativa aplicable al caso

1. Derecho de la Unión

3 El artículo 7 de la Directiva 2003/88, titulado «Vacaciones anuales», establece lo siguiente:

«1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales.

2. El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral.»

2. Derecho francés

4 Con arreglo al artículo L. 3141-3 del code du travail (Código del Trabajo), el trabajador tendrá derecho a dos días y medio laborables de vacaciones por cada mes de trabajo efectivo para el mismo empresario.

5 El artículo L. 3141-5 del mismo Código está redactado en los siguientes términos:

«Tendrán la consideración de tiempo de trabajo efectivo a efectos de determinar la duración de las vacaciones:

1 los períodos de vacaciones retribuidas;

[...]

5 los períodos de suspensión ininterrumpida del contrato de trabajo por accidente de trabajo o enfermedad profesional de una duración máxima de un año;

[...].»

6 El artículo L. 3245-1 de dicho Código dispone lo siguiente:

«La acción de pago o de reclamación del salario prescribirá a los tres años a partir del día en que quien la ejercite conoció o hubiera debido conocer los hechos que le permiten ejercerla. La demanda podrá referirse a las cantidades adeudadas correspondientes a los tres últimos años a partir de ese día o, cuando se resuelva el contrato de trabajo, a las cantidades adeudadas correspondientes a los tres años anteriores a la extinción del contrato.»

7 El artículo D. 3141-7 del mismo Código establece lo siguiente:

«El pago de las compensaciones debidas por las vacaciones retribuidas estará sujeto a las normas establecidas en el libro II para el pago de los salarios.»

VI. Doctrina básica

*Sobre efecto directo de la Directiva de ordenación del tiempo de trabajo en situaciones horizontales: un trabajador puede invocar el derecho a vacaciones anuales retribuidas, consagrado por la primera de estas disposiciones y concretado por la segunda, frente a su empleador, siendo irrelevante a este respecto el hecho de que este sea una empresa privada, titular de una concesión de servicio público.

*Cuando concurren periodos de aplazamiento motivados por bajas médicas prolongadas es posible fijar límites temporales para reclamar el derecho al disfrute de vacaciones, o en su defecto, compensación económica, siempre que estén conectados con la finalidad de las vacaciones.

*En el caso de que, a falta de una disposición nacional que establezca un límite temporal expreso al aplazamiento de derechos a vacaciones anuales retribuidas adquiridos y no ejercidos como consecuencia de una baja laboral por enfermedad de larga duración, cabe estimar solicitudes de vacaciones anuales retribuidas presentadas por un trabajador menos de quince meses después del final del período de devengo que da derecho a dichas vacaciones y limitadas a dos períodos de devengo consecutivos.

*En todo caso, tal aplazamiento no desvirtúa la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas, puesto que dichas vacaciones conservan su condición de tiempo de descanso para el trabajador de que se trate, y, por otra parte, que no parece que ese aplazamiento pueda exponer al empleador al riesgo de una acumulación demasiado elevada de períodos de ausencia del trabajador.

* El TJUE no es competente para responder a la cuestión relativa a definir el período de aplazamiento aplicable al derecho a vacaciones anuales retribuidas, en un contexto en el que existe criterios contradictorios en la jurisprudencia nacional (Consejo de Estado y Corte de Casación).

VII. Parte dispositiva

**Principal:*

1ª *Cuestión prejudicial:* el artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, deben interpretarse en el sentido de que un trabajador puede invocar el derecho a vacaciones anuales retribuidas, consagrado por la primera de estas disposiciones y concretado por la segunda, frente a su empleador, siendo irrelevante a este respecto el hecho de que este sea una empresa privada, titular de una concesión de servicio público.

2ª *Cuestión prejudicial:* el TJUE se declara incompetente para responder a la cuestión relativa a definir el período de aplazamiento aplicable al derecho a vacaciones anuales retribuidas, contemplado en el artículo 7 de la Directiva 2003/88, cuando el período de devengo es de un año.

3ª *Cuestión prejudicial:* el artículo 7 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una legislación nacional o a una práctica nacional que, a falta de una disposición nacional que establezca un límite temporal expreso al aplazamiento de derechos a vacaciones anuales retribuidas adquiridos y no ejercidos como consecuencia de una baja laboral por enfermedad de larga duración, permite estimar solicitudes de vacaciones anuales retribuidas presentadas por un trabajador menos de quince meses después del final del período de devengo que da derecho a dichas vacaciones y limitadas a dos períodos de devengo consecutivos.

**Accesorio* (costas): los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

VIII. Pasajes decisivos

Sobre la primera cuestión prejudicial

27 Por lo tanto, en los casos de autos, los demandantes en los litigios principales pueden invocar frente a su empleador el derecho a vacaciones anuales retribuidas, consagrado en el artículo 31, apartado 2, de la Carta y concretado por el artículo 7 de la Directiva 2003/88, con independencia de su condición de empresa privada, titular de una concesión de servicio público, e incumbe al órgano jurisdiccional remitente abstenerse de aplicar una normativa nacional contraria a esas disposiciones del Derecho de la Unión.

Sobre la segunda cuestión prejudicial

32 Como han señalado los demandantes en los litigios principales, el Gobierno francés y la Comisión Europea en sus observaciones escritas, no corresponde al Tribunal de Justicia, al pronunciarse sobre una cuestión prejudicial, determinar el período de aplazamiento aplicable al derecho a vacaciones anuales retribuidas, previsto en el artículo 7 de la citada Directiva, puesto que la determinación de ese período forma parte de las condiciones de ejercicio y aplicación del derecho a vacaciones anuales retribuidas y, por consiguiente, es competencia del Estado miembro de que se trate. Al interpretar el artículo 7 de dicha Directiva, el Tribunal de Justicia solo puede examinar si el período de aplazamiento fijado por el Estado miembro de que se trate vulnera ese derecho a vacaciones anuales retribuidas.

33 En consecuencia, el Tribunal de Justicia es incompetente para responder a la segunda cuestión prejudicial.

Sobre la tercera cuestión prejudicial

Sobre la admisibilidad

(...)

39 En los casos de autos, procede señalar que el órgano jurisdiccional remitente ha definido claramente el marco fáctico y normativo en el que se inserta la tercera cuestión prejudicial, indicando las razones por las que considera que el Derecho nacional no establece un límite temporal al aplazamiento de los derechos a vacaciones anuales retribuidas. Además, ha expuesto claramente por qué es necesaria una respuesta a esta cuestión prejudicial para poder pronunciarse sobre el eventual aplazamiento de los derechos controvertidos en los litigios principales. En estas circunstancias, no resulta evidente que dicha cuestión prejudicial sea de naturaleza hipotética o que no guarde relación alguna con la realidad o con el objeto de los litigios principales, de modo que no puede cuestionarse la presunción de pertinencia mencionada en el apartado anterior.

41 De ello se deduce que la tercera cuestión prejudicial es admisible en la medida en que se refiere a solicitudes de vacaciones anuales retribuidas presentadas por un trabajador menos de quince meses después de finalizar el período de devengo que da derecho a tales vacaciones y limitadas a dos períodos de devengo consecutivos.

Sobre el fondo

(...)

45 En efecto, según reiterada jurisprudencia, pueden establecerse limitaciones al derecho fundamental a vacaciones anuales retribuidas, consagrado en el artículo 31, apartado 2, de la Carta, si se respetan los estrictos requisitos previstos en el artículo 52, apartado 1, de esta, a saber, que tales limitaciones sean establecidas por la ley,

que respeten el contenido esencial de ese derecho y que, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión [véanse, en este sentido, las sentencias de 22 de septiembre de 2022, Fraport y St. Vincenz-Krankenhaus, C-518/20 y C-727/20, EU:C:2022:707, apartado 33, y LB (Prescripción del derecho a vacaciones anuales retribuidas), C-120/21, EU:C:2022:718, apartado 36].

52 En efecto, habida cuenta de la jurisprudencia recordada en los apartados 47 y 48 de la presente sentencia, procede señalar, por una parte, que tal aplazamiento no desvirtúa la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas, puesto que dichas vacaciones conservan su condición de tiempo de descanso para el trabajador de que se trate, y, por otra parte, que no parece que ese aplazamiento pueda exponer al empleador al riesgo de una acumulación demasiado elevada de períodos de ausencia del trabajador.

53 Así pues, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 7 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una legislación nacional o a una práctica nacional que, a falta de una disposición nacional que establezca un límite temporal expreso al aplazamiento de derechos a vacaciones anuales retribuidas adquiridos y no ejercidos como consecuencia de una baja laboral por enfermedad de larga duración, permite estimar solicitudes de vacaciones anuales retribuidas presentadas por un trabajador menos de quince meses después del final del período de devengo que da derecho a dichas vacaciones y limitadas a dos períodos de devengo consecutivos.

IX. Comentario

Tres son los problemas planteados en la sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2023.

(1) El primero tiene que ver con la condición de las partes en el litigio. Se trata de una cuestión previa. Su admisión abre puerta al tema de fondo. La empresa donde prestan servicios las personas trabajadoras afectadas pertenece al sector privado y gestiona una red de transporte público. Otra vez, se va a abordar el efecto directo de la Directiva de ordenación del tiempo de trabajo en situaciones horizontales.

No hay dificultad a la hora de responder el TJUE a esta cuestión. El TJUE se remonta a sus precedentes cuando afirma que “el derecho a un período de vacaciones anuales retribuidas que el artículo 31, apartado 2, de la Carta reconoce a todo trabajador se caracteriza porque su existencia ha sido establecida de forma imperativa y a la vez incondicional por cuanto, efectivamente, no requiere ser concretado por disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho nacional, las cuales únicamente deberán precisar la duración exacta de las vacaciones anuales y, en su caso, ciertos requisitos para el ejercicio del derecho. De ello se sigue que dicha disposición es suficiente por sí sola para conferir a los trabajadores un derecho que puede ser invocado como tal en un litigio con su empresario relativo a una situación cubierta por el Derecho de la Unión y comprendida, por tanto, en el ámbito de aplicación de la Carta” [4]. Concluyendo que “los demandantes en los litigios principales pueden invocar frente a su empleador el derecho a vacaciones anuales retribuidas, consagrado en el artículo 31, apartado 2, de la Carta y concretado por el artículo 7 de la Directiva 2003/88, con independencia de su condición de empresa privada, titular de una concesión de servicio público, e incumbe al órgano jurisdiccional remitente abstenerse de aplicar una normativa nacional contraria a esas disposiciones del Derecho de la Unión”.

(2 y 3) Los dos siguientes afectan al núcleo de la cuestión (interacción de circunstancias que determinan el aplazamiento y el derecho a vacaciones): 1/ ¿Puede un trabajador acumular sin ninguna limitación temporal los días de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas o exige el artículo 7, apartado 1, de la Directiva de ordenación del tiempo de trabajo a los Estados miembros que establezcan períodos de aplazamiento limitados?; 2/ Para el caso de que se permita la regulación por los

Estados miembros de periodos de aplazamiento limitados ¿cuál es la duración razonable de un periodo de esa naturaleza? ¿corresponde decidirlo al TJUE o es competencia de los Estados?

Las respuestas del TJUE sobre estas cuestiones oscilan desde su inadmisibilidad – no cabe definir qué es plazo razonable de aplazamiento en el ámbito competencial del TJUE – hasta la respuesta de fondo de la viabilidad de atender solicitudes de vacaciones anuales retribuidas, pero que no resulta del todo completa sobre el alcance de esos límites, esto es, hasta cuando puede llegar, porque se sujeta a las circunstancias particulares del caso, a saber: a) baja médica de los trabajadores; b) momento de presentación de las solicitudes (menos de quince meses después de finalizar el período de devengo de un año que daba derecho a vacaciones anuales retribuidas); y c) periodos reclamados acotados – máximo dos periodos de devengo consecutivos-.

No parece haber duda de que hay límites a esa reclamación de periodos de vacaciones no disfrutados por interacción de otras situaciones protegidas, como son las bajas médicas. El problema es de hasta dónde puede llegar esa medición temporal y su contenido. La clave está en su conexión con el elemento finalístico de las vacaciones. De momento, dando respuesta al caso concreto, el TJUE entiende que “a falta de una disposición nacional que establezca un límite temporal expreso al aplazamiento de derechos a vacaciones anuales retribuidas adquiridos y no ejercidos como consecuencia de una baja laboral por enfermedad de larga duración”, cabe “estimar solicitudes de vacaciones anuales retribuidas presentadas por un trabajador menos de quince meses después del final del período de devengo que da derecho a dichas vacaciones y limitadas a dos periodos de devengo consecutivos.” Ahora bien, lleva a cabo un aviso a navegantes. Ir más allá de ese límite temporal, en su doble aspecto, tanto del momento de la solicitud como de los periodos consecutivos reclamados, se vincula a la posibilidad de ejercicio y a la finalidad de las vacaciones.

No puede ser de otra manera. La interacción del derecho a disfrutar vacaciones con otras situaciones protegidas tiene un punto de conexión con la relevancia del elemento finalístico definidor del derecho a las vacaciones^[5]. Si bien el efecto positivo de las vacaciones anuales retribuidas para la seguridad y la salud del trabajador se despliega plenamente cuando se disfrutan en el año previsto, es decir, durante el año en curso, ese tiempo de reposo no pierde interés a este respecto si se disfruta en un período posterior (TJUE 6-4-06, *Federatie Nederlandse*, C-124/05, y TJUE 20-1-09, *Gerhard Schultz-Hoff* y otros C-350/06 y C-520/06). Esta declaración conecta con una premisa interpretativa clásica del TJUE en situaciones de solapamiento o interacción de derechos consistente en que «un permiso garantizado por el Derecho comunitario no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por el mismo Derecho» (TJUE 6-4-06, *Federatie Nederlandse*, C-124/05). Y como quiera que la casuística es muy variada la STJUE de 30-6-16 *Sobczyszyn* (C-178/15) ha precisado con relación a los «periodos de descanso por convalencia» que no son equiparables a las vacaciones anuales. No obstante, matiza: (i) que el Derecho de la UE exige que, si el periodo de vacaciones en un centro se superpone con una etapa de convalencia, la persona afectada tenga derecho a un nuevo y específico señalamiento de fechas; (ii) la finalidad de las vacaciones anuales retribuidas como tiempo de reposo no pierde interés si se disfruta en un período posterior en caso de periodo de convalencia; incumbiendo al juez nacional interpretar si las vacaciones diferidas cumplen su finalidad. En este sentido, como atinadamente autorizada doctrina^[6] ha puesto de relieve, “el TJUE está reforzando su jurisprudencia sobre las posibles limitaciones temporales para la solicitud del ejercicio del derecho, o su compensación económica, y por tanto la limitación respecto a todo el periodo al que tuviera en principio derecho el trabajador por no haber podido disfrutar de las vacaciones, cuya doble finalidad es que “el trabajador descanse de la ejecución de las tareas que le incumben según su contrato de trabajo, por una parte, y que disponga de un periodo de ocio y esparcimiento, por otra”, y que “el derecho a vacaciones anuales retribuidas adquirido por un trabajador que se encuentra en situación de incapacidad laboral durante varios periodos de devengo consecutivos solo puede responder a los dos aspectos de su finalidad si el aplazamiento no supera cierto límite temporal” ya

que “ más allá de ese límite, las vacaciones anuales carecen de su efecto positivo para el trabajador en su calidad de tiempo de descanso y solo conservan su condición de período de ocio y esparcimiento”

X. Apunte final

En lugar de uno, cuatro apuntes finales.

*En primer término, la sentencia revela la importancia que el TJUE otorga al derecho a vacaciones anuales retribuidas como derecho fundamental referido a las condiciones de trabajo justas y equitativas en el marco del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. La ficha de planificación técnica incorporada a la página oficial de jurisprudencia del TJUE así lo constata^[7].

*En segundo lugar, el TJUE, con sabio equilibrio y ponderación, conecta en los supuestos de aplazamiento de vacaciones por concurrencia de procesos de baja médica prolongada, el plazo de ejercicio y la extensión de periodos acumulables a la relevancia de la finalidad de las vacaciones. En el concreto caso que examina, considera que son admisibles las solicitudes de vacaciones anuales retribuidas si se realizan en menos de quince meses después de finalizar el período de devengo y se limiten a dos periodos consecutivos. Las preguntas están servidas ¿y si se producen transcurrido ese plazo? ¿dejan de ser atendibles esas solicitudes? ¿Está definiendo, implícitamente el TJUE, lo que un aplazamiento razonable? Y del mismo modo ¿qué ocurre si se piden más de dos meses consecutivos? Protagonista imprescindible en el escenario para responder estas cuestiones vendrá constituido por el juicio de ponderación sobre la finalidad a la que deben responder las vacaciones.

*Un tercer apunte referente a la proyección concreta de este pronunciamiento con relación a nuestro ordenamiento jurídico laboral, y más concretamente, con el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores. Recordemos que el artículo 38.3 párrafo tercero dispone que “[E]n el supuesto de que el periodo de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado.” Todo apunta, conforme a los dictados del TJUE, que nuestra legislación es respetuosa con la normativa de la Unión Europea en esta materia.

*Una última reflexión que anunciábamos en la introducción de este comentario. Con esta sentencia el TJUE ha aprovechado la oportunidad para marcar límites en el objeto del planteamiento de cuestiones prejudiciales. Son muy interesantes las consideraciones que hace el TJUE sobre su posición como máximo órgano judicial de consulta frente a las dudas aplicativas que plantea el órgano judicial requirente (de primera instancia) que invoca como razones que le llevan al planteamiento de la cuestión la contradictoria jurisprudencia nacional – Consejo de Estado, contenciosa versus laboral del Tribunal de Casación - sobre el carácter limitado o ilimitado del periodo de aplazamiento. El TJUE no está para resolver contradicciones en la jurisprudencia nacional. Su ámbito normativo e interpretativo trasciende a cuestiones prejudiciales planteadas en clave interna en la que el juez nacional es competente. También debe tomarse buena nota sobre las observaciones acerca de la “presunción de pertinencia” y la asunción de “responsabilidad” de los órganos judiciales^[8] requirentes sobre la exactitud de informar sobre marco fáctico y jurídico al TJUE cuando plantean las cuestiones prejudiciales los órganos judiciales requirentes, lo que conlleva a tener en cuenta que el control del TJUE está muy limitado pues se reserva para casos de manifiesta discordancia de la cuestión planteada con el litigio principal.

Referencias:

1. ^ Para visión sobre la jurisprudencia del TJUE en esta materia, Martínez Moya, Juan. *Las vacaciones. Capítulo 32. Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia. Volumen II. VV.AA. María Emilia Casas Baamonde. Ignacio García-Perrote Escartín. Román Gil Alburquerque. Adriano Gómez García-Bernal. Antonio V. Sempere Navarro. Directores. Derecho del Trabajo y Seguridad Social. 17. Volumen II. AEBOE. FIDE.ASNALA.FORELAB. Madrid 2023. Págs. 1365-1405.*
2. ^ Rojo Torrecilla, Eduardo. *¿Hay límite temporal para reclamar el disfrute de vacaciones o la compensación económica correspondiente? Notas a la sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2023 (asuntos C-271/22 a C-275/22). 10 de noviembre de 2023*<http://www.eduardorojotorrecilla.es/>
3. ^ ECLI:EU:C:2023:243, Conclusiones presentadas el 23 de marzo de 2023
4. ^ Sentencia de 6 de noviembre de 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, C-684/16, EU:C:2018:874, apartado 74 y jurisprudencia citada).
5. ^ Martínez Moya, Juan. *Las vacaciones. Derecho Social de la Unión Europea. VV.AA. Op. Cit. Pág. 1384 y 1385*
6. ^ Rojo Torrecilla, Eduardo. *¿Hay límite temporal para reclamar el disfrute de vacaciones o la compensación económica correspondiente? Notas a la sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2023 (asuntos C-271/22 a C-275/22). 10 de noviembre de 2023*<http://www.eduardorojotorrecilla.es/>
7. ^ <https://curia.europa.eu/juris/fiche>
8. ^ Párrafo 38 de la sentencia

§ 93 Establecimiento y aplicación de coeficientes reductores en la edad de jubilación.

Antonio V. Sempere Navarro

Director de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Universidad (s.e.)

Resumen: Se discute sobre la legitimación para iniciar el procedimiento tendente a rebajar la edad general de jubilación cuando concurren circunstancias gravosas en el tipo de actividad desarrollado. La sentencia comentada analiza a situación anterior a modificarse la Ley General de Seguridad Social (2022) y examina el régimen aplicable. Concluye que ese procedimiento para rebajar la edad de jubilación podía instarse de forma unilateral (por los sindicatos o por las patronales). Advierte, sin embargo, que ya no es así en la actualidad. Asimismo, esta sentencia permite recordar los criterios de la Sala Cuarta, especialmente subrayando que la rebaja de la edad de jubilación es una figura excepcional y no puede ser objeto de interpretación extensiva o analógica. Se descarta la posibilidad de que individualmente pueda obtenerse ese beneficio, siendo imperativo en todo caso seguir el procedimiento reglamentariamente previsto (Real Decreto 1698/2011).

Palabras clave: Coeficientes reductores. Edad de jubilación. Trabajos penosos, tóxicos o peligrosos. Libertad sindical.

Abstract: There is a discussion about the legitimacy to initiate the procedure aimed at lowering the general retirement age when there are burdensome circumstances in the type of activity carried out. The aforementioned judgment analyzes the situation prior to the amendment of the General Social Security Law (2022) and examines the applicable regime. It concludes that such a procedure to lower the retirement age could have been initiated unilaterally (by the trade unions or by the employers). He warns, however, that this is no longer the case today. This judgment also makes it possible to recall the criteria of the Fourth Chamber, especially by stressing that the lowering of the retirement age is an exceptional figure and cannot be subject to extensive or analogous interpretation. The possibility that this benefit can be obtained individually is ruled out, and it is imperative in any case to follow the procedure provided for in the regulations (RD 1698/2011).

Keywords: Reduction coefficients. Retirement age. Arduous, toxic or dangerous work. Freedom of association.

I. Introducción

Desde el punto de vista de la edad se habla de jubilación a la edad ordinaria por referencia a la acaecida cuando las normas de Seguridad Social consideran que debe producirse para la generalidad de afectados; en ese momento tanto da que estemos

ante jubilación de carácter voluntario u obligatorio. Es la que surge al alcanzar los 67 años (aunque el tránsito desde los 65 hasta ellos está en curso) y cualquier persona que cumpla los demás requisitos puede optar por hacerla coincidir con el inicio de su pensión; esta es la edad de la *jubilación ordinaria general*.

Tal edad mínima puede rebajarse (por el Gobierno) respecto de actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca (art. 161.2 LGSS/1994). Así ha sucedido, por ejemplo, para personal de vuelo en compañías aéreas (RD 1559/1986), trabajadores ferroviarios y profesionales taurinos o artistas (RD 2621/1986), empleados de minería no integrados en el REMC (RD 1159/1986), trabajadores del mar (RD 1559/1986), Policías Locales (RD 1449/2018, de 14 de diciembre), etc.

Esta *jubilación ordinaria especial* (hay quien prefiere hablar de jubilación anticipada) encuentra su fundamento en el mayor desgaste físico sufrido en determinados trabajos a lo largo de la vida profesional. Por ello, el adelanto no conlleva penalizaciones sino que se adoptan medidas para calcular la pensión como si se estuviera en la edad general; en todo caso, las normas particulares en cuestión sólo pueden aplicarse a las pensiones causadas a partir de la entrada en vigor de cada una de ellas^[1] y de su tenor no se desprende que la jubilación se configure como forzosa sino que conserva su carácter potestativo^[2].

Cuando los datos empíricos indican la existencia de elevados índices de penosidad, toxicidad, peligrosidad o insalubridad en determinados colectivos, con la consiguiente morbilidad o mortalidad es lógico que se busque una mejora de la protección dispensada. Una de las medidas adoptadas consiste en fijar una edad de acceso a la jubilación más baja que la ordinaria, Lo mismo si se trata de actividades que requieren un importante esfuerzo físico.

Con diversas redacciones, la LGSS viene contemplando esa posibilidad y remitiendo su virtualidad práctica a la concreción individualizada. Es decir, existe un procedimiento tendente a comprobar que concurren las circunstancias que aconsejan implementar la reducción de la edad de jubilación y, en su caso, una decisión normativa que la adopta. Ante el silencio de la Ley sobre el particular, es el RD 1698/2011, de 18 de noviembre, la norma que ha venido regulando el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el sistema de la Seguridad Social.

Lo que aquí se discutía es si basta con que una organización sindical (la Confederación General del Trabajo) así lo pida para que se active el procedimiento.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Tercera (Sección Cuartal) del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1333/2023, de 29 octubre.

Tipo y número de recurso: Recurso de casación núm. 8432/2021.

ECLI:ES:TS:2023:5897

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

Votos Particulares: carece.

III. Problemas suscitados. Hechos y antecedentes

1. Solicitud sindical

La sentencia glosada surge en el marco de un procedimiento fácilmente resumible. Con fecha 1 de marzo de 2018 la CGT solicita, al amparo del art. 10.b del RD 1698/2022, que se inicie el procedimiento para establecer coeficientes reductores a la edad de jubilación al colectivo de trabajadores de las empresas auxiliares de instalaciones y mantenimientos de la industria petroquímica (refinerías y almacenaje).

2. Decisión administrativa denegatoria

Con fecha 21 de mayo de 2018 la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS) deniega lo solicitado por dos razones principales:

1ª) Porque era precisa la actuación conjunta de las organizaciones empresariales y sindicales, no bastando con que la pretendan unas u otras por separado. En el caso no concurren ninguna de las organizaciones empresariales.

2ª) Porque no se justificaban las de excepcionales condiciones de peligrosidad, penosidad, insalubridad o toxicidad, a fin de que sean establecidos coeficientes de reductores a la edad de jubilación para el colectivo señalado.

3. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

Mediante sentencia de 21 de mayo de 2018, la Sala de lo Contencioso del TSJ de Madrid (Sección Sexta) estima el recurso y anula las decisiones administrativas (la expresa y la tácita) impugnadas.

La sentencia recuerda que la DGOSS había considerado suficiente la solicitud individual para la iniciación del procedimiento hasta en 26 ocasiones anteriores, apartándose inmotivadamente de tal criterio en la concreta resolución que se impugna en la instancia. Asimismo invoca la doctrina constitucional sobre interpretación de las normas en el sentido más favorable a la virtualidad de los derechos fundamentales (SSTC 133/2001 y 219/2001).

Concluye que la interpretación más eficaz para la efectividad de los derechos fundamentales aboca a que no sea preciso que a las organizaciones sindicales más representativas se hayan de unir necesariamente las organizaciones empresariales para poder instar eficazmente la apertura del procedimiento para el establecimiento de coeficientes reductores a la edad de jubilación por aplicación del RD 1698/2011.

IV. Posición de las partes

Disconforme con esa decisión, es la Administración de la Seguridad Social quien ahora recurre en casación.

Lo que se debate es si, en virtud del artículo 10 b) del RD 1698/2011, el procedimiento general en orden al establecimiento de coeficientes reductores para se puede iniciar a instancia de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel estatal, sin concurrir ambas de forma conjunta, o es necesaria siempre esa solicitud conjunta.

1. La Administración del Estado

El recurso de casación formalizado por la Abogacía del Estado desarrolla las siguientes líneas argumentales.

1ª) El precepto es una norma de excepción pues viene a modificar la regla general de edad de jubilación. Además, la mención que el artículo 10.b) a las organizaciones empresariales y sindicales “más representativas a nivel estatal” fue anulada por STS de 22 de octubre de 2012 (recurso 816/2011).

2ª) Resulta imprescindible la intervención de las organizaciones representativas de los empresarios del sector como partes interesadas porque las consecuencias jurídicas, para el caso de que se apruebe la norma en cuestión, no solo recaen sobre los trabajadores, sino también sobre ellos.

3º) El 7 de junio de 2017 la DGOSS dictó una Circular explicando, fundamentando y argumentando la exigencia de la presentación conjunta de la solicitud a tenor del propio artículo 10. b) del RD 1698/2011.

2. El sindicato CGT

El Sindicato ahora recurrido argumenta en favor de que se confirme su derecho a instar, sin precisar del concurso de organizaciones empresariales, el procedimiento para el establecimiento de coeficientes reductores a la edad de jubilación por aplicación del RD 1698/2011. Veamos sus razones:

1ª) Interpretación literal de la norma, respaldada por el Preámbulo de la Ley 21/2021, indicando que se modificará reglamentariamente la legitimación para iniciar el procedimiento para el reconocimiento y aplicación de los coeficientes reductores por motivos de actividad para que empresarios y centrales sindicales soliciten conjuntamente el inicio del procedimiento.

2ª) Presencia patronal a lo largo del procedimiento. Por previsión expresa de la norma reglamentaria (artículo 11.4), las organizaciones empresariales intervienen y participan en el procedimiento, pero ello no conlleva, según la norma, una solicitud conjunta con los sindicatos para activar el procedimiento. Por tanto eso presupone que no es necesaria la solicitud conjunta.

3ª) Se vulneraría el derecho fundamental a la libertad sindical en caso de suprimir la autonomía de las centrales sindicales y someter la acción sindical a la voluntad de las empresas. En el artículo 28.1 CE se integra el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical, comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebidas injerencias de terceros (STC 94/1995, de 19 junio).

V. Normativa aplicable al caso

1. Ley General de Seguridad Social de 1994 y 2015

El artículo 161.bis LGSS/1994 regulaba la jubilación anticipada. Su apartado 1 comenzaba así: *La edad mínima a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo anterior podrá ser rebajada por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y, acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca.*

Esa redacción es la que pasó, en sus propios términos, al artículo 206 de la LGSS en la versión aprobada mediante Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre

2. Ley 27/2021, de 28 de diciembre

La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas introdujo importantes novedades en materia de jubilación, incluyendo su modalidad anticipada. El propio Preámbulo da cuenta de tales cambios^[3] y el artículo 206.1 pasa a tener la redacción actualmente vigente en los siguientes términos:

La edad mínima de acceso a la pensión de jubilación a la que se refiere el artículo 205.1.a) podrá ser rebajada por real decreto, a propuesta del titular del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre

que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca.

A tales efectos, reglamentariamente se determinará el procedimiento general para establecer coeficientes reductores que permitan anticipar la edad de jubilación en el sistema de la Seguridad Social, que incluirá, entre otras, la realización previa de estudios sobre siniestralidad en el sector, penosidad, peligrosidad y toxicidad de las condiciones del trabajo, su incidencia en los procesos de incapacidad laboral de los trabajadores y los requerimientos físicos o psíquicos exigidos para continuar con el desarrollo de la actividad a partir de una determinada edad.

El establecimiento de coeficientes reductores de la edad de jubilación solo procederá cuando no sea posible la modificación de las condiciones de trabajo.

El artículo 205 LGSS regula la jubilación y establece en 67 años la edad ordinaria (aunque aplicada progresivamente). El art. 206, como acaba de verse, permite que la edad mínima para poder acceder a la prestación de jubilación forzosa se vea rebajada en determinados supuestos, pero no es esta norma la que determina hasta qué edad hay que trabajar hasta poder extinguir la relación de servicios por razón de edad. Ahora interesa examinar con detalle el apartado 2 de este artículo:

En los términos que se establezcan reglamentariamente, el inicio del procedimiento deberá instarse conjuntamente por organizaciones empresariales y sindicales más representativas, si el colectivo afectado está constituido por trabajadores por cuenta ajena; y por asociaciones representativas de trabajadores autónomos y organizaciones empresariales y sindicales más representativas, cuando se trate de trabajadores por cuenta propia. Cuando el procedimiento afecte al personal de las administraciones públicas la iniciativa corresponderá conjuntamente a las organizaciones sindicales más representativas y a la administración de la que dependa el colectivo.

3. Real Decreto 1698/2011

Mediante RD 1698/2011, de 18 de noviembre, se regula el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el sistema de la Seguridad Social. A nuestros efectos, son reveladoras las indicaciones que aparecen en su Preámbulo: El «procedimiento general de aprobación de coeficientes reductores de la edad de jubilación en los distintos sectores y ámbitos de trabajo.... exige la realización previa de estudios sobre siniestralidad en el sector... el establecimiento de coeficientes reductores de la edad de jubilación, que sólo procederá cuando no sea posible la modificación de las condiciones de trabajo, conllevará los ajustes necesarios en la cotización para garantizar el equilibrio financiero... ».

El procedimiento «podrá iniciarse» de oficio –por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social– o a instancia de los empresarios y trabajadores –por cuenta ajena o propia– a través de las organizaciones empresariales, sindicales o de autónomos más representativas a nivel estatal, y en todo caso se proclama que «las empresas o los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, considerados individualmente, no estarán legitimados para instar el inicio de las actuaciones» [art. 10];

Tras ello –instancia legitimada– se abre una fase previa en la que la Secretaría de Estado de Empleo, con la colaboración de otros organismos, llevará a cabo un estudio sobre la concurrencia de los supuestos que permiten determinar esos coeficientes o rebajar la edad [art. 11].

Posteriormente, si se deduce la necesidad de establecer coeficientes reductores de la edad o de adelantar la edad de jubilación, la Secretaría de Estado de Empleo lo pondrá en conocimiento de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, la cual, efectuados los estudios e informes que considere necesarios, «podrá iniciar los trámites, siguiendo al efecto los previstos en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno , para que mediante Real Decreto, dictado a propuesta del Ministro de Trabajo e Inmigración, la edad mínima exigida en cada caso

pueda ser rebajada, en un determinado sector o actividad, con indicación de las escalas, categorías o especialidades que resulten afectadas» [art. 12].

VI. Doctrina básica.

1. Argumentos de la legitimación unilateral

La sentencia comentada respalda la legitimación de la CGT para instar el procedimiento de referencia^[4]. Lo hace sobre la base de las siguientes razones.

1ª) Literalidad de la norma reglamentaria. El empleo de la conjunción copulativa “y” entre los dos tipos de organizaciones (empresariales y sindicales) no predetermina la existencia de una obligación de actuación conjunta. La dicción normativa forma un conjunto de entes a que se les reconoce legitimación para iniciar el procedimiento, pero mantiene la independencia de cada una de ellas para realizarlo, sin imponer la actuación conjunta, de manera que no impone o supedita la capacidad de ninguna de ellas a la de la otra.

2ª) Sentido de los cambios normativos de 2021. Cuando el legislador ha querido esa actuación conjunta lo ha manifestado de forma expresa. En tal sentido, debe verse el tenor de la Ley 21/2021 (“En los términos que se establezcan reglamentariamente, el inicio del procedimiento deberá instarse conjuntamente por organizaciones empresariales y sindicales”), lo que choca con el texto precedente. No se discuten ni la justicia ni la razonabilidad de la solución a la que se llega este puntual supuesto, pero, a la vista de los precedentes jurisprudenciales, sorprende la “lógica” del razonamiento utilizado en esta sentencia, que suscita en el intérprete una comprensible inseguridad respecto de si en casos análogos se abrazará idéntico criterio y se acudirán nuevamente a la analogía para extender la cobertura de las normas de Seguridad Social más allá de sus límites originarios. Y la duda surge porque en múltiples ocasiones los tribunales han declarado que en el terreno prestacional rige el principio “*inclusio unius, exclusio alterius*”, insistiendo en que las normas de Seguridad Social no consienten, por lo general, interpretaciones extensivas que franqueen el acceso a las prestaciones en situaciones de necesidad económica y respecto de colectivos que no se encuentran expresamente protegidos y/o no cumplen los requisitos exigidos para optar a dicha protección^[5]; lo contrario pondría olvidar que el contenido y alcance de la protección social no es ilimitado, sino que depende tanto de las disponibilidades financieras del sistema como de muy variables opciones de política legislativa.

3ª) La legitimación única y conjunta no puede ser consecuencia de la necesidad de que las organizaciones empresariales intervengan en el procedimiento. La previsión de participación y alegación de todos los interesados que impone el artículo 11.4 del RD 1698/2011 así lo acredita.

4ª) Que la jubilación anticipada por coeficientes reductores constituya una excepción no implica que la legitimación para instar su establecimiento sectorial deba interpretarse con ese criterio. La excepcionalidad de la norma no puede alcanzar a la limitación de legitimaciones para poner en marcha el procedimiento de modificación.

5ª) Una Circular de la DGOSS (sin publicar) carece de virtualidad para condicionar el tenor de las normas aplicables.

6ª) Cuando la STS-CONT 22 octubre 2012 (recurso 816/2011) anuló la expresión “más representativas a nivel estatal” del artículo 10.b) del RD 1698/2011 ya advirtió que incidía negativamente en el desarrollo de las funciones típicamente sindicales y creaba situaciones de desigualdad, vulnerando el derecho de libertad sindical que les reconoce el artículo 28 de la Constitución.

7ª) La interpretación de la Administración vulnera la libertad sindical, lo desnaturaliza y vacía de contenido al suprimir la autonomía de las centrales sindicales y supeditar su acción a la voluntad de las empresas. Los sindicatos están constitucionalmente habilitados para la defensa, protección y promoción de los

intereses de los trabajadores, en este caso la propia salud por la realización de actividades laborales que implican el sometimiento a un excepcional índice de penosidad, peligrosidad, insalubridad o toxicidad.

2. *Carácter instrumental de la legitimación*

La posibilidad de que se inste el inicio del procedimiento por organizaciones empresariales y sindicales separadamente no elimina el carácter no vinculante de esa iniciativa, tal y como se desprende del propio artículo 10.b) del RD 1698/2011, que habla de “petición razonada no vinculante”.

LA STS-CONT de 22 de octubre de 2012 (recurso 816/2011) ya explicó que esa iniciativa *“En realidad, no implica capacidad de decisión distinta de la poner en marcha la fase previa de un procedimiento sobre el que solamente la Administración tiene facultades resolutivas a las cuales queda, por tanto, supeditada la suerte del mismo y en el que lo único que se garantiza a los promotores es la recepción de informes y estudios o la comunicación de que hay que modificar, conforme a la normativa vigente, las condiciones de trabajo”*.

VII. Parte dispositiva

Tras haber expuesto los argumentos indicados, la sentencia concluye desestimando el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Administración del Estado, confirmando la sentencia dictada por el TSJ de Madrid.

En materia de costas procesales, de conformidad con el dispuesto en el artículo 139.3, en relación con el artículo 93.4, de la LJCA, cada parte abonará las costas de la casación causadas a su instancia y las comunes por mitad.

VIII. Pasajes decisivos

El Fundamento de Derecho Séptimo contiene la respuesta a la cuestión de interés casacional, que formula del siguiente modo:

El artículo 10.b), del Real Decreto 1698/2011, de 18 de noviembre, permite que el procedimiento de modificación de coeficientes correctores de la edad de jubilación se inicie a instancia de las organizaciones empresariales y sindicales sin necesidad de que ambas estén obligadas a actuar en forma conjunta.

Pero conviene advertir que se trata de doctrina incompatible con la actual redacción de la LGSS pues el artículo sí impone la actuación conjunta de las organizaciones empresariales y sindicales. Desde su entrada en vigor, por tanto, el artículo 10.b) del Real Decreto 1698/2011 sí debe interpretarse tal y como sostenía la Administración de la Seguridad Social. No solo pide que se inste el procedimiento conjuntamente, sino que habla de organizaciones “más representativas”.

Según su Disposición Final Octava, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, entró en vigor el 1 de enero de 2022, sin que aparezca previsión transitoria alguna respecto de la materia aquí examinada. Por tanto, las solicitudes posteriores a dicha fecha ya han debido acomodarse a las nuevas exigencias, debiendo entenderse tácitamente derogadas las previsiones reglamentarias que se separen de ellas.

IX. Comentario

1. *Categorías omitidas en el listado del Real Decreto específico*

Las SSTS 549/2017 de 21 junio (rcud. 157/2016) y 714/2018 de 4 abril (rcud. 184/2017) han examinado la pretensión de determinados trabajadores ferroviarios (Conductores de Vagoneta de Línea Electrificada) para conseguir la jubilación anticipada por aplicación de coeficientes reductores^[6].

La clave se encuentra en que el artículo 3.1 del RD 2621/1986 introdujo esa figura en el ámbito de las tareas ferroviarias, pero omitiendo la categoría de quienes reclaman. La jurisprudencia unificada en tal caso concluye que debe fracasar la

reclamación judicial de reconocimiento del coeficiente para una actividad omitida pues tal régimen es excepcional y no puede ser objeto de interpretación extensiva o analógica. Para obtener lo pedido ha de seguirse el procedimiento previsto en el RD 1698/2011, a instancia de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas.

Debe efectuarse una interpretación literal de la norma sobre perfiles profesionales beneficiados por los coeficientes reductores. Lo cierto es que la concreta categoría profesional de los demandantes no se halla incluida en el tan citado listado, y que no cabe en ningún caso efectuar una interpretación extensiva del precepto, ya que el mismo hace exclusiva referencia a determinadas reducciones en la edad mínima de jubilación, "*por razón de trabajos excepcionalmente penosos o peligrosos*", sin que ello pueda identificarse con el hecho de la percepción por los actores de un genérico complemento retributivo por *peligrosidad*, cuyo reconocimiento no presupone haber superado las exigencias que se demandan en el art. 2 del RD 1698/2011, de 18 de noviembre, para valorar el puesto de trabajo, tales como la especial "*peligrosidad, insalubridad o toxicidad y en las que se hayan comprobado unos elevados índices de morbilidad o mortalidad o la incidencia de enfermedades profesionales; además, se tendrán en cuenta la morbilidad y mortalidad por enfermedad y su relación directa con el trabajo...*"

2. Personal de vuelo: una inflexión interpretativa

Suerte distinta ha corrido el personal de vuelo de las compañías aéreas, al que se ha reconocido el derecho a anticipar la edad de jubilación siguiendo las normas del RD 1559/1986, de 28 de junio (primero) y del RD 270/2000 de 25 febrero (después), por los que se reduce la edad de jubilación del personal de vuelo de trabajos aéreo. Los argumentos de la jurisprudencia son los siguientes^[7].

1º) El personal de vuelo que se dedica al transporte aéreo de personas y mercancías lleva a cabo una actividad sustancialmente igual a la de los tripulantes de vuelo, pues se trata de dos modalidades distintas del pilotaje de aviones y de los correspondientes trabajos auxiliares. En ambos concurren "especiales condiciones de peligrosidad y penosidad", en él concurren "las peculiares condiciones de la actividad aeronáutica" y se produce "el prematuro envejecimiento" propio de las mismas, con el inconveniente añadido que representa la frecuente retirada de licencias de vuelo antes de cumplir los 65 años.

2º) Procede la "aplicación analógica" del RD 1559/1986, pues concurre la "identidad de razón" entre la situación de estos pilotos en relación con su edad de jubilación y la de los pilotos de las compañías de trabajos aéreos^[8].

3º) El índice de peligrosidad de los transportes aéreos de personas es muy superior al de las restantes actividades aéreas. Los pilotos de aeronaves o aviones tienen que cesar en el desempeño de su función al cumplir los 60 años (art. 2º.2 del RD 959/1990, de 8 junio), con lo que de aplicarse restrictivamente el RD 1559/1986 se les depararía el mayúsculo perjuicio de "dejarles en una situación de manifiesta desprotección durante los cinco años comprendidos entre los sesenta y los sesenta y cinco años de edad, puesto que de una parte se les impediría seguir ejerciendo su profesión, y, por otra parte, se les negaría el acceso a la prestación de jubilación".

4º) Tratándose de un supuesto de prestación de seguridad social, sigue vigente el criterio jurisprudencial afirmativo de que "es imperativo que las normas de la Seguridad Social, en cuanto partícipes del mejoramiento y progreso constitutivo de la Justicia como fundamento de todo Derecho, deben interpretarse de forma y modo que su aplicación no frene su dinamismo progresivo, acorde con las garantías de asistencia y prestaciones sociales que postula la Constitución, en cuanto inherentes al Estado Social y de Derecho"^[9].

3. Desistimiento de la iniciativa

La STS 82/2017 de 31 enero (rec. 114/2016) desestima recurso de la Administración frente a la STSJ Madrid que estimó la demanda de los sindicatos solicitando la nulidad de la resolución de la Secretaria de Estado de la Seguridad Social que acordó el desistimiento y consiguiente archivo de la solicitud realizada para iniciar el procedimiento general en orden a establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación para la actividad de pocería en la industria del sector de la construcción^[10].

Concluye que no puede la Administración requerir documentación que no se exige en las normas aplicables ni con carácter general ni en la fase previa procedimental, habiendo presentado los actores todos los datos identificativos que tenían en su poder en términos suficientes como para que la demandada diese el paso siguiente de completarlos por sí misma sin echar sobre los instantes del procedimiento la carga de la aportación de unos datos de los que carecen^[11].

X. Apunte final

La sentencia comentada contiene una interpretación de preceptos reglamentarios a la luz del alcance de la libertad sindical, lo que resulta merecedor de favorable acogida. Su estudio permite comprobar cómo el orden contencioso parifica a los sindicatos, con independencia de su mayor o menor representatividad, permitiendo que uno cualquiera de ellos actúa como representante general de las personas que trabajan.

Por otro lado, la modificación del artículo 206 LGSS llevada a cabo a fines de 2021 aparece como toda una enmienda a la interpretación que sentencias como la del TSJ de Madrid (2018), ahora confirmada, vinieron haciendo. Ni unilateralidad, sino promoción conjunta; ni admisión de que actúa cualquier organización, sino solo las más representativas.

Referencias:

1. [^] Esta advertencia puede verse en SSTS 14 diciembre 1995 (rcud. 1900/1995) y 2 febrero 1996 (rcud. 827/1995).
2. [^] En este sentido, STS 15 julio 1991 (rcud. 10210/1991).
3. [^] En materia de jubilación anticipada por razón de la actividad, se lleva a cabo una revisión del procedimiento del reconocimiento de coeficientes reductores por edad, regulándose ahora por separado estos supuestos respecto de aquellos otros en los que la anticipación de la jubilación deriva de la situación de discapacidad del trabajador; se modifica la legitimación a la hora de instar el inicio del procedimiento; se realiza una remisión a lo que reglamentariamente se determine, en el marco del diálogo social, respecto de los indicadores que acrediten la concurrencia de circunstancias objetivas que justifiquen la aplicación de tales coeficientes; se crea una comisión encargada de evaluar y, en su caso, de instar la aprobación de los correspondientes decretos de reconocimiento de coeficientes reductores; y, finalmente, se prevé el establecimiento de un procedimiento para la revisión de los coeficientes reductores de edad, con una periodicidad de diez años.
4. [^] Similar criterio, incluso de forma tácita, está presente en la STS-SOC 82/2017, a la que aludiremos más adelante. Solo que en tal caso era un sindicato más representativo y de ámbito estatal (UGT) quien había puesto en marcha el procedimiento.
5. [^] Efectivamente, en sentencias de 8 marzo y 26 noviembre 1993 cuyas argumentaciones reproduce la STS de 6 mayo 1994 (rcud. 2047/1993), el

Tribunal Supremo sostiene que no puede, en principio, extenderse la acción protectora de la Seguridad Social a situaciones de necesidad económica no concebidas como susceptibles de protección en la norma que las regula.

6. *^ Se desechan los argumentos opuestos conforme a los cuales: 1º) La lista proporcionada por el referido precepto del RD 2621/1986 es «numerus apertus». 2º) Las funciones realizadas por los actores «guardan suficiente similitud con las propias de las categorías sí contempladas en el Real Decreto». 3º) El «apoyo en la literalidad del precepto discutido» comporta un «rigorismo excesivo».*
7. *^ SSTs 14 diciembre 1999 (rcud. 1183/1999) y 27 enero 2009 (rcud. 1354/2008).*
8. *^ El RD 270/2000 se refiere al ejercicio de las funciones del personal de vuelo de las aeronaves civiles, lo que constituye una denominación genérica como para poder incluir a todos los profesionales de aeronaves, sea cual fue la dedicación de éstas, tratándose*
9. *^ STS de 27 diciembre 1988 (ECLI:ES:TS:1988:16210).*
10. *^ La controversia se circunscribe a determinar si han sido correctas las resoluciones que han acordado tener por desistidos a los demandantes de la solicitud efectuada por no identificar en dicha solicitud a las empresas en las que prestan servicios los trabajadores a los que se refiere la petición, indicando también su sede social o bien aportando el código de cuenta de cotización de cada una de ellas.*
11. *^ Siendo cierto que la Administración, a la hora de resolver, no está vinculada por la petición de los instantes de la solicitud, no es menos cierto, que si está obligada a su tramitación, sin que pueda requerir documentación que no se exige ni con carácter general ni en la fase previa procedimental previa.*

§ 94 **Condena a daños y perjuicios por salarios dejados de percibir en casos de nulidad de extinción acordada por el Organismo de Trabajo Penitenciario y formación para el Empleo, en el marco de una relación laboral especial de los penados.**

Óscar López Bermejo

Magistrado de la jurisdicción social (TSJ de Andalucía).

Resumen: *Trabajador, en el ámbito de una relación laboral especial de los penados, interpone demanda contra la extinción que por razones de indisciplina ha sido acordada por el Organismo de Trabajo Penitenciario y formación para el Empleo (en adelante OTP). Quedando inalterada la cuestión relativa a la nulidad del acto extintivo por no estar suficientemente motivada la resolución administrativa, no sólo procede la readmisión en las mismas condiciones al momento extintivo, sino que, además, ha lugar a condenar a la administración empleadora a abonar al actor a una cantidad en concepto de daños y perjuicios, tomando como referencia analógica para su cuantificación los salarios dejados de percibir entre el fin de la relación y la readmisión.*

Palabras clave: *Nulidad extinción. Condena añadida por daños y perjuicios. Salarios de tramitación como criterio de cuantificación.*

Abstract: *Employee, within the scope of a special employment relationship for convicts, files a lawsuit against the termination that has been decided by the Penitentiary Work and Training for Employment Agency (hereinafter OTP) for reasons of indiscipline. Given the peaceful issue regarding the nullity of the termination act due to the insufficient motivation of the administrative resolution, not only does reinstatement proceed under the same conditions at the time of extinction, but it is also appropriate to condemn the employing administration to pay the plaintiff an amount for damages, with the quantification being analogously based on the wages not received between the end of the employment relationship and the reinstatement.*

Keywords: *Nullity of termination. Additional judgment for damages and losses. Processing wages as a quantification criterion.*

I. Introducción

La sentencia 566/2023 dictada por la Sala IV del Tribunal Supremo, de 19 de septiembre de 2023 (RCUD 3351/2022)^[1], ahora analizada, tratar de resolver el encaje legal que en el orden jurisdiccional social tiene una acción de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por la OTP, cuando este organismo -actuando como empleador- resuelve extinguir la relación laboral especial con el trabajador penado y tal decisión, tras ser impugnada por el afectado, se declara judicialmente como no ajustada a las exigencias formales del derecho administrativo a una resolución motivada y justificada, provocando la nulidad de la extinción con la readmisión del

demandante. Pues bien, la Sala Suprema del orden social primero reafirmar su criterio contenido en anteriores pronunciamientos de no poder acudir para estos casos a la regulación prevista en el Estatuto de los Trabajadores para el despido disciplinario -entre ellos el abono de salarios de tramitación en caso de nulidad-. Y a continuación en esta sentencia reconoce que, para este tipo de procedimientos de impugnación de la extinción, los órganos judiciales pueden examinar -como es habitual- la legalidad del cese decidido por la Administración empleadora y que en casos de nulidad del acto, además de las consecuencias legales administrativas -la readmisión del actor-, se incluya como novedad el conocer de otra acción consistente en la indemnización de daños y perjuicios. Para concretar su cuantificación, acude a una aplicación por analogía, que no directa, de la legislación laboral común en la regulación que dedica a las consecuencias del despido nulo o improcedente.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 566/2023, de 19 septiembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ núm. 3351/2022.

ECLI:ES:TS:2023:3810

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Vicente Sempere Navarro.

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. *Los hechos del caso litigioso*

El demandante prestó servicios como auxiliar de cocina desde el 1 de agosto de 2017 para el OTP, con una jornada de 3 horas y media diarias máximas cinco días a la semana, y salario a efectos de despido es de 11,02 euros diarios.

Con fecha 10 de enero de 2019 el empleador extingue la relación laboral alegando indisciplina y actitud conflictiva con los compañeros.

2. *El juicio en instancia*

Interpuesta demanda de impugnación de la extinción -con acumulación de reclamación de cantidad por daños y perjuicios-, la Sentencia del Juzgado de lo Social 1 de Sevilla estimó la demanda, revoca la resolución de 10 de enero de 2019 de la administración empleadora, condenando a ésta a reponer al actor en su puesto de trabajo en las condiciones anteriores a dicha resolución y, además, condena a la demandada al pago de una indemnización de 6.012,93 euros (equivalentes a los salarios dejados de percibir).

3. *Sentencia de suplicación*

Por la entidad demandada se interpone recurso de suplicación, dando lugar a la sentencia de 1 de junio de 2022, (rec. suplicación nº 2767/2020), del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla)^[2] que lo estima en parte, y tras rechazar el primer motivo del suplicatorio, por insuficiencia de la motivación extintiva, en cambio no comparte el criterio de que proceda la condena económica. La Sala de Suplicación considera suficiente que tal declaración de nulidad de la decisión administrativa de la OTP con la reposición del trabajador a su situación anterior y en las mismas condiciones, sin que se pueda acudir a otras consecuencias previstas para el despido. Para tal decisión se apoya en la STS 11 diciembre 2012 (Rcud. 3532/2011).

4. Sentencia de contraste

Por su relevancia, pues el TS acoge la solución de la sentencia de referencia -si bien con diferencias conceptuales-, esta es la sentencia de la Sala Social del TSJ de Andalucía, con sede en Sevilla, de 3 de febrero (rec. 2377/2019) ^[3] también dictada por la Sala de suplicación de Sevilla, donde sí reconoce, en casos de nulidad de la resolución extintiva, la condena a una indemnización, con apoyo para ello en la STS de la Sala III, de 20 febrero 2020 (rec. 4695/2018)^[4].

IV. Posición de las partes y fijación objeto del recurso

La parte actora y recurrente defiende la procedencia tal indemnización, y que el uso del criterio de referencia propio de los salarios de tramitación no supone acercarse ni equipararse a la regulación prevista en el ET para el despido disciplinario y sus consecuencias. Defiende que la decisión de la Sala de Suplicación no le concede debida protección (con infracción del art. 24 CE).

La OTP, además de otros defectos procesales, en cuanto al fondo sostiene en su impugnación que estimar la casación supondría asimilarlo al régimen del despido improcedente en las relaciones laborales de carácter común, provoca vaciar de contenido el RD 782/2001 y, por tanto, su consideración de relación laboral especial.

Como bien señala la propia Sala IV en su sentencia, a la vista de los términos del debate derivados del escrito de recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el actor y la respectiva impugnación de la administración empleadora, al ser indiscutida la irregularidad legal de la decisión extintiva decidida por la OTP, su nulidad y la consecuente obligación de readmisión del trabajador, la divergencia queda concretada en si procede reconocer una indemnización por daños y perjuicios, recordando que estamos en el ámbito de una relación laboral especial de personas penadas en instituciones penitenciarias.

V. Normativa aplicable al caso

1. Preceptos constitucionales^[5].

El artículo 24.1 de la Constitución, "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

El artículo 25.2 dispone que "el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma [...] tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad".

Finalmente, el artículo 106.2 "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

2. La Ley 40/2015 ^[6] .

El art. 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, disciplina la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Tal precepto sienta los principios que inspiran este bloque normativo y comienza así:

"1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

Por su lado, el artículo 34 afronta el tema de la indemnización y advierte que "Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos".

3. La Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria^[7].

Su artículo 34 precisa que "Los internos, en cuanto trabajadores por cuenta ajena o socios cooperadores, asumirán individualmente la defensa de sus derechos e intereses laborales o cooperativos, que ejercerán ante los organismos y tribunales competentes, previa reclamación o conciliación en vía administrativa y en la forma que reglamentariamente se determine".

4. El RD 782/2001 de 6 julio, regula relación laboral especial de penados^[8].

Este texto regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad. Su artículo 1.4 establece lo siguiente:

"La relación laboral especial penitenciaria se regula por lo dispuesto en este Real Decreto. Las demás normas de la legislación laboral común, incluido el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, sólo serán aplicables en los casos en que se produzca una remisión expresa desde este Real Decreto o la normativa de desarrollo".

El art. 2.2 precisa que "el empleador será en todos los casos el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u órgano autonómico equivalente".

Su artículo 10 aborda la "Extinción de la relación laboral". El apartado 1 enumera hasta ocho supuestos de extinción de la relación laboral especial penitenciaria y el 2 recoge otros seis; entre estos últimos aparecen las "razones de disciplina y seguridad penitenciaria" y el "incumplimiento de los deberes laborales básicos en la relación laboral especial penitenciaria". Conforme al apartado 3, La extinción de la relación laboral penitenciaria se acordará, previa valoración de las circunstancias de cada caso, por el Director del centro penitenciario en su calidad de delegado del Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u organismo autonómico equivalente.

VI. Doctrina básica

Reconoce la Sala IV la indemnización por daños y perjuicios como una consecuencia más a la que puede optar el trabajador sometido a una relación laboral especial de penados en instituciones penitenciarias cuando, impugnada ante el orden social, es declarada nula la resolución administrativa extintiva dictada por la Administración empleadora. Y permite como criterio de referencia razonable, por vía analógica, el correspondiente al abono de salarios de tramitación previsto para el despido en el Estatuto de los Trabajadores.

VII. Parte dispositiva

La Sala Social del TS acuerda:

1º) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la parte actora

2º) Casar y anular la sentencia nº 1544/2022, de 1 de junio, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla).

3º) Desestimar el recurso de tal índole (nº 2767/2020) interpuesto por la entidad demandada.

4º) Declarar la firmeza de la sentencia nº 250/2020 de 1 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Sevilla, en los autos nº 268/2019, seguidos a instancia de dicho recurrente contra el Centro de Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, sobre despido.

VIII. Pasajes decisivos

La sentencia analizada dedica su amplio fundamento de derecho quinto a resolver las diferentes cuestiones que podemos sintetizar en los siguientes puntos:

1º A esta relación laboral especial no se le aplica la legislación laboral común, salvo en casos de remisión expresa; en concreto, no se da para la figura del despido.

2º Que las personas trabajadoras sometidas a este régimen laboral especial sí gozan de protección frente a este tipo de resoluciones extintivas, pudiendo acudir a la normativa administrativa -Ley 40/2015 para determinar las formalidades de su decisión extintiva- con el fin de impugnar tal acto, conseguir la nulidad de este y la readmisión.

3º Que la competencia corresponde al orden social, pues la entidad pública demandada actúa como empleadora, siendo precepto rector y delimitador para atribuir tal conocimiento el art. 2 letra a) LRJS. Esto es importante, pues a pesar de conocer esta jurisdicción, ello no impide que los Juzgados y Tribunales laborales puedan aplicar normas sustantivas de otras ramas, como las de derecho administrativo citada en el párrafo anterior, sin que esto deba alterar la competencia.

4º Pasando ya a la cuestión cardinal de la indemnización por daños y perjuicios, he de destacar las siguientes conclusiones extraídas de la STS; así:

- No entra en juego, en contra de los argumentos del recurrente, el art. 106.2 CE, pues no se examina un anormal "funcionamiento de los servicios públicos" sino una desviada conducta de la Administración que actúa como empleadora.
- Que sí debe existir una reparación adecuada del cese injusto, para lo que la Sala IV acude al Convenio 158 OIT y la Carta Social Europea. Con apoyo en estos textos internacionales parece considerar que, en supuestos de ceses contrarios a Derecho, la consecuencia de indemnización por daños y perjuicios tiene encaje en el concepto reparación adecuada previsto en estas dos normas internacionales.
- Se debe reparar el daño generado, pero, insiste nuestro TS conforme a su doctrina consolidada, para ello no se puede acudir a la regulación laboral común en materia de despido. Dicho esto, y de forma concreta, que no tenga cabida la aplicación directa de la figura de los salarios de tramitación a casos como el analizado, no impide acudir por vía del art. 4.1 Código Civil a estas normas como criterio indiciario y general para determinar el importe indemnizatorio.

IX. Comentario

La STS aquí analizada, aun cuando fija un objeto de litis de apariencia sencilla -si procede o no en estos casos indemnización por daños y perjuicios-, no es más que un espejismo, pues muestra como vital ejecutar un previo estudio pormenorizado de diferentes cuestiones relevantes para resolver el punto en disputa; interrogantes que a

modo de resumen visibilizamos en las más destacadas para este autor, sin perjuicio de caer en el error involuntario de obviar otras de igual relevancia a ojos de los lectores; así:

1º Nuestra Sala IV, con apoyo en pronunciamientos anteriores (STS 5 de mayo de 2000, rcud 3325/1999), mantiene el criterio consolidado de no aplicar la legislación laboral común en materia de despido a las extinciones producidas en la relación especial de trabajadores penados.

Lo anterior se resalta, pues aun siendo nítida la posición de nuestro alto Tribunal, también es cierto que la STS de 5 de mayo de 2000 se dicta antes de la entrada en vigor del RD 782/2001, de 6 de julio, regulador de la relación laboral de carácter especial de los penados. Para ciertos sectores doctrinales^[9] el art. 10 de este texto legal parecía generar un movimiento, de manera que conforme al **RD 190/1996** “La figura del despido empresarial es inaplicable a esta relación laboral especial [SSTS 5 mayo 2000 (rec. 3325/1999), 25 septiembre 2000 (rec. 3982/99) y 30 octubre 2000 (rec. 639/2000)], pero que tras la vigencia del **RD 782/2001** “Sin embargo, la solución debe ser otra para los ceses comunicados a los internos trabajadores después de la entrada en vigor del RD 782/2001, cuyo art. 10 sí contempla como causa de extinción el incumplimiento de los deberes laborales básicos.”

No obstante, a pesar de la consideración científica citada, pasados los años la realidad jurisprudencial sigue siendo la misma, como consagra la STS ahora examinada.

2º Dedicamos, como hemos puntualizado en pasajes anteriores, la STS un esfuerzo importante en visibilizar que la condena de indemnización por daños y perjuicios no tiene naturaleza de responsabilidad patrimonial. Se resalta tal cuestión porque la sentencia de contraste le otorga tal consideración cuando reconoce la condena indemnizatoria, y por ello se apoya la Sala de suplicación en una sentencia de la Sala III del TS. Por lo tanto, nuestra Sala IV si bien confirma la petición de condena a daños y perjuicios, destina un gran empeño de motivación para mostrar su alejamiento de la idea de responsabilidad patrimonial, dogma que se observa cuando razona que no entra en juego el art. 106.2 CE, y cuando señala “Que sus actos deban estar sometidos a ciertas formalidades (generalmente las propias del ordenamiento laboral; en nuestro caso, las del procedimiento administrativo) no significa que los derechos y obligaciones que discurren en el seno de la relación laboral especial de referencia sean las propias de un servicio público prestado a la población administrada”.

3º Fija la competencia del orden social, aun cuando se trate de revisar la resolución administrativa de extinción, sin que el hecho de acudir los órganos judiciales sociales a normas sustantivas de carácter administrativo (Ley 39/2015) para resolver la acción principal de impugnación de extinción cause alteración de la competencia fijada en el art. 2 letra a) LRJS.

4º Para concretar la cuantificación le parece razonable al TS acudir por vía de analogía -no aplicación directa- a la destinada por la legislación laboral común para los salarios de tramitación.

X. Apunte final

Descartada la consideración de que con esta STS se equipare la condena por daños y perjuicio con la responsabilidad patrimonial de las AAPP, lo que en verdad subyace es la voluntad de nuestra Sala de realizar una interpretación armónica y sistemática de todo el ordenamiento jurídico que permita justificar su decisión, que me provoca una reflexión catalogable de simple -y también muy visible-, como es un tratamiento igualitario para los trabajadores penados con respecto a los sometidos a la legislación laboral común en casos de nulidad de su extinción. Esto es, homogeneizar su tratamiento, sin que los fines perseguidos -fijados en el art. 26 LOGP- para este tipo de trabajadores justifiquen una consideración diferente para esta materia.

Como reflexión definitiva, emerge en esta STS una necesidad de tratar a los trabajadores sometidos a este tipo de relación laboral especial en los mismos términos que a los ajustados a la legislación laboral común. Dicho esto, si bien la naturaleza y fines que persigue este tipo de empleos impiden una remisión general y bruta al ET, pienso que en materia de extinción de carácter sancionador previsto en el art. 10.2 del RD 782/2021 se podría simplificar tal rigor y permitir sin tanto circunloquio argumentativo aplicar al régimen del despido disciplinario previsto en nuestra norma estatutaria y concordantes, otorgando claridad a todos los interesados, esto es, trabajador, empleador y órganos judiciales.

Referencias:

1. ^ *Sentencia 566/2023 dictada por la Sala IV del Tribunal Supremo, de 19 de septiembre de 2023 (Rcud. 3351/2022).*
2. ^ *Sentencia de 1 de junio de 2022, (rec. suplicación nº 2767/2020), del Tribunal Superior de Justicia de Sevilla.*
3. ^ *Sentencia de la Sala Social del TSJ de Andalucía, con sede en Sevilla, de 3 de febrero (rec. 2377/2019)*
4. ^ *STS de la Sala III, de 20 febrero 2020 (rec. 4695/2018).*
5. ^ *Preceptos de la Constitución Española de 1978.*
6. ^ *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.*
7. ^ *Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria.*
8. ^ *RD 782/2001 de 6 julio, regula relación laboral especial de penados.*
9. ^ *Las relaciones laborales especiales: una visión panorámica y práctica, Autores: Antonio Vicente Sempere Navarro Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Rey Juan Carlos Miguel Cardenal Carro Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Extremadura.*

§ 95 Extinción de la relación laboral basada en el reconocimiento al empresario de una Incapacidad Permanente Absoluta. ¿Cuál es el plazo prudencial que debe mediar entre la declaración de la incapacidad y la comunicación de la decisión extintiva para que opere válidamente la causa?

Belén García Romero

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

Resumen: Extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente absoluta (IPA) ex artículo 49.1.g) del ET, con la particularidad de que la empresaria, una vez declarada en situación de IPA, no cesó en su actividad ni cerró el negocio de forma inmediata. La cuestión consiste en determinar qué ha de entenderse por plazo razonable o prudencial entre la declaración de IP del empresario y la extinción de los contratos de trabajo.

Palabras clave: Extinción del contrato. Incapacidad permanente absoluta del empresario. Plazo razonable entre la declaración de la incapacidad permanente y la extinción del contrato. Despido improcedente.

Abstract: Termination of the employment contract due to absolute permanent incapacity (IPA) ex article 49.1.g) of the ET, with the particularity that the employer, once declared to be in a situation of IPA, did not cease her activity or close the business immediately. The question is to determine what is to be understood by a reasonable or prudential period between the employer's declaration of PI and the termination of the employment contracts.

Keywords: Termination of the contract. Absolute permanent incapacity of the employer. Reasonable period between the declaration of permanent incapacity and the termination of the contract. Unfair dismissal.

I. Introducción

En el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, se analiza un supuesto de extinción del contrato por incapacidad permanente absoluta (IPA) de empresaria hostelera, ex artículo 49.1.g) del ET.

Como bien es sabido, la extinción por muerte, jubilación o incapacidad del empresario se supedita a que no exista subrogación de tercero en la titularidad del establecimiento, de acuerdo con el artículo 44 del ET.

Por lo tanto, si bien el reconocimiento de la incapacidad permanente en el grado de absoluta constituye título bastante para que pueda notificarse a los trabajadores la extinción de sus contratos, en este supuesto no está claro si se mantiene la relación de causalidad entre dicha declaración y la extinción del contrato, ya que esta se

produce pasados más de diez meses de aquella declaración, durante los cuales se mantuvo la actividad empresarial.

En efecto, la empresaria, una vez declarada en situación de IPA, no cesó en su actividad ni cerró el negocio; antes, al contrario, y con el fin de continuar con la actividad hostelera, nombró a otra trabajadora para que asumiera las funciones de dirección, gestión comercial y representación legal, pasando más de diez meses, y generando en el trabajador demandante la lógica expectativa de continuar trabajando para la empresa demandada a pesar de su IPA.

La cuestión consiste en determinar qué ha de entenderse por plazo razonable o prudencial entre la declaración de IP del empresario y la extinción de los contratos de trabajo, para considerar que es válida dicha terminación de la relación laboral y no se ha producido un despido improcedente atendido el plazo transcurrido entre ambos momentos.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 600/2023, de 27 de septiembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 4408/2021.

ECLI:ES:TS:2023:3981

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. Concepción Rosario Ureste García.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Problema suscitado

La cuestión clave del presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si, tras haber sido la empresaria hostelera declarada afecta de incapacidad permanente absoluta (IPA), esta circunstancia constituye causa válida de extinción de la relación laboral o, si por el contrario, el trabajador ha sido objeto de un despido improcedente atendido el plazo de tiempo transcurrido entre el reconocimiento de la situación de incapacidad permanente absoluta y la comunicación de la decisión extintiva.

2. Hechos y antecedentes

El trabajador afectado por la extinción de su relación laboral ha venido prestando servicios en la empresa hotelera con la categoría profesional de repartidor, en virtud de contrato indefinido a jornada completa, con antigüedad desde el desde 1 de junio de 2010. En diciembre de 2018, se le reconoce a la empresaria una situación de IPA. Desde enero de 2019, una de las trabajadoras de la empresa asumió las funciones de dirección, gestión comercial y representación legal inherente a la titularidad de la empresa, hasta que, el 11 de octubre de 2019, dicha trabajadora comunicó a la parte empleadora su decisión irrevocable de dimitir en estas funciones con efectos de esa misma fecha.

El 15 de octubre siguiente la empresaria remite al trabajador un burofax en el que le comunica, con base en el artículo 49.1.g) ET, que cesaría en su prestación de servicios a partir del 31 de octubre debido a que le había sido reconocida la situación de IPA y se había producido actualmente un agravamiento de sus padecimientos que

le imposibilita continuar con la actividad empresarial y que, pese a haber intentado encontrar una solución para el mantenimiento del empleo, ha resultado inviable.

La empresaria abonó al trabajador la indemnización legal de un mes de salario y procedió a darle de baja en la Seguridad Social como al resto de trabajadores y causó, asimismo, baja en el censo de trabajadores autónomos.

Frente a dicha decisión, el trabajador interpuso demanda por despido, que fue desestimada por el Juzgado de lo Social número 2 de Almería, mediante sentencia dictada el 14 de abril de 2021, en la que declaró la válida extinción de la relación laboral entre las partes al amparo del art. 49.1.g) del ET, convalidando la misma.

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el trabajador ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), que dictó sentencia el 14 de octubre de 2021, estimando el recurso contra la sentencia de instancia, en reclamación sobre despido, en la que declara que el cese del demandante constituye un despido improcedente, condenando a la empresa a optar, en el plazo de cinco días, entre la readmisión del trabajador o el abono de la correspondiente indemnización.

Los herederos de la empresaria formalizaron recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia de contraste la dictada por la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), de 24 de junio de 2021.

3. *Sentencias recaídas en el procedimiento*

- La sentencia de instancia es la dictada el 14 de abril de 2021 por el Juzgado de lo Social número 2 de Almería, que resuelve la demanda por despido planteada por el trabajador. Este órgano declaró la válida extinción de la relación laboral entre las partes al amparo del art. 49.1.g) del ET, convalidando la misma.
- La sentencia recurrida es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), el 14 de octubre de 2021 (rec. 1233/2021) que estima el recurso de suplicación contra la sentencia de instancia, que revoca, y declara que el cese del demandante constituye un despido improcedente.

Argumenta esta Sala que la empresaria cuando fue declarada afecta de IPA no decidió cesar su actividad ni cerrar el negocio. Por el contrario, y con el fin de continuar con la actividad hostelera, nombró a otra trabajadora para que asumiera las funciones de dirección, gestión comercial y representación legal, pasando más de diez meses, y generando en el demandante la lógica expectativa de continuar trabajando para la demandada a pesar de su incapacidad.

- La sentencia de contraste es la dictada por la misma Sala de 24 de junio de 2021 (rec. 784/2021), que confirmó la de instancia en la que declaró la válida extinción de la relación laboral de la trabajadora, que prestaba servicios como repartidora de pizza para la misma empleadora desde 2010. En consecuencia, resulta concorde la fecha de declaración de la IPA, e igualmente coincidente la de la decisión extintiva respecto de la allí actora y la baja censal, así como el contenido de las correlativas cartas de despido.

La referencial pone el acento en la imposibilidad de poder continuar con el negocio dado el empeoramiento de la enfermedad que sufría la empleadora, obviando la existencia de un periodo en el que encomienda a otra trabajadora las labores de gestión del negocio, pero citando la doctrina que refería la actuación del empresario jubilado como mero propietario.

En definitiva, como se observa, ambas resoluciones judiciales se enfrentan a hechos idénticos, pero llegan a pronunciamientos divergentes.

IV. Posición de las partes

La parte recurrente en el presente recurso de casación- los herederos de la empresaria- denuncian que la sentencia de suplicación incurre en aplicación e interpretación errónea de lo dispuesto en el artículo 49.1 g) del ET, en el entendimiento que del mismo precepto ha venido haciendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo (citan por todas la STS de 25 de abril de 2000, rcud. 2118/1999).

La parte recurrida- el trabajador despedido- considera que la sentencia de suplicación impugnada aplica adecuadamente la doctrina del Tribunal Supremo (STS 3460/2000) en relación con el artículo 49.1.g) ET por suponer una vulneración del tiempo prudencial y razonable para el cierre de una empresa tras el reconocimiento de una incapacidad permanente.

Para el Ministerio Fiscal, la doctrina correcta se encuentra en la referencial. Postula la procedencia del recurso indicando el empeoramiento de la enfermedad de la empresaria, su baja del régimen de autónomos y la no disponibilidad de los trabajadores para hacerse cargo del negocio vía artículo 44 ET, como fundamento de la decisión de cierre de la empresa, notificándose a los trabajadores, e indemnizándoles con la mensualidad establecida, y que, por tanto, el plazo de 10 meses entre una y otra acción parece proporcionado y racional dentro de los parámetros exigidos.

V. Normativa aplicable al caso

La norma aplicable al caso es el artículo 49.1 g) del Estatuto de los trabajadores atinente a la extinción del contrato por imposibilidad subjetiva del empresario.

El precepto mencionado dispone que el contrato se extinguirá, entre otras causas, por “muerte, jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, o incapacidad del empresario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44, o por extinción de la personalidad jurídica del contratante”.

VI. Doctrina básica

La sentencia glosada revisa la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo acerca de la jubilación como causa extintiva de la relación laboral (que se aplica también a los otros supuestos de extinción previstos en el artículo 49.1.g) ET, como son la muerte o incapacidad permanente del empresario), así como en relación con el requisito de concurrencia de un plazo razonable o prudencial entre la causa extintiva y el cese de la actividad empresarial.

En primer término, se cita la STS de 25 de abril de 2000, rcud. 2118/1999, dictada en SG. En ella se señalan las exigencias dimanantes de aquel precepto para que opere válidamente la causa extintiva: que haya tenido lugar la jubilación del empresario, y que, además, se hubiera producido el cierre o cese de la actividad de la empresa por tal causa.

Es decir, las citadas causas “no justifican por si solas la extinción de los contratos de trabajo”, sino que es necesario un doble encadenamiento causal: la incapacidad del empresario (o su muerte o jubilación) ocasiona el cierre de la explotación, y este cierre, dimanante de esa causa, justifica la extinción de los contratos de trabajo.

En el plano temporal, la misma sentencia descarta la necesidad de que siempre sean coincidentes el momento de la jubilación (aquí declaración de IPA) y el cierre de la empresa y subsiguientes extinciones de las relaciones de trabajo, puesto que entre uno y otros puede mediar un plazo prudencial. “La finalidad de este plazo (...) es, fundamentalmente, el facilitar la liquidación y cierre del negocio o incluso su posible transmisión; y la duración de tal plazo dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso, no pudiéndose fijar reglas generales aplicables a todos los supuestos”.

En el caso de autos de esta sentencia habían transcurrido siete años entre la jubilación y la desaparición de la empresa y los ceses de los trabajadores, de forma

que se descartó la necesaria relación de causalidad, considerando que la jubilación no constituía en dicho supuesto una causa extintiva real sino un mero pretexto o subterfugio. En sentido similar se pronunciaron las STS de 9 de febrero de 2001 (rcud. 1106/2000), cuando el plazo de referencia superaba los cinco años y en la STS de 8 de junio de 2001 (rcud. 693/2000), en un supuesto en que el lapso de tiempo era de dos años y ocho meses.

En otras sentencias, en cambio, el Tribunal Supremo ha considerado lícita la actividad liquidadora de un despacho de abogados tras la jubilación del titular y el carácter razonable del plazo, como sucede en la STS de 20 de junio de 2017 (rcud. 1654/2015).

En la misma línea, se sitúa la STS de 20 octubre de 2016 (rcud. 978/2015), en la que se examina un supuesto de incapacidad judicial del titular de una empresa- una mercería, como causa extintiva de la relación laboral de una trabajadora. En este supuesto, el empresario era pensionista de jubilación por el RETA desde el 2000, pero continuó ocupándose del negocio hasta el 2012, en el que el negocio pasó a estar gestionado por los hijos al haberse iniciado un proceso de incapacidad judicial. Una vez que concluyó dicho procedimiento, se procedió a comunicar la decisión extintiva del contrato de la trabajadora. La Sala declaró la validez de la extinción contractual producida por esa incapacidad considerando justificado que los hijos del empresario se hicieran cargo de la empresa durante la tramitación del proceso de jurisdicción voluntaria, y durante un mes y medio más, hasta que tiene lugar el acuerdo de liquidación de la mercería y la extinción del contrato de la entonces trabajadora demandante.

VII. Parte dispositiva

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1. *Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Maximiliano, D. Miguel y D.^a Juliana. Casar y anular la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) el 14 de octubre de 2021 (rollo 1233/2021) y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, se desestima el recurso de tal clase formulado por D. Romualdo, confirmando y declarando la firmeza de la resolución dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Almería de fecha 14 de abril de 2021, en sus autos nº 1713/2019.*

2. *No procede efectuar pronunciamiento en costas y sí la devolución del depósito y de las consignaciones o aseguramientos prestados en su caso para recurrir.*

VIII. Pasajes decisivos

Los principales pasajes se recogen en el fundamento jurídico Tercero de la Sentencia glosada.

2. (...)

Se afirma así un doble encadenamiento causal: la incapacidad del empresario ocasiona el cierre de la explotación, y este cierre, dimanante de esa causa, justifica la extinción de los contratos de trabajo.

En el plano temporal, la resolución descarta la necesidad de que siempre sean coincidentes el momento de la jubilación (aquí declaración de IPA) y el cierre de la empresa y subsiguientes extinciones de las relaciones de trabajo, puesto que entre uno y otros puede mediar un plazo prudencial. "La finalidad de este plazo en los supuestos de jubilación es, fundamentalmente, el facilitar la liquidación y cierre del negocio o incluso su posible transmisión; y la duración de tal plazo dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso, no pudiéndose fijar reglas generales aplicables a todos los supuestos."

3. El actual caso comparte con el que se acaba de reseñar la concurrencia de la causa extintiva invocada para acordar el cese contractual de la parte actora, así la dimanante de la situación de incapacidad del empleador o empresario. Difiere en cuanto al lapso que media entre la declaración de incapacidad y la decisión de poner fin a la relación laboral, lapso en el que a su vez sucede la encomienda de la gestión del negocio a una tercera persona, así como en la alusión a un proceso de agravamiento de la salud de la empresaria.

(...)

La extinción de los contratos se anudó a la situación de incapacidad que sufría la empresaria, al empeoramiento y al fracaso de la gestión encomendada a una de sus trabajadoras, evidenciando la relación causal entre el estado incapacitante de la parte empleadora y la determinación de poner fin a la actividad empresarial.

Resultan conformes a la doctrina de esta Sala IV la argumentación y decisión adoptadas por la sentencia de contraste, que mantiene la conexión entre la declaración de incapacidad permanente absoluta de la empleadora, su agravamiento, y la decisión de ruptura de la relación laboral, tesitura que genera la validez de la extinción de conformidad con lo prevenido en el art. 49.1.g) ET, y que excluye, en definitiva, la calificación del cese del trabajador como despido improcedente.

IX. Comentario

La cuestión nuclear de la sentencia comentada gira en torno a la razonabilidad del plazo que media entre la concurrencia de la causa extintiva del contrato por imposibilidad subjetiva del empresario debido a la declaración de la situación de incapacidad permanente absoluta y el cese en la actividad y extinción de los contratos.

Aunque el artículo 49.1.g) ET no lo impone explícitamente, tanto la doctrina científica como la jurisprudencia han venido exigiendo el respeto de un plazo prudencial o razonable. En esta ocasión, el Alto Tribunal examina la doctrina contenida en varias sentencias de la propia Sala. En algunas de ellas se ha juzgado excesivo el plazo- de siete años, de cinco o incluso de dos años y dos meses- transcurrido entre la causa de extinción y el cierre de la empresa, para considerar válida la extinción de los contratos de trabajo (STS; 25-4-2000; rcud. 2118; STS 9-2-2001; rcud. 1106/2000; STS 8-6-2001, rcud. 693/2000). En cambio, en el presente caso, toma como referencia directa la STS de 20-10-2016, rcud. 978/2015, que comparte con el actual caso la causa extintiva- la incapacidad del empresario- aunque difiere en cuanto al lapso de tiempo que media entre la declaración de incapacidad y la decisión de poner fin a la relación laboral.

Además, el caso aquí comentado presenta unas circunstancias peculiares. Así, de un lado, entre la declaración de la IPA y la comunicación de la decisión de poner fin a la relación laboral, se produce la encomienda de la gestión del negocio a una tercera persona, que dura diez meses. De otro lado, se hace referencia a un proceso de agravamiento de la salud de la empresaria.

Precisamente, son esas circunstancias específicas las que determinarán el carácter razonable o no del tiempo transcurrido entre la fecha de reconocimiento de la IPA (17 de diciembre de 2018) y la fecha de la comunicación al trabajador de su cese (el 15 de octubre de 2019). Entre medias, necesitó apoyo de una de las trabajadoras de la empresa para la gestión del negocio desde enero de 2019 al 11 de octubre de ese mismo año, fecha en la que presentó su dimisión irrevocable. Durante ese periodo de diez meses persiste la situación de IPA de la empresaria, quien padece un agravamiento de su enfermedad.

En consecuencia, la Sala considera que la declaración de incapacidad “se torna en un elemento esencial de la decisión extintiva, del cese de actividad, esencialidad que no empaña la atribución o delegación de facultades durante un lapso que, en este caso, puede calificarse de prudencial para la búsqueda de soluciones y mantenimiento de los puestos de trabajo. Este periodo pretendía cumplir el objetivo con el que ha sido

configurado jurisprudencialmente”: facilitar una eventual transmisión- que no llega a producirse-. o la propia liquidación y cierre del negocio, que finalmente tuvo lugar el 31 de octubre de 2019.

Para la Sala IV, no cabe duda de que la extinción de los contratos se vinculó a la situación de incapacidad que sufría la empresaria, al empeoramiento y al fracaso de la gestión encomendada a una de sus trabajadoras, evidenciando la relación causal entre el estado incapacitante de la parte empleadora y la determinación de poner fin a la actividad empresarial,

En definitiva, declara conformes a la doctrina de la Sala IV la argumentación y decisión adoptadas por la sentencia de contraste, que mantiene la conexión entre la declaración de incapacidad permanente absoluta de la empleadora, su agravamiento, y la decisión de ruptura de la relación laboral. De ello se deriva la validez de la extinción contractual de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.1.g) ET, y que excluye, en definitiva, la calificación del cese del trabajador como despido improcedente.

X. Apunte final

La sentencia comentada es coherente con la exigencia jurisprudencial de respetar un plazo de tiempo razonable entre la concurrencia de la causa extintiva de la relación laboral, por muerte, jubilación o incapacidad permanente del empresario y la comunicación de la decisión extintiva de la relación laboral. Dicho plazo no puede determinarse de forma general para todos los supuestos, sino que dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso. Lo esencial es que se mantenga la conexión entre la causa extintiva y el cese, sin que aquella aparezca como un mero pretexto para extinguir la relación laboral. De ello dependerá que dicha extinción contractual se considere válida o se califique como despido improcedente. En este caso, ha quedado acreditado que la extinción de los contratos se anudó a la declaración de incapacidad permanente de la empresaria y que el mantenimiento de la actividad durante diez meses, mediante la encomienda de la gestión a otra trabajadora de la empresa, es un plazo razonable, al tener como finalidad la búsqueda de soluciones para mantener los puestos de trabajo mientras se facilitaba una transmisión, que al verse frustrada, condujo a la liquidación y cierre del negocio.

§ 96 **Incumplimiento empresarial como causa de extinción del contrato. La excepción a la casuística en el acceso a la unificación de doctrina en esta materia.**

Francisco A. Vila Tierno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga.

Resumen: *Extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, ex art. 50 del ET. Retrasos e impagos de salario. La empresa abona con retraso el salario desde el mes de diciembre de 2019 a abril de 2021, y adeuda las mensualidades de mayo y junio de 2021. El incumplimiento empresarial es de gravedad suficiente para justificar la extinción.*

Palabras clave: *Incumplimiento empresarial. Extinción del contrato. Pago de salarios.*

Abstract: *Risoluzione del contratto di lavoro per volontà del lavoratore, ex art. 50 dell'ET. Ritardi e mancato pagamento dello stipendio. L'azienda è in ritardo nel pagamento dello stipendio da dicembre 2019 ad aprile 2021 e deve pagare le mensilità di maggio e giugno 2021. L'inadempienza dell'azienda è abbastanza grave da giustificare il licenziamento.*

Keywords: *Violazione del contratto. Risoluzione del contratto. Pagamento dei salari.*

I. Introducción

Como es sobradamente conocido, el art. 50 ET incluye, como causa para que el trabajador inste judicialmente la extinción de su contrato, el incumplimiento en el deber del pago de salarios.

En tal sentido, dicho precepto es parco en su regulación. De manera literal viene a decir que se considera como causa justa para dicha extinción “La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado”.

Parece, de este modo, una invitación expresa al intérprete para que concrete qué debe entenderse, bien como falta de pago, esto es, cuándo se produce ésta, bien como retrasos continuados. Es decir, determinar el alcance del concepto “continuados”.

Dicho de otro modo, lo que se desprende de aquella inconcreción es que parece necesario que se definan los parámetros precisos para calificar un incumplimiento como grave. Y que ello justifique que el trabajador esté amparado para solicitar que el juzgador ponga fin a un contrato que se desarrolla adoleciendo de uno de los requisitos propios que identifica una relación laboral: la remuneración. Y es que, como ésta, en tales circunstancias ha existido o existe, lo concluyente es fijar que nivel de incumplimiento se constata para entender que no concurre, de manera adecuada, una finalidad esencial que se integra en la causa misma del contrato.

Recuérdese que, como dice el art. 1256 CC “el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”, por lo que, la satisfacción efectiva del abono de salarios no es algo que pueda quedar a la decisión de la empresa sin que de ello se derive consecuencia alguna.

La resolución comentada, a estos efectos, resulta especialmente didáctica e ilustrativa para repasar los condicionantes que permiten señalar un incumplimiento en materia retributiva como causa de resolución del contrato.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: STS-SOC núm. 719/2023, de 4 de octubre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ núm. 3715/2022.

ECLI:ES:TS:2023:4034

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

Votos particulares: Carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El actor, trabajador de una empresa de construcción desde el año 2012, viene sufriendo una serie de irregularidades en el pago de sus mensualidades de salario que se concretan en los siguientes incumplimientos:

- 1. Retraso en el pago de las nóminas entre diciembre de 2019 y abril de 2021. Ello suma un total de 17 mensualidades.*
- 2. Falta de abono del salario de los meses de mayo, junio, tres días de julio y un día de agosto (desde esa fecha está afectado por un ERTE). La cantidad a la que asciende la deuda es de 9.225,56 euros brutos.*

Siendo así, se constata que el incumplimiento es tanto respecto a impago como a retrasos. Y todo ello es continuado y reiterativo. No obstante, la sentencia de instancia, aunque reconoce y estima la pretensión respecto de la obligatoriedad de las cantidades pendientes de pago, no lo hace respecto a la resolución del contrato, por entender que el incumplimiento no tiene la entidad suficiente. La sentencia de la Sala Social del TSJ de Canarias/Las Palmas de Gran Canarias de 28 de abril de 2022 (rec. 239/2022) confirma la de instancia.

No obstante, la sentencia de la misma Sala Social del TSJ de Canarias/Las Palmas de Gran Canarias de 31 de marzo de 2022 (rec. 39/2022), es decir, de apenas un mes antes, para una situación análoga, y para un trabajador de la misma empresa se llega a una conclusión contraria, entendiendo que sí se estima la pretensión de extinción del contrato. Esta última resolución, que se aporta como sentencia de contraste, muestra una clara discrepancia en la solución adoptada.

La contradicción queda de manifiesto en el FJ 2º de la sentencia que es objeto de comentario en este trabajo:

- “la empresa le viene abonando el salario con retraso de manera continuada e ininterrumpida desde el mes de diciembre de 2019 hasta abril de 2021, durante 17 mensualidades. En 8 ocasiones el pago se produce entre el 6 y el 8 del mes siguiente, en 6 ocasiones en los días 9, 10, 12, 14, 16 o 19, en una se abona fraccionado en dos pagos. Y finalmente, a la

fecha del juicio se le adeudan los salarios de mayo y junio de 2021 y algunos días de julio y agosto.

En esas circunstancias la sentencia recurrida considera que los incumplimientos de la empresa no son de gravedad suficiente como para justificar la acción extintiva.

- “En el asunto de la sentencia referencial se trata de otro trabajador de la misma empresa de igual categoría profesional con antigüedad de 2002, al que, de manera muy similar, se le viene abonando el salario con retraso desde el mes de diciembre de 2018 a enero de 2021, resultando impagados los meses de marzo y abril de 2021 y 25 días de mayo.

Como en la propia sentencia se indica "el abono de los salarios del trabajador es de 3,6 días en un período de 25 mensualidades, de manera que en siete meses se incurrió en un retraso de un día, en seis de dos días, en cuatro de tres días, en tres de cuatro días, en dos de cinco días, siendo los retrasos de mayor importancia una mensualidad en la que se incurrió en nueve días, otra en once días, y la mayor en diecisiete días. Además al tiempo de la interposición de la demanda se adeudaban al trabajador dos mensualidades de salario, deuda que a la fecha del juicio ascendía ya a tres mensualidades más 25 días de salario".

La sentencia explica que se acoge al criterio aplicado en una anterior decisión del Tribunal sobre otro trabajador de la misma empresa que había soportado similares retrasos e impagos del salario, y entiende que el incumplimiento empresarial es lo suficientemente grave como para acoger la acción extintiva.

De este modo, como perfectamente se identifica en el Fundamento Jurídico primero de la misma sentencia comentada “La cuestión a resolver es la de determinar si la empresa ha incurrido en incumplimientos de la obligación del pago puntual de salarios, de tal gravedad que justifiquen la acción de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador al amparo del art. 50 ET”.

IV. Posición de las partes

La posición de las partes no se describe de un modo explícito en la sentencia de casación, pero puede desprenderse, fácilmente, que frente a la defensa del trabajador que se basa en la infracción de los artículos 4.2 f) y 50.1 b) del ET por entender que hay un incumplimiento del pago de salario de la suficiente gravedad (así de se recoge expresamente en el fundamento jurídico segundo de la STSJ Canarias/Las Palmas, de 28 de abril de 2022 que fue recurrida en unificación de doctrina), deberá haberse opuesto la parte empresarial, pero ni en Suplicación ni en Casación se alude a la parte empresarial.

Debemos entender que la postura de la empresa habrá sido negar la relevancia del incumplimiento, por cuánto que el objeto del debate es ese y el que motiva, o no, que se reconozca la opción de resolver el contrato. Si la parte empresarial negó la gravedad del incumplimiento, consiguió en la instancia y en suplicación que prosperara su postura que, sin embargo, decae en casación

V. Normativa aplicable al caso

La normativa aplicable al caso es bastante simple, puesto que se trata de contrastar el supuesto con lo previsto en el art. 50 ET. Extinción por voluntad del trabajador:

“1. Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato:

[...] b) La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado”.

Ello, no obstante, viene íntimamente unido a otros dos preceptos estatutarios que se refieren al salario:

-Art. 4.2 f): “En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:

f) A la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida”.

-Art. 29.1:” Liquidación y pago.

1. La liquidación y el pago del salario se harán puntual y documentalmente en la fecha y lugar convenidos o conforme a los usos y costumbres. El periodo de tiempo a que se refiere el abono de las retribuciones periódicas y regulares no podrá exceder de un mes”.

Previéndose que en caso de retrasos se abone un 10% de recargo de mora (art. 29.3 ET).

Por su parte, el art. 51.1 del convenio colectivo de la construcción (Pago de las percepciones económicas) disponía que “Todas las percepciones, excepto las de vencimiento superior al mes, se abonarán mensualmente por períodos vencidos y dentro de los cinco primeros días hábiles del mes siguiente al de su devengo [...]” (BOE 26/09/2017).

En cuanto al aspecto procesal, el art. 219.1 LRJS establece que “El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos”

VI. Doctrina básica

Se entiende que cuando se produce un incumplimiento que atiende a criterios de orden temporal, como puede ser la continuidad o la reiteración (que excluyen el carácter esporádico), así como cuantitativo, esto es, referido al montante de la cantidad, que debe tener cierta relevancia, responder a lo pactado, estar vencida y ser exigible y no controvertida; en tal caso, la deuda salarial puede implicar la extinción del contrato, en cuanto que aquellos criterios son los que delimitan la gravedad de la conducta.

En este sentido, es necesario señalar que se trata de una responsabilidad objetiva, dónde no es precisa la voluntad culpable del empleador, sino la mera comisión de la conducta descrita -someramente- en el art. 50 ET. A tal efecto, incluso aunque exista un problema económico que impida a la empresa realizar los abonos salariales, ello no evita la aplicación del art. 50 ET

VII. Parte dispositiva

La resolución judicial resuelve, de manera sucesiva:

- en primer término, el supuesto de hecho enjuiciado -y esta cuestión es determinante-, coincide con otro supuesto en el sentido de la identidad necesaria para dar cabida a una unificación de doctrina. Es tan determinante que, en otro caso, como es obvio, no habría resolución. Precisamente esto es lo que da pie para concluir la doctrina que se considera adecuada;
- en segundo lugar, que concurre un incumplimiento en el pago de salario respecto de una deuda vencida y no controvertida, de cuantía suficiente como para justificar, junto a la reiteración de retrasos en el abono de las remuneraciones, la extinción del contrato por la vía del art. 50 ET.

VIII. Pasajes decisivos

La sentencia tiene cuatro partes que pueden resultar decisivas, a saber:

- La parte que reconoce la existencia de contradicción y admite el recurso para la unificación de doctrina.
- Debemos resolver si entre la sentencia recurrida y la referencial hay contradicción en los términos exigidos por el art. 219.1º LRJS, que, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos que sea necesario unificar.

Lo que sin duda cobra singular relevancia en un supuesto como el presente, en el que se trata de valorarlas específicas e individualizadas circunstancias concurrentes en cada caso respecto a los incumplimientos empresariales en el pago del salario.

Tratándose en los dos asuntos de una acción de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador al amparo del art. 50 ET con base en los incumplimientos empresariales en el pago puntual del salario, es evidente que la pretensión ejercitada es exactamente la misma, que los fundamentos en los que se sostienen resultan igualmente idénticos, y lo que debemos por lo tanto analizar a efectos de contradicción es la sustancial identidad en los hechos [...]

Los datos de las sentencias en comparación demuestran claramente la manifiesta identidad sustancial de los hechos, y no cabe otra conclusión que apreciar la existencia de contradicción.

En ambos supuestos se trata de trabajadores de la misma empresa, que han sufrido una secuencia muy similar en los retrasos e impagos de salarios en el periodo que se inicia a principios de 2019 y se prolonga ininterrumpidamente hasta los primeros meses de 2021.

Las diferencias en los días de retraso son inapreciables y no desvirtúan la existencia de contradicción.

El Ministerio Fiscal apunta la diferencia que por el contrario existe en las mensualidades impagadas para negarla existencia de contradicción.

Pero aquí tampoco es de apreciar una divergencia tan relevante que permita negar la identidad de ambos supuestos [...]

Tan nimia diferencia resulta manifiestamente insuficiente para justificar la distinta solución aplicada en cada una de las sentencias en comparación, más si cabe, cuando se trata de trabajadores que prestan servicios para la misma empresa y no concurren por lo tanto otras circunstancias adicionales que pudieren ser valoradas como diferenciales a estos efectos”.

- La parte que cuantifica y caracteriza el incumplimiento salarial en el supuesto concreto.

“[...] la empleadora ha venido pagando con retraso el salario de manera prolongada y consecutiva desde el mes de diciembre de 2019 hasta abril de 2021, esto es, durante un año y cinco meses, a lo que se suma además el total impago de las mensualidades de mayo y junio de 2021”. A estos efectos resulta relevante la descripción tanto de esta como la descrita en la sentencia de contraste para comprobar la triple identidad.

- Aquella que refiere la doctrina esencial aplicable al asunto. De manera extensa en el apartado primero del fundamento jurídico tercero:

“La doctrina de esta Sala IV en la materia es uniforme y reiterada desde antiguo.

Por mencionar alguna de las más recientes, baste invocar la STS 9/2023, de 10 de enero (rcud. 2166/2021) y las que en ellas se citan.

Como allí decimos, "para que prospere la causa resolutoria es necesaria la concurrencia del requisito de gravedad en el incumplimiento empresarial; y, a efectos de determinar tal gravedad, debe valorarse tan sólo si el retraso o impago es grave o

trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario ex arts. 4.2f) y 29.1 ET", ponderando el alcance del incumplimiento de acuerdo con criterios de orden temporal (retrasos continuados y persistentes en el tiempo) y cuantitativo (montante de lo adeudado), por lo que "concorre tal gravedad cuando el impago de los salarios no es un mero retraso esporádico, sino un comportamiento persistente, de manera que la gravedad del incumplimiento se manifiesta mediante una conducta continuada del deber de abonar los salarios debidos" (STS/4ª de 20 mayo -rcud. 1037/2012-, 16 julio -rcud. 2275/2012-y 3 diciembre 2013 -rcud. 540/2013-).

A lo que añadimos que, para la concurrencia de esa causa extintiva debe aplicarse un criterio objetivo en la valoración de la conducta de la empresa, sin que sea preceptiva la culpabilidad en el incumplimiento del empresario, ni pueda entenderse justificado ese incumplimiento por la situación económica que atraviese.

En orden a su ejemplificación se recordaban en aquella sentencia distintos pronunciamientos "que entendieron que concurría causa suficiente para la resolución del contrato con fundamento en el art. 50.1 b) ET en casos de demora en el pago como los siguientes: dilaciones de entre 10 y 15 días durante el periodo de febrero 2003 a diciembre 2007 (STS/4ª de 10 junio 2009 -rcud. 2461/2008-); abono en el mes de febrero de 2008 de parte de las nóminas correspondiente a los tres últimos meses de 2007 (STS/4ª de 9 diciembre 2010 -rcud. 3762/2009-); la demora de entre 18 y 26 días en cinco mensualidades (STS/4ª de 20 mayo 2013 -rcud. 1037/2012-); los retrasos continuados de entre uno y dos meses durante un periodo superior al año (STS/4ª de 19 noviembre 2013 -rcud. 2800/2012); el retraso que afecta a cinco mensualidades, abonadas con demoras de entre 15 días y tres meses (STS/4ª de 19 diciembre 2019 -rcud. 2915/2017-).

También ha afirmado la Sala que el empleador no tiene la facultad unilateral de modular o condicionar el cumplimiento de la obligación de abono puntual del salario, "ni la reiteración de la insatisfacción de la obligación puede resultar en una modificación de la misma. Una cosa es que la acción de reclamación hubiera podido estar sometida a una eventual prescripción -si la conducta incumplidora no persistía ya en el momento de la demanda- y otra distinta deducir de ella un consentimiento tácito de los trabajadores respecto al percibo de sus salarios con constantes retrasos. La facultad de optar por la tutela que regula el art. 50.1 b) ET no se halla sometida a ninguna otra condición de la reclamación previa del cumplimiento de la obligación de pago del salario (STS/4ª de 10 junio 2009 -rcud. 2461/2008-).

En todo caso, no resulta exigible al trabajador que asuma y se adapte al retraso sólo porque este se reitere en el tiempo de manera previsible.

Finalmente cabe recordar aquellos pronunciamientos en los que hemos negado que la situación de concurso de la empresa o la acreditación de sus dificultades económicas enerven la acción frente a su incumplimiento (STS/4ª de 3 diciembre 2012 (rcud. 612/2012), 20 mayo 2013 (rcud. 1037/2012) y 3 diciembre 2013 (rcud. 141/2013), relacionadas en la de 10.09.2020).

- La resolución del supuesto de hecho.

"Tan prolongado cúmulo de retrasos e impagos supera manifiestamente el canon que hemos aplicado en los precedentes citados con anterioridad, en orden a calificar la gravedad del incumplimiento empresarial".

IX. Comentario

Si tenemos presente lo que dispone el art. 219.1 LRJS, la triple identidad para acceder a la casación por unificación de doctrina se identifica con la exigencia de que se trate de "los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos".

Ello supone que haya materias especialmente complejas en cuanto a la posibilidad de encontrar supuestos que puedan reunir esa triple identidad. Se trata, por tanto, de materias, como decimos, que son extraordinariamente casuísticas y que requieren un análisis individualizado para cada asunto concreto.

Muy ilustrativo es, por ejemplo, el ATS 9440/2021, de 30 de junio, que primero nos indica que “Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de “hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales”, SSTS 16 de julio de 2013 (R. 2275/2012), 22 de julio de 2013 (R. 2987/2012), 25 de julio de 2013 (R. 3301/2012), 16 de septiembre de 2013 (R. 302/2012), 15 de octubre de 2013 (R. 3012/2012), 23 de diciembre de 2013 (R. 993/2013), 29 de abril de 2014 (R. 609/2013), 17 de junio de 2014 (R. 2098/2013), 18 de diciembre de 2014 (R. 2810/2012) y 21 de enero de 2015 (R. 160/2014) [...]” Esto es, que no quiere ser absolutamente rígido respecto al requisito, pero que, de igual modo, sí se es exigente con aquella concurrencia.

Pero lo determinante es que añade que “la Sala ha declarado reiteradamente que la calificación de conductas a efectos de su inclusión en alguno de los diferentes apartados del número 1 del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores no es materia propia de la unificación de doctrina ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en estos casos la decisión se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico; SSTS 26 de junio de 2008 (R. 2196/2007) y 3 de noviembre de 2009 (R. 453/09) y AATS, entre otros muchos, de 8 de abril de 2014 (R. 1697/2013), 9 de abril de 2014 (R. 2835/2013) y 4 de junio de 2014 (R. 59/2014)”.

De manera clara, literal y evidente, el propio Tribunal Supremo es el que manifiesta la dificultad para entrar en casación para unificación de doctrina en los casos de extinción por incumplimiento empresarial.

Lo relevante, en consecuencia, de la resolución analizada, es que se dan los parámetros para fijar que existe la identidad requerida. Y, ciertamente, se comprueba que, la misma Sala del TSJ de Canarias/ Las Palmas, en un plazo de apenas un mes, había resuelto para una misma pretensión, ante una misma empresa y por unos mismos hechos, que un incumplimiento de pagos revestía la suficiente gravedad como para razonar una extinción, mientras que, en la sentencia recurrida, no se entendía así.

En la resolución que ahora se comenta, se concluye que, por las características descritas, existe un elemento objetivo, temporal y cuantitativo que se traduce la gravedad que el art. 50 ET exige para poner fin a la relación laboral. Lo importante, por tanto, es reiterar la doctrina de que lo esencial es concretar dicha gravedad, porque, en cuanto ésta se constata, no hay reparos en rescindir el contrato.

X. Apunte final

Sea como fuere, finalmente no hemos querido profundizar en las características del supuesto analizado en cuanto a la gravedad. Y es que entendemos que ello es determinante para el fallo de la sentencia, pero no tanto para lo que es objeto de este comentario.

Respecto a esto último, esto es, lo que consideramos más trascendentes de esta sencilla y absolutamente clara resolución, es que en el análisis individualizado del caso concreto, existe contradicción en materia de aplicación del art. 50 ET y, tras dicho análisis, es posible identificar una conducta empresarial como suficientemente grave para encuadrarla en el ámbito de aquel precepto.

Ello no permite, sin más, deducir a partir de aquí que se pueda establecer una regla general desde unos parámetros de referencia, sino que dependerá de cada supuesto de hecho concreto el que se puedan identificar los elementos objetivos, temporal y cuantitativos necesarios sin los que no se entiende la gravedad a la que nos hemos referido.

Y, así, recordemos, que, tal incumplimiento es independiente de la culpa o no del empleador, que se requiere continuidad y persistencia en el tiempo y que la cantidad adeudada sea suficientemente significativa.

Pero ello, insistimos, dependerá de cada caso, sin que se pueda dar una regla general y uniforme a la que podamos aferrarnos en busca de certeza o seguridad jurídica.

§ 97 ¿Se aplica el salario mínimo interprofesional a todas las relaciones laborales de carácter especial?

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen: La Sala de lo social del Tribunal Supremo declara que el salario mínimo interprofesional (SMI) se aplica en la relación laboral especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles sin asumir el riesgo y ventura, regulada por el Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto. Confirma el criterio adoptado por la Sala de lo Social de del TSJ de Andalucía (Granada). La alusión a la remuneración contenida en el art. 4.2.f) ET, como derecho laboral básico de las personas trabajadoras, y su referencia a la remuneración "legalmente establecida" "presupone lógicamente el obligado respeto a la cuantía del SMI".

Palabras clave: Relación laboral de carácter especial, representantes de comercio o mediadores que no asumen el riesgo y ventura de las operaciones. Retribución. Indemnización por despido: aplicación del salario mínimo interprofesional.

Abstract: The Labor Chamber of the Supreme Court declares that the minimum interprofessional wage (SMI) applies to the special employment relationship of persons who intervene in commercial transactions without assuming the risk and chance, regulated by Royal Decree 1438/1985, of 1 August. It confirms the criterion adopted by the Labor Chamber of the High Court of Justice of Andalusia (Granada). The reference to remuneration contained in article 4.2.f) of the Workers' Statute, as a basic labor right of workers, and its reference to the "legally established" remuneration "logically presupposes the obligatory respect for the amount of the minimum wage".

Keywords: Employment relationship of a special nature. Commercial representatives or mediators who do not assume the risk and fortune of the operations. Remuneration. Severance pay: application of the minimum interprofessional wage.

I. Introducción

La cuestión que se plantea en el presente caso es si las normas reguladoras del salario mínimo interprofesional se aplican a la relación laboral especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas regulada por el Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto (en adelante RD 1438/1985), y, en concreto, para el cálculo de la indemnización por despido improcedente. El Tribunal Supremo considera que una interpretación de la actual normativa, a la luz de la Constitución, obliga a entender que también el SMI constituye la retribución mínima a tener en cuenta en esta relación.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 725/2023, de 10 de octubre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 4537/2022.

ECLI:ES:TS:2023:4130

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El trabajador, D. Arturo, prestó servicios para la empresa demandada desde el 2 de septiembre de 2019 al 22 de abril de 2020 con categoría profesional de representante de comercio, a jornada completa y un salario medio percibido en los meses que ha prestado servicios equivalentes a 32,99 euros (media entre el salario fijo y las comisiones abonadas). En el contrato temporal acordado inicialmente por 6 meses prorrogable por otros 6 meses, se pactó que la función principal del trabajo era la "venta de productos aseguradores del Grupo Divina Pastora Seguros" y se establecía que anualmente se pactaría un presupuesto de ventas que debía cumplirse por el asesor y la empresa (denominado Objetivo de ventas). La retribución de D. Arturo estaba constituida por comisión sobre ventas, salario fijo e indemnización por gastos (cláusula décima del contrato). En la cláusula decimotercera se regulaban las causas de extinción, entre ellas el incumplimiento de los objetivos mínimos de venta establecidos. La empresa comunica a D. Arturo la resolución del contrato de trabajo el 22 de abril de 2020 con efectos de ese mismo día, alegando que no ha alcanzado los objetivos mínimos de ventas establecidos, y que previamente el 4 y el 26 de febrero de 2020 ya había sido advertido. Se le imputa incumplimiento de los objetivos comunicados verbalmente. Interpuesta demanda por despido, el Juzgado de lo Social declara el despido improcedente otorgando a la empresa cinco días para optar entre la readmisión o la indemnización.

La empresa interpuso recurso de suplicación que fue parcialmente estimado por el TSJ de Andalucía, sede Granada, procediendo a rebajar la indemnización inicial de 1.281,28 euros a una cuantía de 801,46 €, pero confirmando el resto de los pronunciamientos. La sentencia del TSJ comparte con la sentencia de instancia que el salario mínimo interprofesional es aplicable a la indemnización por despido de la relación laboral especial de representantes de comercio del RD 1438/1985, lo que se traduce en 36,43 euros por día, y no en los 32,99 euros por día que se derivan del salario medio percibido por el trabajador durante el tiempo que ha prestado servicios, pero corrige el error de la sentencia de instancia que había equivocadamente entendido que la aplicación del salario mínimo interprofesional se traducía en 58,24 euros por día, cuando la cifra correcta para el TSJ es la citada de 36,43 euros por día.

La empresa formalizó recurso de casación para la unificación de doctrina denunciando la infracción de los artículos 8.1 y 10.3 RD 1438/1985. Para el Ministerio Fiscal, el recurso debe desestimarse por falta de contradicción. Pero el TS descarta la falta de contradicción. Para la Sala, el hecho de que la sentencia de referencia no contenga una declaración de hechos probados y se limite implemente a dar "expresamente por reproducidos (los) hechos probados que se contienen en la sentencia de instancia" no impide apreciar la existencia de identidad, toda vez que la sentencia de contraste afirma que "indudablemente" la relación que vinculaba a las partes era la de carácter especial del RD 1438/1985; que las partes habían pactado como retribución una cantidad fija y un porcentaje de la comisión percibida por la

empresa en caso de éxito de las operaciones en que intervenía el trabajador, y, en fin, que el trabajador fue despedido y que su despido fue declarado improcedente en la instancia. Pero mientras que la sentencia recurrida entiende que el salario mínimo interprofesional es aplicable a la indemnización por despido de la relación laboral especial del RD 1438/1985, la de contraste considera, por el contrario, que "el salario mínimo interprofesional no resulta de aplicación a la relación laboral especial" del RD 1438/1985. Por ello concluye que existe la identidad y la contradicción requerida en tanto mantienen doctrinas discrepantes sobre la aplicación del salario mínimo interprofesional a la relación laboral especial del RD 1438/1985, por lo que la doctrina debe ser unificada.

IV. Posición de las partes

La empresa recurrente denuncia la vulneración de los artículos 8.1 y 10.3 RD 1438/1985, que regulan la retribución y las indemnizaciones por despido en esta relación laboral de carácter especial. Considera que debe hacerse un promedio de los ingresos obtenidos para el cálculo de la indemnización y que no es aplicable el salario mínimo profesional en esta relación.

V. Normativa aplicable al caso

- Constitución Española: arts. 1.1, 9.2 y 35.1

- RD 1438/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquellas: art. 8.1, 10.3 y 12.

VI. Doctrina básica

Dentro de los derechos los derechos laborales básicos aplicables a la relación laboral especial de representantes de comercio, se encuentra el de percibir la remuneración «legalmente establecida», noción que presupone el obligado respeto a la cuantía del salario mínimo interprofesional.

VII. Parte dispositiva

Desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Mutualidad General de Previsión del Hogar Divina Pastora, Mutualidad de Previsión Social a Prima Fija, confirma la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, sin imponer costas y con pérdida del depósito.

VIII. Pasajes decisivos

- "Es en el contexto de la referida conexión del artículo 27 ET, sobre salario mínimo interprofesional, con el derecho a la remuneración suficiente del artículo 35.1 CE, en el que debe señalarse que los anuales reales decretos que fijan anualmente el salario mínimo interprofesional establecen que la cuantía de dicho salario "para cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios".

- "Todavía es más revelador para la cuestión que nos ocupa, si cabe, que el Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, que desvinculó dicho salario de otros efectos o finalidades distintas a su función de "garantía salarial mínima de los trabajadores por cuenta ajena establecida en el artículo 27 ET", mantuvo expresamente la vinculación del salario mínimo interprofesional con "el salario del trabajador en los términos y condiciones establecidos en las normas reguladoras de las relaciones laborales de carácter especial a que se refiere el artículo 2 ET" (artículo 1.2 a)".

- "El artículo 12 RD 1438/1985 "no impone" la íntegra aplicación supletoria del ET, sino únicamente la aplicación de los derechos y deberes laborales "básicos" reconocidos en el ET.

- "Dentro de los derechos a los que se refiere el artículo 12 RD 1438/1985 está el de percibir la remuneración "legalmente establecida." Y debe entenderse que, conforme a lo expuesto sobre los artículos 35.1 CE, 27 ET y 1.2 a) del Real Decreto-ley 3/2004 y los reales decretos anuales de salario mínimo interprofesional, la noción de remuneración legalmente establecida presupone lógicamente el obligado respeto a la cuantía del salario mínimo interprofesional."

- "La sala no desconoce, por lo demás, la existencia de la STS 24 de febrero de 1983, que rechazó que a los representantes de comercio les resultara de aplicación la común normativa sobre salarios mínimos. Pero esa afirmación se realizaba sobre la anterior regulación reglamentaria de la relación laboral especial de los representantes de comercio (el RD 2033/1981, de 4 de septiembre), y no sobre el vigente RD 1438/1985, sin extender el análisis a los preceptos constitucionales y legales que en la presente sentencia hemos mencionado".

IX. Comentario

El TS declara que la normativa sobre salario mínimo interprofesional es aplicable también a la relación laboral de carácter especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles sin asumir el riesgo y ventura de las operaciones. Para llegar a tal conclusión realiza una ordenada disección normativa. En primer lugar, examina la relevancia constitucional del salario, recordando que el art. 35.1 CE reconoce el derecho a una "remuneración suficiente" y que la doctrina constitucional ya ha señalado que la necesidad de establecer unos techos salariales mínimos responde a los valores constitucionales de justicia e igualdad así como el hecho de que son, precisamente estos valores, los que permiten esta intervención coactiva del Gobierno en las relaciones de trabajo, limitando la libertad contractual, en tanto se "atiende a un interés social", que se estima "digno y necesitado de la atención del Estado" (STC 31/1984). Relevancia del establecimiento de unos salarios mínimos que supera el ámbito nacional y que reconoce también la UE (con cita de la Directiva 2022/2041).

A continuación, examina la legislación interna, comenzando por el art. 27 ET, como concreción del "derecho a la remuneración suficiente" constitucionalmente reconocida. Resalta que los reales decretos que fijan anualmente el salario mínimo interprofesional establecen que la cuantía de dicho salario "para cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios", lo que revela la amplitud de su proyección. Así ocurría con la normativa aplicable por razón temporal (RD 231/2020, de 4 de febrero, por el que se fija el SMI para 2020) y lo sigue haciendo el vigente Real Decreto 99/2023, de 4 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2023. Amplitud que demostraría igualmente el RDL 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, que desvinculó el SMI de otros efectos o finalidades distintas a su función de "garantía salarial mínima de los trabajadores por cuenta ajena establecida en el artículo 27 ET", en tanto mantuvo expresamente la vinculación del SMI con "el salario del trabajador en los términos y condiciones establecidos en las normas reguladoras de las relaciones laborales de carácter especial a que se refiere el artículo 2 ET" (artículo 1.2 a).

Finalmente se aborda la normativa específica sobre representantes de comercio y, en concreto se centra en el art. 12 RD 1438/1985. Reconoce que, como ya ha señalado la Sala en ocasiones anteriores, el art. 12 del RD 1438/1985 "no contiene ninguna regla específica sobre el derecho supletorio" y que se limita a establecer que "son aplicables en el ámbito de esta relación laboral de carácter especial los derechos y deberes laborales básicos reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores" por lo que este precepto "no impone" la íntegra aplicación supletoria del ET, sino únicamente la aplicación de los derechos y deberes laborales "básicos" reconocidos en el ET. Entre ellos se encuentra el art. 4.2.f) ET que reconoce el derecho de los trabajadores a la percepción puntual de la remuneración pactada o "legalmente establecida". Y para la Sala Social "conforme a lo expuesto sobre los artículos 35.1 CE, 27 ET y 1.2 a) del Real Decreto-ley 3/2004 y los reales decretos anuales de salario mínimo

interprofesional, la noción de remuneración legalmente establecida presupone lógicamente el obligado respeto a la cuantía del salario mínimo interprofesional”.

La sala no desconoce, por lo demás, la existencia de la STS 24 de febrero de 1983, RJ 1983\854, que rechazó que a los representantes de comercio les resultara de aplicación la normativa común sobre salarios mínimos. Pero rechaza que sea de aplicación dicha doctrina en tanto dicha afirmación se realizaba sobre la anterior regulación reglamentaria de la relación laboral especial de los representantes de comercio (el RD 2033/1981, de 4 de septiembre) -que no remitía expresamente a los derechos y deberes básicos- y no sobre el vigente RD 1438/1985 analizado desde un prisma constitucional y de la legalidad aplicable.

La doctrina de la Sala es, así pues, clara. Para el cálculo de la indemnización por despido improcedente deberá tenerse en cuenta la cuantía del salario mínimo interprofesional aplicable, de modo que, si la retribución pactada no supera dicha cuantía, deberá adecuarse equiparándose a la mínima legal. La conclusión alcanzada parece del todo punto acertada. Pero surgen cuestiones que quedan en el aire y que, ciertamente, no se resuelven en la sentencia por no concernir al asunto concreto examinado. Algunas de ellas serían: ¿pero el RD 1438/1985 no regula expresamente las retribuciones de los representantes y tendría que aplicarse esta regulación específica frente a la general al menos en la retribución ya que la sentencia solo examina su aplicación para la determinación de la indemnización por despido improcedente?, ¿tras la sentencia del Tribunal Supremo el salario mínimo interprofesional es de aplicación a todas las relaciones laborales de carácter especial o solo a la de los representantes de comercio y, además, exclusivamente mientras esté vigente este reglamento regulador que remite expresamente a los derechos laborales básicos del Estatuto de los Trabajadores? ¿en realidad ha modificado su doctrina el Tribunal Supremo? ¿es entonces aplicable también el salario convencional cuando exista? Ensayemos algunas respuestas.

En primer lugar, el TS se centra en el art. 12 del RD y en la remisión que hace a los derechos laborales básicos contenidos en el ET para proceder a su interpretación. Pero no se mencionan los arts. 8.1 y 10.3 del RD 1438/1985 que alegaba la empresa para entender no aplicable el salario mínimo interprofesional. En concreto, el primer precepto declara que las “retribuciones de los trabajadores comprendidos en el ámbito del presente Real Decreto estarán constituidas por comisiones sobre las operaciones en que hubiesen intervenido y fuesen aceptadas por el empresario, siempre que en el contrato se haya establecido la necesidad de aprobación, o por una parte fija y otra por comisiones sobre dichas operaciones, más los incentivos y compensaciones que hubieran pactado en el contrato. Por último, la retribución también podrá consistir exclusivamente en una cantidad fija” y el segundo, específicamente en relación con el despido, señala que “en relación con las posibles indemnizaciones por despido improcedente o casos asimilados, éstas serán fijadas de acuerdo con lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores, calculándose el salario mensual en base al promedio de ingresos obtenidos los dos años anteriores al despido o resolución del contrato o período inferior, en su caso”.

Estos preceptos, sin embargo, no resuelven normativamente el problema planteado. Aunque efectivamente la norma reconoce la posibilidad de las partes de fijar la retribución exclusivamente mediante comisiones, mediante una cantidad fija, o con un sistema mixto de fijo más comisiones, lo cierto es que ello no aborda la cuantificación de la retribución en sentido estricto, sino la estructura de la retribución. Tampoco la referencia a que las indemnizaciones del despido declarado improcedente deben calcularse con el salario mensual en base al promedio de ingresos obtenidos los dos años anteriores al despido o resolución del contrato o período inferior, precisan la cuantía mínima indisponible resultante del método de cálculo que contempla. De este modo, tan solo la referencia al art. 12 RD permite obtener datos sobre la cuantía retributiva mínima. En este sentido, es cierto que dicho precepto lo que hace es remitir al ET, entre otros, al derecho a “la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida” del art. 4.2.f) ET. El TS se centra en la segunda parte del

precepto, el concepto de remuneración legalmente establecida, pero la norma expresamente permitiría haber sostenido que el derecho se limita a percibir puntualmente la retribución “pactada”, esto es, si solo se pactaron comisiones (art. 8 RD), el derecho solo cubriría la percepción puntual de las mismas, en la cuantía pactada, cualquiera que ésta fuera. Lo apoyaría el hecho de que se utilice la conjunción disyuntiva (“o”), es decir, la expresión de opciones y la posibilidad de elegir una de ellas. El TS, en interpretación literal y sistemática de este precepto en conjunción con el art. 8 RD, podría haber concluido que el legislador no quiso extender el salario mínimo interprofesional a esta relación laboral de carácter especial, como ya dijera en relación con la regulación anteriormente vigente de esta relación laboral de carácter especial. Pero ha optado por una interpretación más garantista y adecuada a los parámetros constitucionales que, además, se alinea con el sentido común de la *ratio* del derecho del trabajo como derecho tuitivo y con la indisponibilidad de derechos contractual. En efecto, no tendría sentido mantener que las partes pueden establecer comisiones, cualquiera que sea su cuantía (por ejemplo, un euro), forzando a la persona trabajadora a lograr cierres de operaciones imposibles para poder llegar al salario mínimo interprofesional y que eso se amparara por el legislador laboral. Las relaciones especiales son laborales por cuenta ajena. El riesgo y ventura de las operaciones en estas relaciones, como en todas las del trabajo por cuenta ajena, es del empleador y, en esta relación, además, constituye su esencia como pone de relieve su propia denominación. En este sentido, aunque no exista remisión expresa al ET, el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo llevaría a entender que se produce un abuso de derecho o extralimitación de este; y si se han establecido objetivos para lograr un salario mínimo que resulten objetivamente imposibles, incurrirían en la anulación de la obligación que de ellas dependa, de acuerdo con el art. 1116 CC.

Pero resulta mucho más sencillo andar por la senda recorrida por la Sala de los Social del TSJ de Andalucía, que asume íntegramente el TS, cuyo punto de partida es el derecho constitucional a una remuneración suficiente para satisfacer las propias necesidades y las de la familia y su concreción en la regulación legal actualmente vigente. La referencia a la retribución legalmente establecida, como señala el Supremo, no puede ser otra que la del Salario mínimo interprofesional, aplicable a todos los sectores y a todos los trabajadores por cuenta ajena. Además de los argumentos utilizados por la propia sentencia podría haberse añadido que, obviamente, la posibilidad disyuntiva entre la alternativa del derecho a la puntual percepción de la retribución pactada o la legalmente establecida, en tanto contenida en el ET, necesariamente debe ser entendida en el marco del sistema de fuentes de derechos y obligaciones contenidas en el art. 3 ET que impide que el contrato de trabajo pueda establecer en resultado contrario a las disposiciones legales y reglamentarias del Estado. En efecto, tras significativamente señalar de modo expreso que “los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan”, además de por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado y de los convenios colectivos, declara que también pueden hacerlo “por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo” pero “sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados” (art. 3.1.c) ET). Derechos reconocidos en disposiciones legales de derecho necesario de los que la persona trabajadora no puede disponer válidamente, ni antes, ni después de su adquisición (art.3.5 ET).

En segundo lugar, la cuestión más interesante, porque trasciende el caso concreto examinado por la sentencia comentada, es sin duda, la de si debe entenderse que el salario mínimo interprofesional constituye el mínimo indisponible para el conjunto de relaciones laborales de carácter especial. El análisis efectuado por el Tribunal Supremo parece conducir a tal resultado en tanto la trascendencia constitucional del salario mínimo interprofesional sería la misma, así como la amplitud de los reales decretos sobre SMI aludiendo a todos los sectores o, finalmente, el hecho de que el RDL 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional señale que el SMI tiene como función la de otorgar una “garantía salarial mínima de los trabajadores por cuenta ajena establecida en el artículo 27 ET”

(y en todas las relaciones laborales de carácter especial las personas trabajan por cuenta ajena) y declare que el SMI sigue vinculando al "salario del trabajador en los términos y condiciones establecidos en las normas reguladoras de las relaciones laborales de carácter especial a que se refiere el artículo 2 ET". La única duda que podría suscitarse es si esa interpretación garantista y constitucionalista de la normativa legal es posible exclusivamente en esta relación laboral de carácter especial de representantes de comercio gracias a que su art. 12 expresamente la somete a los derechos y obligaciones básicos del ET, de modo que, de no contenerse remisión alguna en este sentido o al juego del ET en otra relación laboral especial o en esta misma de representantes, la respuesta sería distinta. A ello parecería conducir la precedente sentencia del TS de 1983, que negaba expresamente la aplicación del SMI a esta relación especial, así como el hecho de que en esta Sentencia el TS declare que no es de aplicación la doctrina en ella contenida porque se examinaba otra norma legal distinta. En otras palabras, que el marco legal de los representantes de comercio ha cambiado y que mientras que en la STS de 1983 la regulación de los representantes de comercio vigente en aquel momento no contenía ninguna referencia a los derechos laborales básicos del ET, ahora tal referencia sí se contiene. Si así fuera, habría que estar a cada una de las relaciones laborales especiales para saber si el SMI resulta norma de derecho necesario indisponible o no, en función de que exista o no remisión a los derechos básicos o a la retribución común.

A mi juicio, el derecho al SMI constituye un derecho indisponible en todas las relaciones laborales de carácter especial con independencia de la existencia de remisión expresa al art. 4 ET, siempre y cuando no se señale expresamente otra retribución de modo claro e indubitado y justificada en otros valores y derechos constitucionales, so pena de poder incurrir en *ultra vires* por contrariar el art. 2.2 ET. Básicamente, porque en todas estas relaciones es aplicable la exigencia constitucional de una remuneración suficiente (art. 35.2 CE) y el propio art. 2 ET, después de enumerar el catálogo de relaciones laborales de carácter especial, declara que "la regulación de dichas relaciones laborales respetará los derechos básicos reconocidos por la Constitución". Derecho constitucional básico a una suficiencia retributiva que expresamente se proyecta en el art. 27 ET y cuyos RRDD de desarrollo no dudan en proyectar con carácter general el SMI como mínimo indisponible para los trabajadores por cuenta ajena. Sin que, en principio, en esta materia pueda alegarse de modo indubitado que las desigualdades están justificadas porque, en términos generales, no existiría "un correlato entre la especificidad advertida y la concreta regulación material dirigida a ese supuesto especial" (SSTC 79/83, 56/88).

Ello, como se dice, en términos generales, pues caben previsiones especiales en materia retributiva, ya sea en los propios RRDD de salarios mínimos (empleados del hogar familiar, en el RD SMI para 2023) o relaciones laborales especiales en las que se especifica ya de modo indirecto la cuantía de la retribución -como ocurre en el RD 1146/2006 en la relación especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud cuyo art. 7 fija la cuantía del sueldo base en la asignada "al personal estatutario de los servicios de salud en función del título universitario exigido para el desempeño de su profesión, atendiendo, en el caso de los residentes, al exigido para el ingreso en el correspondiente programa de formación"-, o directamente la ausencia de retribución -como ocurre con las prestaciones de servicios a la comunidad por parte de menores sometidos a la ejecución de medidas de internamiento para el cumplimiento de su responsabilidad penal (art. 20.3 RD 1774/2004, de 30 de julio). Por lo demás, sin podernos detener en el examen de todas las posibles, las relaciones especiales más conocidas, como la de las personas discapacitadas que trabajen en los centros especiales de empleo (art. 9 RD 1368/1985) o la de deportistas profesionales (art. 21 RD 1006/1985) reconocen de modo expreso los derechos y deberes básicos previstos en el ET, y las que reconocen que la retribución será en su cuantía la pactada en convenio colectivo o contrato individual de trabajo, precisan que se deberá respetar en todo caso la normativa sobre salarios mínimos (art. 7 RD 1435/1985 de las personas artistas, técnicas o auxiliares, que desarrollan su actividad en artes escénicas, audiovisuales y musicales; sobre el

mínimo interprofesional como límite también el art. 15.2 RD 782/2001 sobre penados en instituciones penitenciarias).

En fin, otras cuestiones que abre la sentencia, en las que no podemos detenernos en este formato, plantearían si el TS ha cambiado de criterio o solo ha realizado una interpretación acorde con una nueva normativa, a lo que debe afirmarse que sí ha cambiado doctrina en tanto, a pesar de que dice que no es aplicable la STS de 1983, en realidad, procede a hacer una aplicación constitucional de los derechos laborales básicos con independencia de la normativa aplicable (y, añadido yo, debería hacerla sobre la base del art. 2.2 ET, que pone como límite a todas las relaciones especiales el respeto de los derechos constitucionales básicos, lo que incluye la remuneración suficiente); o si es posible aplicar a esta relación laboral de carácter especial no sólo el mínimo interprofesional sino también mínimo profesional o convencional, es decir, si les debe ser garantizada también la retribución prevista en el convenio colectivo sectorial de comercio que fuera aplicable. La cuestión queda abierta, pero, sin ánimo de entretener más, podría afirmarse que así debiera ser cuando no se excluyen expresamente del ámbito personal del convenio (y en caso de hacerse así, habría que examinar si es o no un trato desigual justificado -precisamente por su especialidad, sin sujeción a horario y basado en la propia iniciativa del trabajador- o injustificado). La base jurídica podría encontrarse en el derecho a la negociación colectiva como derecho básico (art. 4.1.c) ET) y al hecho de que la indisponibilidad de derechos legalmente establecido incluya tanto a los derechos legales como a los "derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo" (art. 3.5 ET), al menos para las relaciones laborales de carácter especial que remiten al ET en general en temas no regulados específicamente y en aquellas que remiten a los derechos y deberes básicos.

§ 98 Visión monocular e incapacidad permanente, no siempre parcial.

Ángel Arias Domínguez

Subdirector de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura

Resumen: *La resolución analizada tiene dos méritos. En primer lugar, exponer cuáles son los criterios que se tienen en consideración para superar el juicio de contradicción en la admisión a trámite del recurso de casación para la unificación de doctrina, y cuáles son sus naturales excepciones en asuntos en los que únicamente se discute el grado de incapacidad del trabajador. Y, en segundo lugar, presentar los argumentos para la estimación del recurso del trabajador y declararlo afecto a una incapacidad permanente total, pues el tipo de agudeza visual que se requiere para el ejercicio de su profesión habitual es incompatible con una visión monocular.*

Palabras clave: *Visión monocular. Incapacidad permanente parcial. Incapacidad permanente total. Revisión del grado de incapacidad. Cambio de doctrina.*

Abstract: *The resolution analyzed has two merits. Firstly, explain what are the criteria that are taken into consideration to overcome the judgment of contradiction in the admission for processing of the appeal for the unification of doctrine, and what are their natural exceptions in matters in which only the degree of disability of the worker. And, secondly, present the arguments for the estimation of the worker's appeal and declare him affected by a total permanent disability, since the type of visual acuity required for the exercise of his usual profession is incompatible with monocular vision.*

Keywords: *Monocular vision. Permanent partial disability. Permanent total disability. Review of the degree of disability. Change of doctrine.*

I. Introducción

La cuestión principal que se debate en el recurso de unificación consiste en determinar si la visión monocular residual del trabajador, debida a la pérdida del otro ojo por accidente de trabajo, puede ser considerada como circunstancia constitutiva de incapacidad permanente total para la profesión habitual, como pretendía el demandante, o si, por el contrario, debe entenderse como incapacidad permanente parcial, como se había considerado en las dos resoluciones judiciales de instancia y suplicación.

De manera tangencial, pero con proyección para futuros cuestionamientos en casación de los grados de incapacidad permanente, se aborda el estudio de los requisitos que deben tenerse en consideración para la admisión a trámite del recurso en el juicio de contradicción, incluyéndose en el grupo de excepciones de la tendencia ortodoxa del propio TS que niega la existencia de contenido casacional cuando lo que

se discute es única y exclusivamente la calificación del grado de incapacidad permanente que merecen las dolencias del trabajador.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala IV.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 731/2023, de 10 de octubre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ núm. 1037/2021.

ECLI:ES:TES.2023:4131.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El trabajador, oficial de primera de la construcción, sufre un accidente en tiempo y lugar de trabajo. Como consecuencia del mismo pierde el ojo derecho por “*estallido ocular*”, además de presentar otras lesiones de menor entidad: fractura de huesos nasales, heridas, en párpado, colocación de una prótesis en el ojo, y generación de un cuadro ansioso depresivo reactivo al accidente laboral. Queda acreditado que en el ojo izquierdo la agudeza visual es con corrección de 1.25, y que le queda como secuela permanente la “*pérdida de visión por amaurosis del ojo derecho*”.

El expediente para la valoración de las secuelas asumió en su integridad el dictamen propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades, concediéndole la incapacidad permanente parcial. Desestimada la reclamación previa se recurrió la resolución del INSS ante el Juzgado de lo Social, cuya resolución fue desestimatoria de la demanda que solicitada la concesión del grado de total para su situación de incapacidad permanente. Misma suerte corrió el recurso de suplicación.

IV. Posición de las partes

La persona trabajadora afectada recurre en unificación de doctrina aportando como de contraste la STSJ-SOC Madrid, de 2 de abril de 2018 (rec. 686/2017), que apreció que las dolencias del trabajador eran tributarias del grado de incapacidad permanente total, pues, según su parecer, el trabajador se ve imposibilitado de realizar con presteza las tareas básicas de su profesión habitual de oficial de 1º en el sector de la construcción.

El INSS mantiene su criterio inicial y se posiciona a favor de la desestimación del recurso.

El Ministerio Fiscal sí aprecia la existencia de contradicción, pero informa en favor de la desestimación del recurso.

V. Normativa aplicable al caso

- LGSS: arts. 194 y ss.

- Con carácter meramente orientador: arts. 37 y 38 del Decreto de 22 de junio de 1956 por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación de accidentes del Trabajo y Reglamento para su aplicación.

VI. Doctrina básica

En relación con la admisión del Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina se continúa manteniendo la excepcionalidad para cuestiones atinentes a los grados de incapacidad, admitiéndose únicamente cuando, desde una visión muy estricta, existe una indubitada identidad de lesiones (afectantes y residuales) y de profesiones entre las resoluciones recurrida y de contraste.

En relación con el fondo del asunto, es decir, si la pérdida de un ojo determina la incapacidad permanente total, y no sólo la parcial, en actividades profesionales de la construcción, la resolución aprecia que más allá de las especificaciones que en relación a la agudeza visual concretan la escala Wecker y el derogado Decreto de accidentes de trabajo de 1956, que, en puridad de interpretación llevarían a desestimar la pretensión del trabajador, la labor de individualización que requiere todo análisis de esa materia conduce a la conclusión de que el ejercicio de las labores características de la construcción requieren de una agudeza visual incompatible con la visión monocular, pues esta dolencia y sus secuelas reduce el campo de visión periférico, afecta a la calibración de la profundidad y del espacio, así como al cálculo de las distancias, exigencias visuales demandadas por dicha actividad laboral de manera recurrente y constante. Aporta, además, una interesante perspectiva complementaria al introducir la variable de la prevención de riesgos laborales en el análisis, pues tiene en consideración para la estimación del recurso que la merma de capacidad visual puede actualizar determinados riesgos laborales, tanto para el propio trabajador como para los compañeros que se encuentre laborando con él.

VII. Parte dispositiva

Se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina impetrado frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia que había desestimado el recurso de suplicación instado contra la resolución del Juzgado de lo Social que no atendió la pretensión del actor de ser declarado afecto a una incapacidad permanente total para la profesión habitual.

Resuelve el debate de suplicación en el sentido de acoger el recurso formulado por el demandante y, revocando la sentencia de instancia, estimar la demanda y declarar al actor en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual.

VIII. Pasajes decisivos

La práctica habitual “de esta Sala IV es la de negar la existencia de contenido casacional cuando lo que se discute es únicamente la calificación del grado de incapacidad permanente que merecen las dolencias que padece el trabajador”.

“Pero esa doctrina general no ha sido óbice para que en algún supuesto muy singular la Sala haya admitido la existencia de contradicción y contenido casacional, cuando las sentencias en comparación presentaban una total y absoluta coincidencia entre las profesiones de los trabajadores y las lesiones que afectaban a cada uno de ellos, tratándose, precisamente, de la valoración de dolencias que provocan una merma de la capacidad visual.

Asuntos en los que lo único que se discutía era el grado de incapacidad permanente respecto a una determinada profesión, en ambos casos la misma, que debía reconocerse a quien padece una concreta, específica y objetivada disminución de la capacidad visual, en ambos casos, igualmente, la misma”.

“...ese criterio general puede tener puntuales excepciones cuando concurre la extraordinaria circunstancia de que las profesiones y las dolencias que sufren los trabajadores de las sentencias en comparación resultan absolutamente coincidentes.

Es evidente, decimos ahora, que tan sustancial identidad solo puede darse respecto a lesiones y dolencias que admitan una perfecta comparativa, porque resulten fácilmente objetivables y pueden catalogarse conforme a un baremo común,

objetivo y aceptado por la comunidad científica, que permita identificar de manera uniforme y homogénea las concretas y específicas limitaciones que suponen para la realización de determinadas tareas y actividades. Singularmente, las que afectan a la pérdida de la capacidad visual.

Prueba de ello es que en los precitados asuntos se ha producido una situación fáctica sustancialmente idéntica, en la que se trata de establecer si la visión monocular es incompatible con una concreta y específica profesión”.

“La correcta y adecuada aplicación de los criterios orientadores que ofrecen por partida doble esa escalade agudeza visual [la escala Wecker] y aquel derogado reglamento de accidentes de trabajo [Decreto de 22 de junio de 1956], no admite su abstracta traslación genérica a toda clase de profesión u oficio, sino que exige realizar un análisis específico de las concretas y singulares tareas y funciones de la profesión habitual del trabajador afectado.

Análisis que, tratándose una pérdida muy relevante de visión, y más allá de la afectación que pueda suponer para el correcto desempeño de tareas que exijan una especial agudeza visual, deberá tener especialmente en cuenta los riesgos que para el propio trabajador y para terceros pueda suponer el desempeño de esa profesión, ya sea por la utilización de maquinaria potencialmente peligrosa que requiera de una adecuada visión binocular, ya fuere porque lo exijan las condiciones, circunstancias o lugares donde deben realizar las tareas propias del oficio, o incluso, en su caso, por el cumplimiento de los requisitos normativos de naturaleza administrativa que condicionan el ejercicio de determinadas profesiones a unos ciertos niveles de agudeza visual”.

“Descendiendo a los concretos requerimientos de la profesión de oficial 1º construcción, debemos reparar en la existencia de varios factores de riesgo evidente para el trabajador, pero también para terceros, cuya prevención exige una adecuada agudeza visual binocular y que resultan incompatibles con la visión monocular derivada de la pérdida total de uno de los ojos”.

“De una parte, la utilización de maquinaria y equipos de trabajo y herramientas cortantes, punzantes o perforantes, para lo que sin duda constituye un serio peligro la falta de una adecuada visión binocular.

De otra, esa profesión exige trabajar en alturas y en edificios en construcción, con el riesgo de caída que eso supone. La visión monocular reduce el campo de visión periférico, afecta a la percepción de la profundidad y del espacio, así como al cálculo de las distancias, lo que resulta incompatible con el desempeño de una actividad laboral intensa en espacios en los que hay huecos y zonas con peligro de caída desde alturas muy considerables”.

IX. Comentario

El problema sustancial al que se enfrenta la resolución es la existencia de contenido casacional *“cuando lo que se discute es únicamente la calificación del grado de incapacidad permanente que merecen las dolencias que padece el trabajador”.* Y para ello la resolución recorre los principales argumentos de sus propias resoluciones antecedentes para concluir que únicamente en supuestos singulares se supera el juicio de contradicción en esta materia. Es decir, la perspectiva natural es la inadmisión por falta de contradicción, y solamente para cuando estamos en presencia de profesiones absolutamente coincidentes y de lesiones idénticas puede superarse el juicio de contradicción, como ha sucedido, por ejemplo, en las siguientes resoluciones que enumera.

La STS-SOC 17/9/2013 (rcud. 2212/2012) reitera el criterio tradicional en esta materia, subrayando que la repuesta acostumbrada es negar la existencia de contradicción cuando lo que se está discutiendo es únicamente el grado de incapacidad permanente que corresponde a las dolencias de la persona trabajadora.

Se subraya una idea básica, que las cuestiones relativas a la determinación del grado de incapacidad carecen de contenido casacional, y que *"su acceso al recurso no sólo resulta inadecuado en orden a la función unificadora que le es propia, sino que comprometería gravemente su funcionamiento, con repercusiones muy negativas en la garantía del principio de celeridad, que es esencial en la configuración institucional del proceso social"* (STS-SOC de 17 de febrero de 2010 [R. 52/2009]).

En definitiva, que la materia relativa a la calificación de la incapacidad permanente no es propia de la unificación de doctrina, tanto por la dificultad de establecer la identidad del alcance del efecto invalidante como por tratarse, en general, de supuestos en los que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos y circunstancias singulares que a la determinación del sentido de la norma (STS-SOC de 16 de septiembre de 2014 [rcud. 2431/2013]).

Aun así, en supuestos excepcionales, como se precisa, sí se ha permitido el acceso al recurso, como por ejemplo en los siguientes:

- SSTS-SOC 375/2023, de 24 de mayo, y 632/2020, de 9 de julio. Trabajadoras cuya profesión habitual era la de limpiadora y habían sufrido la pérdida prácticamente total de la visión en un ojo, manteniendo la visión con el otro sin lesiones residuales. En ambos casos se admite la contradicción y se concluye que esas dolencias no son constitutivas de incapacidad permanente parcial.

- STS-SOC 698/2020, de 22 de julio. Peón agrícola con visión monocular por amaurosis total de un ojo y agudeza visual normal en el otro. Se entiende que dichas dolencias deben ser calificadas como incapacidad permanente parcial para este oficio.

- STS-SOC 372/2016, de 4 de mayo. Abogado que pierde totalmente la visión en un ojo, conservando la visión completa en el otro. Se reconoce la incapacidad permanente parcial.

- STS-SOC de 23 de diciembre de 2014 (rcud. 360/2014). Trabajador gruista que pierden la visión total de un ojo y mantienen la normal en el otro. Se considera que es una situación de incapacidad permanente total para dicha profesión.

El análisis de la contradicción entre la sentencia recurrida y la aportada para contraste bajo estas premisas determina la admisión a trámite del recurso, al existir contradicción entre sus decisiones, porque *"no hay el menor matiz diferencial que permita apreciar la concurrencia de circunstancias diferenciales que pudieren justificar el distinto pronunciamiento de cada una de ellas"*, pues la profesión en ambos supuestos de hecho es *"totalmente coincidente"* (oficial de 1º en el sector de la construcción), así como *"las dolencias que padecen los trabajadores"*, la visión monocular manteniéndose en su integridad la visión por el otro y sin que concurriesen otro tipo de lesiones o dolencias residuales de importancia.

El criterio manejado es perfectamente razonable, se enmarca en su tradición, antecedente, y no deja flancos para la crítica. Y, sin embargo, pudiera objetarse, desde una apreciación de la cuestión algo distanciada del asunto concreto, un excesivo apego al manejo de conceptos jurídicos en vez de apoyarse en percepciones factuales. Es evidente que no podemos aquilatar en qué grado una determinada lesión o dolencia impide, dificulta, u obstaculiza el ejercicio de la profesión habitual sin tener en consideración las actividades y tareas que se desenvuelven en la referida actividad profesional, pero la insistencia de esta doctrina en tener en consideración únicamente las mismas profesiones para admitir a trámite el recurso de casación puede ser cuestionada, o al menos ponerse en entredicho para este tipo de lesiones visuales, fácilmente objetivables y ordenables bajo parámetros médicos ampliamente admitidos por la ciencia y asumidos por la jurisdicción en el enjuiciamiento de estas cuestiones.

Lo trascendente en una declaración de incapacidad permanente es la lesión que padece el trabajador, y, sobre todo, en qué medida dicha lesión se relaciona con la profesión habitual del trabajador, pero este método de análisis de la admisión a trámite del recurso de casación unificada no puede llevar a configurar su acceso mediante la

conformación de una especie de abierto catálogo (por definición, siempre en construcción) de enfermedades y profesiones que sí dan acceso, de tal suerte que si el asunto concreto se encuentra en la taxonomía de supuestos accederá, pero si no se encuentra, no.

Entendemos, por el contrario, que lo trascendente en relación con la admisión de la casación unificada, al menos en estos asuntos en los que el alcance del efecto invalidante de la lesión sí puede objetivarse, no debe ser tanto la profesión concreta de los trabajadores, sino la apreciación de en qué medida la lesión padecida impide, dificulta u obstruye, el normal desarrollo de las capacitaciones laborales básicas. Y todo ello con una cierta independencia del tipo de trabajo que desarrollen los trabajadores, de tal suerte que solo pueda negarse el acceso a la discusión en casación del fondo del asunto cuando las profesiones requieren muy diversas exigencias visuales, pero no cuando sustancialmente sean idénticas o similares, por más que la profesión o el oficio sí sean diferentes o, sencillamente, tengan distinta nomenclatura o denominación.

No parece razonable, en este sentido, que la pérdida de un ojo en un gruísta sí determine el acceso a la incapacidad permanente total, pero no en un oficial de primera de la construcción. Y no se entiende muy bien por qué no pudiera, en su caso, admitirse la casación, si se aportase de contraste una sentencia afectante a un carpintero, a un electricista, a un yesista, o a un pintor. En todas estas profesiones, quizá con excepción de la última citada, la agudeza visual que se requiere para su desarrollo competente es bastante similar, y el filtro casacional que insiste en que si no son profesiones exactamente coincidentes no debe darse acceso al debate de fondo, está desechando la posibilidad de apreciar la lesión en relación con la actividad profesional desarrollada, que es, precisamente, lo que se pretende en el análisis de la incapacidad permanente.

En asuntos en los que se debate cuestiones atinentes a la agudeza visual la admisión a trámite de la casación no puede depender únicamente de que los trabajadores de las resoluciones comparables ejerzan exactamente la misma profesión u oficio, debiendo tenderse a comparar si la agudeza visual residual de las personas trabajadoras es suficiente para desarrollar profesionalmente cada uno de los oficios.

Piénsese, en este sentido, por ejemplo, qué ocurriría si en este trámite de admisión, la sentencia de contraste fuera la de un trabajador dedicado a la reparación de vehículos de motor. ¿Verdaderamente podríamos argumentar que al dedicarse a profesiones distintas -oficial de la construcción y mecánico- no puede compararse que pérdida de su agudeza visual ha experimentado y cómo influye en el desarrollo competente de cada profesión u oficio?

Quizá pudiera modularse esta interpretación tradicional de la admisión a trámite en estas cuestiones. Desde la perspectiva de que en la admisión a trámite no debe tenerse únicamente en consideración la identidad de las profesiones, sino también, y principalmente, qué porcentaje de agudeza visual ha visto perjudicado el trabajador por la lesión que ha padecido en relación con la exigencia de agudeza visual que se requiere para sus concretas tareas profesionales. Desde este punto de vista no sería arriesgado sostener la admisión a trámite de un recurso de casación aportando resolución sobre otra profesión y oficio que requiriese idéntica agudeza visual, aunque no fuese exactamente la misma profesión.

Es evidente, en este sentido, que un relojero o un trabajador dedicado a la reparación de joyas, requiere una agudeza visual mucho más notable e intensa que un trabajador de la construcción, por lo que en este ejemplo no estaríamos ante profesiones comparables. Pero no parece irrazonable subrayar que las exigencias visuales requerida para un trabajador de la construcción son bastante similares a las que necesita gruísta, un mecánico, un electricista, o un fontanero.

En conclusión, que mientras que el criterio de la identidad de dolencias debe ser mantenido, por la propia idiosincrasia del recurso, el que se centra en apreciar la

misma profesión oficio pudiera ser dulcificado en aquellos supuestos en los que, aunque existan varias profesiones diferentes, la agudeza visual requerida en cada una de ellas fuese idéntica.

La estimación del recurso y la consideración de la visión monocular como incapacidad permanente total para la profesión habitual de oficial de la construcción es una conclusión bastante razonable, por dos razones. En primer lugar, por el tipo de actividad laboral que se desempeña, que requiere una capacitación visual habilitante para apreciar la profundidad de campo necesaria para calcular distancias, poder enfocar correctamente y disponer de una visión periférica incompatible con una visión monocular. Y, en segundo lugar, porque el desempeño de los cometidos laborales característicos de la profesión -en altura, con materiales pesado, etc.- en estas condiciones visuales pudiera poner el peligro la salud laboral del propio trabajador y de sus compañeros al ser más factible en esas condiciones de deficiencia visual la actualización de los riesgos laborales y la producción de un accidente laboral.

X. Apunte final

La combinación de los tres instrumentos que utiliza la resolución comentada para determinar la falta de agudeza visual y su proyección en su trabajo concreto en la construcción, aunque ninguna de ellas tiene valor normativo en sí mismo considerado, por diferentes razones, conforma un panorama bastante completo en relación a la presteza visual y su relación con la actividad laboral que desarrolla.

La escala Wecker (<https://asociaciondoce.files.wordpress.com/2016/04/escala-de-wecker.pdf>) es el instrumento técnico usualmente empleado para analizar cuál es el grado de incapacidad visual que se experimenta cuando en uno, o en los dos ojos, se sufre una pérdida de agudeza visual. Se utiliza habitualmente en vía administrativa, es fácil de manejar, proporciona la información de manera muy gráfica y se recurre a él jurisdiccionalmente como argumento de autoridad de manera recurrente, en el TS desde la STS-SOC 259/1981, de 26 de octubre se cita en más de cincuenta resoluciones, para los TSJ el Cendoj devuelve más de tres mil resultados.

La Guía de Valoración Profesional de Incapacidades del INSS en su tercera edición (https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/661ab039-b938-4e50-8639-49925df2e6bf/GUIA_VALORACION_PROFESIONAL_2014_reduc.pdf?MOD=AJPERES&CVID) es un documento elaborado por el propio INSS aglutinando las experiencias de varios Equipos de Valoración de Incapacidades y profesionales dedicados al análisis de la incapacidad, sus consecuencias y su repercusión en el trabajo. Pretende suministrarse información sobre los “*requerimientos profesionales*” de las profesiones u oficios, es decir, sobre las aptitudes psicofísicas que debe poseer un trabajador para realizar una ocupación determinada. Es cierto que dicha guía posee un carácter meramente orientativo para los diferentes profesionales que intervienen en la valoración de las incapacidades laborales, requiriéndose una individualización para cada caso concreto, pero la sistemática de su organización y la taxonomía de actividad profesionales y dolencias que enuncia aporta una información muy relevante y útil.

Así, por ejemplo, en la pág. 943, el Código: CNO-11:8201, dedicado a los Ensambladores de Maquinaria Mecánica, se diseña para las siguientes ocupaciones: - Montadores de motores; - Mecánicos de banco (camiones); - Montadores de vehículos, - Instaladores de motores; - Montadores ajustadores de elementos mecánicos de motores aeronáuticos; y - Ensambladores de turbina. Para todos ellos se requiere (pág. 844) una agudeza visual de “3” y un campo visual de “2”. Con estos indicadores -3 y 2- debe acudir a la guía de indicación de los requerimientos profesional, que para los visuales se encuentra en las páginas 26 y 27 del mismo documento, en las que se precisa qué significa cada una de estas dos indicaciones, junto con las otra dos existentes, la 1 y la 4. Así, por ejemplo, la presteza visual de 4 está exigida en visión binocular para: “*Trabajos de muy altos requerimientos visuales, incluidos trabajos de precisión y aquellos sometidos a importantes riesgos (pilotos,*

bomberos, etc.).”, añadiendo que es exigencia característica de “trabajos de precisión, orfebres, bordados”.

¿Puede razonablemente sostenerse, siguiente esta ordenación de actividades, que para un mecánico de camiones se requiere diferente presteza visual que para un montador de turbina?, ¿Puede sostenerse, siguiente la línea antes enunciada con anterioridad, la inadmisión a trámite de un recurso de casación unificada porque el recurrente se dedique a montar motores y la ocupación de la resolución de contraste sea la de un montador de elementos mecánicos de un motor aeronáutico?

Y, a más a más, ¿Puede razonablemente inadmitirse a trámite un RCU cuando los “requerimientos” visuales de ambas profesiones son idénticos, por ejemplo, un orfebre y un mecánico, aunque técnicamente se dediquen a actividades distintas?

Lo trascendente, en definitiva, no debe ser si realizan exactamente la misma profesión u oficio, sino si los “requerimientos profesionales” de cada profesión son idénticos, es decir, si la presteza visual requerida para cada actividad profesional es la misma. Si efectivamente dichos requerimientos son idénticos, aunque materialmente se ocupen de tareas distintas, el juicio de contradicción debería poder ser superado.

El tercer instrumento que tiene en consideración la resolución para el análisis del caso concreto es el Decreto de 22 de junio de 1956 por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación de accidentes del Trabajo y Reglamento para su aplicación, en cuyos arts. 37 y 38 se prevén cómo influyen, con carácter general, las deficiencias visuales en la incapacitación laboral.

Aunque juega un papel secundario en la exégesis de la norma, meramente orientador, sus dictados continúan siendo razonables desde una lectura de la incapacidad permanente que tenga en consideración las circunstancias impeditivas del ejercicio de las tareas o encomiendas básicas del puesto de trabajo. Nada extraña que se afirme, en este sentido, que “se considera incapacidad permanente parcial.../... la pérdida de la visión completa de uno ojo, si subsiste la del otro” (art. 37.b)], o que se entienda “como incapacidad permanente y total.../...la pérdida de visión de un ojo, si queda reducida la del otro en menos de un cincuenta por ciento” (art. 38.e)]. Y también parece razonable lo previsto en el art. 41 cuando dispone que “Se considerará incapacidad permanente y absoluta.../...c) la pérdida de visión de ambos ojos, entendida como anulación del órgano o pérdida total de la fuerza visual”, así como “d) la pérdida de visión de un ojo, si queda reducida en el cincuenta por ciento o más la fuerza visual del otro”.

Su carácter orientativo puede funcionar como un parámetro generalista para la apreciación más aquilatada de cada caso concreto, y, como tal se utiliza en el foro.

La combinación apreciativa de todos estos elementos técnicos para la valoración de cada caso tiene la virtud de poder edificar mediante el Decreto de 1956 un suelo interpretativo idéntico para todos los supuestos en los que lo que se discute es únicamente la apreciación del grado de incapacidad, argumentando la concreción de las lesiones específicas y singulares de cada trabajador con las labores técnicas que desempeñaban en su puesto de trabajo mediante los dos primeros instrumentos -la escala Wecker y la Guía de Valoración Profesional del INSS-, dotando de sentido a toda la labor interpretativa.

§ 99 Despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual, función tipificadora del convenio colectivo y principios del Derecho Disciplinario Laboral.

José Luis Monereo Pérez

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

Resumen: STS-SOC núm. 750/2023, de 17 de octubre (RCUD núm. 5073/2022).
Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Antonio Blasco Pellicer. Despido disciplinario procedente de trabajadora que presta servicios como cajera en un supermercado y sustrae un producto por un valor al público de 5,52 euros. Despido por transgresión de la buena fe contractual. El convenio colectivo aplicable tipifica la infracción como muy grave y la sanciona con despido. Al margen del mayor o menor perjuicio económico que suponga el valor de los objetos hurtados, lo más relevante es sin duda que una vez detectada esa conducta, difícilmente puede sostenerse que no se haya quebrado la confianza que la empresa deposita en la trabajadora que ocupa un puesto de trabajo como cajera.

Palabras clave: *Despido disciplinario. Función tipificadora del convenio colectivo. Transgresión de la buena fe contractual. Teoría gradualista. Límites del ius puniendi empresarial. Calificación del despido.*

Abstract: STS-SOC No. 750/2023, of October 17 (RCUD No. 5073/2022). *Speaker: Mr. Ángel Antonio Blasco Pellicer. Disciplinary dismissal of a worker who works as a cashier in a supermarket and steals a product with a retail value of 5.52 euros. Dismissal for breach of contractual good faith. The applicable collective bargaining agreement classifies the infraction as very serious and sanctions it with dismissal. Regardless of the greater or lesser economic damage caused by the value of the stolen items, the most relevant aspect is undoubtedly that once this conduct has been detected, it is difficult to argue that the trust that the company has placed in the employee, who occupies a job as a cashier, has not been breached.*

Keywords: *Disciplinary dismissal. Typifying function of the collective bargaining agreement. Breach of contractual good faith. Gradualist theory. Limits of the company's ius puniendi. Qualification of the dismissal.*

I. Introducción

La cuestión a resolver en el recurso de casación unificadora interpuesto consiste en determinar si la apropiación indebida de productos sin ser abonados por la trabajadora de un supermercado, es motivo suficiente para calificar el despido como procedente si así se prevé en el régimen disciplinario del convenio colectivo aplicable

o, si por el contrario, debe ser calificado el despido como improcedente por el escaso valor de los productos sustraídos.

Con fecha 14 de enero de 2022 el Juzgado de lo Social núm. 1 de Vitoria dictó sentencia sobre el despido disciplinario por transgresión de la buena fe, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, fundándolo en el art. 54.2.d) ET y en el art. 52.III.C) apartado 2 y 13 del Convenio Colectivo del Grupo Champion. Quedando acreditado que la trabajadora una vez finalizada su jornada de trabajo el día 30 de enero de 2021, y cuando fue requerida por el Jefe de Turno en los controles rutinarios de fin de turno, portaba en el interior de una bolsa artículos cuyo abono se realizó en una de las cajas de auto-cobro excepto cuatro artículos (dos difusores eléctricos, dos recambios ambientador) cuyo pago no constaba y con un valor al público de 5,52 euros. No consta sanción alguna anterior a la trabajadora.

Esta sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: se estima la demanda de despido disciplinario formulada por la trabajadora despedida contra la mercantil Supermercados Champion, declarando que el despido es improcedente.

Dicha fue recurrida en suplicación por Supermercados Champion ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en la que consta el siguiente fallo: se desestima el recurso de Suplicación interpuesto por Supermercados Champion S.A. frente a la sentencia de 14 de Enero de 2022 (autos 283/21) dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Alava en procedimiento por despido instado por Celia contra el recurrente, debemos confirmar la resolución impugnada.

En este inter procedimental, la representación de Supermercados Champion formalizó el recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 22 de julio de 2013 (R. 485/2013).

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia,

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala Social)

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 750/2023, de 17 de octubre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ núm. 5073/2022.

ECLI:ES:TS:2023:4175

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Antonio Blasco Pellicer.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La controversia jurídica sobre la que versa el recurso de casación unificadora consiste en determinar si la apropiación indebida de productos sin ser abonados por la trabajadora de un supermercado, es motivo suficiente para calificar el despido como procedente si así se prevé en el régimen disciplinario del convenio colectivo aplicable o, si por el contrario, debe ser calificado el despido como improcedente por el escaso valor de los productos sustraídos.

No consta sanción alguna a la trabajadora despedida.

La sentencia impugnada razona que el convenio tipifica como causa de despido la apropiación de cualquier artículo con independencia de que tenga o no valor de

mercado y la jurisprudencia considera como causa legítima de despido la apropiación de bienes de la empresa independientemente de su valor, del perjuicio y al margen el lucro obtenido por quiebra de la confianza que constituye la base de la buena fe propia de la relación laboral, pero siendo también cierto que la teoría gradualista exige, en cada caso, valorar las circunstancias individuales que concurran, y el hurto no constituye motivo automático para el despido. En el caso la trabajadora contaba con cuatro años de antigüedad, no consta sanción con anterioridad, la apropiación se produjo exenta de maquinación u ocultamiento y el valor de los objetos era muy escaso lo cual incide en el ínfimo lucro de la trabajadora y en el despreciable perjuicio económico para la empresa, concluyendo que la sanción adecuada debió ser inferior al despido.

Recorre la empresa y, con fundamento en el art. 207.e) LRJS, denuncia infracción del art. 54.2d) ET en relación con el art. 52 III c) apartados 2 y 13 del Convenio Colectivo del Grupo Champion, de aplicación a la relación laboral entre la empresa y la trabajadora. El recurso ha sido impugnado de contrario e informado por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerarlo procedente. Declara el Tribunal Supremo que no cabe duda que concurre la contradicción en los términos de orden público procesal exigidos por el art. 219 LRJS.

IV. Posición de las partes

Parte Empresarial: Considera que el despido ha de ser calificado de procedente y presenta recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de Suplicación, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 22 de julio de 2013 (R. 485/2013).

Parte Social: considera que el despido debe ser calificado de improcedente y presenta escrito de impugnación contra el recurso para la unificación de doctrina.

(El Ministerio Fiscal emite Informe en el sentido de considerar la procedencia del recurso de casación para la unificación de doctrina)

V. Normativa aplicable al caso

Artículo 54.2 del ET

Artículo 5. letra a) del ET

Artículo 58 del ET

Artículo 52.III.C) apartado 2, del Convenio Colectivo de aplicación (Convenio Colectivo del Grupo Champion)

Artículo 207.e) de la LRJS.

Artículo 228.2 LRJS.

VI. Doctrina básica

El deber de actuar conforme a las reglas de la buena fe que el art. 5. letra a) ET impone a los trabajadores como uno de los deberes laborales básicos a los que deben ajustar su actuación - y que reitera el artículo 20.2 ET al disponer que el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a la exigencias de la buena fe-, es uno de los pilares sobre el que descansa la prestación laboral y de ahí que el legislador la configure en el art. 54.2 letra d) ET como incumplimiento contractual que pueden ser objeto de sanción disciplinaria por el empresario. Cuando el trabajador se apropia de bienes de la empresa en un supermercado, no es solo que con ello cause un perjuicio económico directo a la empresa, sino que compromete además la situación personal de los trabajadores que prestan servicio en el establecimiento en el que estaba hurtando los productos. Con todo, y al margen del mayor o menor perjuicio económico que suponga el valor de los objetos hurtados, lo más relevante es sin duda

que una vez detectada esa conducta, difícilmente puede sostenerse que no se haya quebrado la confianza que la empresa deposita en la trabajadora que ocupa un puesto de trabajo como cajera. No parece razonable que el empleador carezca de la posibilidad de aplicar algún tipo de sanción a la trabajadora que con esos antecedentes volvería a desempeñar esas funciones en su puesto de trabajo, pese a conocer que ya se ha apropiado de productos. La pérdida de confianza y la transgresión de la buena fe es lo que justifica la sanción al trabajador en los supuestos en los que se apropia de bienes de la empresa de escasa relevancia y mínimo valor económico. Y por escasa complejidad que tenga, en apariencia, la realización de un acto como el de apropiarse de los productos colocados en unas estanterías y sacarlos por la caja de auto-pago sin abonarlos, el dato cierto y objetivo que no puede desconocerse, es que ha actuado intencionadamente y de forma deliberada en perjuicio de su empresa, con independencia del valor económico de lo sustraído, con la realización de una conducta ilícita y manifiestamente contraria a derecho, lo que es bastante, en este concreto caso, para constatar una reprochable acción, que faculta y legitima a la empresa para sancionar su conducta, de conformidad, con lo previsto al efecto en el convenio colectivo de aplicación.

De conformidad con lo expuesto, resulta evidente que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste, lo que -de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal-, obliga a la estimación del recurso y a la consiguiente casación y declaración de nulidad de la sentencia recurrida, para resolver el debate en suplicación, estimando el de tal clase y declarar la nulidad de la sentencia de instancia y la desestimación íntegra de la demanda, previa declaración de procedencia del despido impugnado. Debe ordenarse, de conformidad con lo dispuesto en el art. 228.2 LRJS, la devolución de los depósitos constituidos para recurrir, así como el levantamiento del aval o devolución de la cantidad consignada. Y sin que la Sala deba efectuar pronunciamiento alguno sobre imposición de costas.

VII. Parte dispositiva

Por todo lo expuesto en los fundamentos jurídicos se decide: 1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Supermercados Champion SA, representado y asistido por el letrado D. Unai Miguel Rodríguez. 2.- Casar y anular la sentencia dictada el 14 de junio de 2022 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación núm. 744/2022. 3.- Resolver el debate en suplicación estimando el de tal clase y revocar la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Vitoria, de fecha 14 de enero de 2022, autos núm. 283/2021. 4.- Desestimar la demanda sobre Despido interpuesta por D.^a Celia, frente a Supermercados Champion SA, declarando la procedencia del despido enjuiciado. 5.- Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para recurrir y, en su caso, la liberación del aval o devolución de la consignación efectuada. 6.- No efectuar pronunciamiento alguno sobre imposición de costas

VIII. Pasajes decisivos

- El art. 54.2 d) ET considera incumplimiento contractual grave: "la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo". Por su parte, el art. 52.III.c) apartados 2 y 12 del Convenio colectivo del Grupo Champion, aplicable al caso, dispone que "Se considerarán faltas muy graves las siguientes: 2.El fraude, aceptación de recompensas o favores de cualquier índole de terceros con motivo o con ocasión de la vinculación con la empresa del trabajador, así como la apropiación indebida de muestras promocionales o cualquier otro tipo de artículo, descuento o beneficio destinado a clientes, con independencia de que tenga o no valor de mercado; la deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas; la apropiación indebida, el hurto o robo, tanto a la empresa como a los compañeros de trabajo o a cualquier otra persona dentro de las dependencias de la empresa o durante el trabajo en cualquier otro lugar. Hacer negociaciones de comercio o industria por cuenta propia o de otra persona, venderse a sí mismo, sin expresa autorización de la empresa. No registrar operaciones mercantiles efectuadas en nombre de la empresa". Y 12.- "Transgresión de la buena fe contractual, así como

el abuso de confianza en el desempeño del trabajo". Por su parte, el artículo 53 del mencionado Convenio, bajo el epígrafe "Régimen de sanciones" dispone que las sanciones que podrán imponerse son "por faltas muy graves: Suspensión de empleo y sueldo hasta sesenta días o rescisión del contrato por despido disciplinario".

- Resulta evidente que la negociación colectiva puede incluir, entre las faltas laborales muy graves que justifiquen el despido disciplinario, tanto comportamientos concretos que constituyan especificación de los incumplimientos contractuales genéricos establecidos en el artículo 54.2 ET como otras conductas de la persona trabajadora no recogidas en dicho precepto. En el presente supuesto, ocurre de aquella forma. En efecto, la apropiación de dinero (STS de 17 de julio de 1989) o de productos de la empresa, incluso aunque se realice en un centro de la propia empresa al que no esté adscrito el trabajador y fuera de su jornada laboral, siempre que se cause un perjuicio a la empresa y tenga algún tipo de vinculación con el contrato de trabajo (STS de 699/2017, de 21 de septiembre, Rcd. 2397/2015) han constituido para la jurisprudencia de esta Sala una especificación de la genérica transgresión contractual establecida en el artículo 54.2.d) ET consistente en transgresión de la buena fe contractual. Pues bien, a esta causa genérica de despido, la negociación colectiva, a través del régimen de infracciones y sanciones disciplinarias prevista en el convenio colectivo de aplicación, ha considerado que dicha conducta -la apropiación de productos de la empresa- constituye infracción disciplinaria muy grave, sancionable con despido, "la apropiación indebida de artículos... con independencia de que tenga o no valor de mercado" y la "apropiación indebida, el hurto o robo, tanto a la empresa como a los compañeros de trabajo o a cualquier otra persona dentro de las dependencias de la empresa o durante el trabajo en cualquier otro lugar". En consecuencia, la conducta de la trabajadora descrita en los hechos probados tiene pleno encaje en la previsión tipificada como falta muy grave en el régimen disciplinario del convenio colectivo aplicable. Son las partes negociadoras las que han diseñado la infracción de referencia y las que, en atención a las circunstancias de la actividad que regulan, han decidido calificar de muy grave la apropiación indebida "con independencia del valor de lo sustraído".

-La pérdida de confianza y la transgresión de la buena fe es lo que justifica la sanción al trabajador en los supuestos en los que se apropia de bienes de la empresa de escasa relevancia y mínimo valor económico. Y por escasa complejidad que tenga, en apariencia, la realización de un acto como el de apropiarse de los productos colocados en unas estanterías y sacarlos por la caja de auto-pago sin abonarlos, el dato cierto y objetivo que no puede desconocerse, es que ha actuado intencionadamente y de forma deliberada en perjuicio de su empresa, con independencia del valor económico de lo sustraído, con la realización de una conducta ilícita y manifiestamente contraria a derecho, lo que es bastante, en este concreto caso, para constatar una reprochable acción, que faculta y legitima a la empresa para sancionar su conducta, de conformidad, con lo previsto al efecto en el convenio colectivo de aplicación. De

De manera que, la doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste, lo que -de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal-, obliga a la estimación del recurso y a la consiguiente casación y declaración de nulidad de la sentencia recurrida, para resolver el debate en suplicación, estimando el de tal clase y declarar la nulidad de la sentencia de instancia y la desestimación íntegra de la demanda, previa declaración de procedencia del despido impugnado.

IX. Comentario

Esta importante sentencia recoge un criterio muy extendido en la jurisprudencia^[1] sobre la calificación del despido procedente por transgresión de la buena fe contractual (un criterio severo y no gradualista), por un lado, y por otro, refuerza el papel regulador del convenio colectivo en la dirección interpretativa que se realiza del art. 58 ET, que hace una llamada a la negociación colectiva para regular la graduación de faltas y sanciones laborales. La apropiación de productos de la empresa por parte de sus trabajadores han constituido comportamientos para la jurisprudencia del

Tribunal Supremo que suponen una especificación de la genérica transgresión contractual establecida en el artículo 54.2.d) ET consistente en la transgresión de la buena fe contractual. Es innecesario aplicar la teoría gradualista de la falta y la sanción, siendo el hurto una falta en sí misma suficiente para generar una pérdida de confianza que legitima el despido disciplinario.

Es interesante señalar que la problemática del hurto o apropiación indebida de productos de las empresas ha sido analizada por la jurisprudencia del TEDH y por el Tribunal Constitucional, aunque centrándose en la legitimidad constitucional de la captación de imágenes por cámaras o sistemas de videovigilancia en el lugar de trabajo (más allá de la sanción disciplinar en sí adoptada por el empresario), considerando, en términos de conjunto que es legítimo ese uso cuando hay sospechas de un posible incumplimiento de los trabajadores^[2]. Sin embargo, no estamos en ese marco contextual de referencia en el caso aquí examinado en la sentencia comentada. En esta sentencia se aprecia la existencia de una conducta de transgresión de la buena fe contractual, por un lado, y por otro, resulta aplicable un convenio colectivo que establece una tipificación de la conducta infractora y un abanico limitado a dos opciones por faltas muy graves de posibilidades sancionadoras de dicha transgresión de la buena fe contractual. A saber: el art. 53 del mencionado Convenio, bajo el epígrafe "Régimen de sanciones" dispone que las sanciones que podrán imponerse son "por faltas muy graves: Suspensión de empleo y sueldo hasta sesenta días o rescisión del contrato por despido disciplinario". No debe olvidarse que la especificación por parte de los convenios colectivos ha de tomar en consideración siempre la gravedad de la conducta y el grado de culpabilidad de la persona trabajadora (art. 54.1 ET), de manera que el principio de proporcionalidad debe observarse en relación con el ejercicio del poder disciplinario, tanto más exigible en rigor si se trata del despido disciplinario dado que es la sanción privada laboral más grave que puede ser imputada al trabajador.

Se convendrá que ha habido una transgresión de la buena fe contractual en el hurto realizado por la trabajadora, pero un hurto menor y sin precedentes en conductas de incumplimiento de la misma. El interrogante que podría plantearse es si no resulta excesiva y desproporcionada la sanción por un tipo de comportamiento, que aplicando el convenio colectivo podría haberse traducida también y quizás de manera más proporcional una suspensión de empleo y sueldo. Es obvio que el Alto Tribunal no puede cambiar una sanción disciplinaria por otra sustituyendo a quien ostenta el poder disciplinario –el empleador-, pero sí puede razonablemente declarar que esa conducta no es merecedora del despido disciplinario atendiendo a la teoría gradualista del despido conexas al criterio de proporcionalidad entre el incumplimiento, la infracción y la sanción pertinente. Es así que la aplicación de la teoría gradualista en la tipificación y en la interpretación de las faltas y sanciones laborales puede ser útil también para enjuiciar una conducta encuadrable en la transgresión de la buena fe y sus posibles consecuencias disciplinarias.

No es irrelevante hacer notar que existe una doctrina judicial minoritaria que entiende aplicable el principio general de proporcionalidad entre la gravedad de la falta y la entidad de la sanción. Esta doctrina minoritaria es más reacia al enfatizar el factor de la confianza como causa de despido con independencia de otras circunstancias concurrentes^[3]. Desde esta posición se afirma que es necesario ponderar las circunstancias concurrentes caso por caso real (doctrina jurisprudencial del caso concreto). Ahora bien, resulta un hecho relevante el que el trabajador ocupe un cargo de singular confianza –por no hablar del personal de Alta Dirección, donde la confianza está especialmente reforzada, porque esta categoría especial de personal laboral actúa como un "*alter ego*" (persona en quien otra tiene absoluta confianza) del empresario- puede determinar un agravante adicional para justificar la legitimidad causal del acto de despido disciplinario^[4].

No obstante, en términos generales se tiende a considerar como conducta suficiente en sí misma para justificar el despido disciplinario la apropiación de bienes o productos de la empresa, como también la apropiación indebida de dinero de la caja,

con independencia de su cuantía y de otras circunstancias concurrentes. Estas posiciones doctrinales y jurisprudenciales declaran que no resulta aplicable la doctrina gradualista en supuestos de substracción, hurto o defraudaciones por el trabajo a la empresa no es unánime^[5].

En el caso examinado, la pérdida de confianza se exagera hasta el punto de neutralizar la proporcionalidad de la medida, por un lado, y por otro, teniendo en cuenta que no había antecedentes de incumplimientos similares y el mínimo perjuicio para la empresa. Aunque el convenio concreta las conductas típicas de infracción sancionable, ello no debería impedir la aplicación de los principios generales de todo régimen sancionador, incluido el Derecho sancionador en el ámbito de las relaciones privadas por incumplimiento contractuales

Como se sabe, el despido constituye una resolución por incumplimiento grave y culpable en la misma dirección que la resolución por incumplimiento contractual prevista en el art. 1124 del Código Civil, que teniendo en cuenta que estamos en el ejercicio de una potestad disciplinaria del empleador se traduce de en la sanción más grave que se hace acompañar con la pérdida definitiva del empleo. El Tribunal Supremo ha entendido que «que el acto del despido disciplinario es de naturaleza constitutiva, es decir, extingue la relación laboral en la fecha de efectividad del despido, de manera que no es lógico sostener que ese periodo de tiempo haya de computarse en la antigüedad del trabajador, a ningún efecto, pues en el mismo no se han prestado realmente servicios ni existe nexo laboral entre las partes».

La STS 179/2020, 27 de febrero 2020, rec. 3230/2017 (Ponente: A. V. Sempere Navarro)^[6], ha resumido la doctrina básica del Tribunal Supremo sobre el despido disciplinario^[7]. Sus núcleos argumentales son los siguientes:

- Eficacia extintiva del despido. Con arreglo a la formulación de las primeras sentencias que unificaron doctrina sobre el tema, "no se puede sostener que el despido no extingue el contrato, sino que tal efecto pende de lo que definitivamente se resuelva en la vía judicial". Un argumento crucial para nuestra construcción viene constituido por el carácter extintivo, constitutivo si se quiere, que posee la decisión empresarial de dar por terminado el contrato de trabajo.

Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia han coincidido, en términos generales, en la naturaleza extintiva de la resolución empresarial del despido, que lleva a determinar el carácter autónomo y constitutivo del acto mismo de despido, que ni siquiera se desvirtúa en los casos de despido nulo; así resulta de los artículos 49.11 y 54.1 del Estatuto de los Trabajadores y del art. 3 del Convenio 158 de la O.I.T; así lo atestigua el Tribunal Constitucional, que en sentencia de 33/1987, de 12 de marzo, invoca la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Central de Trabajo en el sentido de que la relación laboral a consecuencia del acto empresarial de despido se encuentra rota y el restablecimiento del contrato sólo tendrá lugar cuando haya una readmisión y además ésta sea regular". Por ello sólo en el supuesto en que se hubiese optado por la readmisión y ésta fuese irregular se admite el cómputo de períodos posteriores al despido, lo que deriva, no de que el despido no extinga el contrato, sino que el empresario, con su opción, ha restablecido el contrato".

- Sentido de la "convalidación" judicial. En ocasiones se ha cuestionado el carácter ejecutivo que posee la decisión empresarial de despedir acudiendo a un razonamiento construido a partir de la previsión legal (actual art. 55.7 ET) conforme a la cual "el despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquel se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación". La doctrina del Tribunal Supremo ha salido al paso de ese enfoque, del siguiente modo: "[...] lo que a contrario sensu significa que el despido improcedente cuando se ha

optado por la readmisión o el despido nulo restablecen o hacen renacer el contrato inicialmente extinguido".

- Salarios de tramitación y cotizaciones. En determinados supuestos, el despido comporta la obligación empresarial de seguir abonando salarios y cotizaciones a la Seguridad Social hasta una fecha posterior. Sin embargo, ni siquiera cuando ello sucede se ha variado nuestra doctrina sobre carácter extintivo de la decisión empresarial pues ello concuerda con "[...] la reiterada doctrina de esta Sala sobre la naturaleza indemnizatoria, no salarial, de los denominados salarios de tramitación (sentencia de 9 de diciembre de 1999, que sigue otras anteriores) es coherente con el argumento antes expuesto". La misma sentencia advierte que la obligación del empresario de mantener en alta al trabajador en la Seguridad Social durante el tiempo que coincida con los salarios de tramitación, supone simplemente que esa obligación es aplicable a la Seguridad Social pública".
- Efectos reflejos sobre la indemnización. Llevando al terreno del cálculo de la indemnización por despido improcedente cuanto llevamos expuesto, la conclusión que surge parece clara: "Este razonamiento permite concluir afirmando que el acto del despido disciplinario es de *naturaleza constitutiva*, es decir, extingue la relación laboral en la fecha de efectividad del despido, de manera que no es lógico sostener que ese periodo de tiempo haya de computarse en la antigüedad del trabajador, a ningún efecto, pues en el mismo no se han prestado realmente servicios ni existe nexo laboral entre las partes." La solución que damos a este supuesto, lógicamente, no vale para el caso en que la extinción de la relación laboral se acuerde en la propia sentencia que declara la improcedencia del despido; en este caso el tiempo de servicios, a efectos indemnizatorios, se computa hasta la fecha de la sentencia que declara la extinción. En tal sentido puede examinarse tanto el art. 110.1 LRJS cuanto la doctrina que contiene nuestra STS 6 octubre 2009 (rcud 2832/2008); como en ella se explica "la solución adoptada en la sentencia recurrida en cuanto a la indemnización, limitando el periodo computable como tiempo de servicios al comprendido entre la fecha de inicio de la relación laboral y la fecha del despido, que sería la aplicable cuando la empresa pudiera hacer uso del derecho de opción ex art. 56.1 ET entre readmisión del trabajador o extinción contractual indemnizada, no resulta la decisión coherente cuando se decreta en la propia sentencia la imposibilidad de readmitir".

El art. 54 ET no deja de ser un reflejo del poder extraordinario que detenta el empresario, dados sus efectos directos e inmediatos en las relaciones privadas (art. 54 ET), y atendiendo a que se ha convertido en la normalización jurídica de la mayoría de los supuestos en un despido libre indemnizado por la lógica inherente que –salvo las excepciones consabidas, confirmadoras de la regla general– el empresario puede tras sufrir una sentencia condenatoria por improcedencia reafirmarse en el acto de despido declarado judicialmente ilegítimo por improcedente, en virtud de la facultad legal que le confiere el propio legislador ex art. 56 ET, lo cual determina que se esté ante un sistema legal de estabilidad meramente obligatoria y no ante una estabilidad real. Ello se hace acompañar de una indemnización tasada (artículos 54 y 53 ET), que en algunos casos, por vía jurisprudencial o de la negociación colectiva o del contrato individual, se ha podido ampliar a través de indemnizaciones por daños y perjuicios^[8].

Al despido disciplinario le son aplicables los principios propios del derecho sancionador (generales por su aplicación a todo derecho punitivo: derecho penal, derecho administrativo sancionador, como también al derecho sancionador laboral), tales como el principio de tipicidad, seguridad jurídica y proporcionalidad. Lo obviamente resulta plenamente aplicable con independencia de la fuente normativa de

que se trate, como es el caso, se trata de normas estatales o se trate de normas pactadas colectivamente. Esto determina que no pueda aplicarse mecánicamente, a manera de una técnica positivista de subsunción, lo establecido en la ley o en el convenio colectivo, sin atender a principios tan relevantes como el principio de proporcionalidad, que enlaza con el criterio gradualista en la determinación de la entidad o intensidad de la sanción. Estos principios deben de ser apreciados en todos los casos de calificación judicial del despido.

El análisis jurisprudencia del despido requiere un examen casuístico en el que el juicio de procedencia o improcedencia del despido viene determinado por una multitud de factores que varían de un supuesto a otro. Ello es así, en primer lugar, porque los incumplimientos laborales posibles dependen decisivamente de los actos y situaciones de trabajo, que no son idénticos de una empresa a otra, de un sector a otro, de un grupo profesional a otro, y de una circunstancia a otra. Y en segundo lugar, porque, de acuerdo con la llamada doctrina gradualista, *la aplicación de la sanción disciplinaria de despido exige al empresario y en su caso a los órganos jurisdiccionales un detenido análisis de las conductas de los trabajadores despedidos para determinar la gravedad y la culpabilidad de las faltas cometidas*^[9].

La transgresión de la buena fe exige tomarse en serio los elementos configuradores del principio general de la buena fe. Entre ellos, y sin ánimo exhaustivo, interesando más al hilo conductor de este breve comentario, cabe realzar la siguiente:

1º. El principio general de la buena fe forma parte esencial del contrato de trabajo, no solo como un canon hermenéutico de la voluntad de la voluntad de las partes reflejada en el consentimiento, sino también como una fuente de integración del contenido normativo del contrato, y, además, constituye un principio que condiciona y limita el ejercicio de los derechos subjetivos de las partes para que no se efectúe de una manera ilícita o abusiva con lesión o riesgo para los intereses de la otra parte, sino ajustándose a las reglas de lealtad, probidad y mutua confianza, convirtiéndose, finalmente, este principio general de buena fe en un criterio de valoración de conductas al que ha de ajustarse el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, siendo, por tanto, los deberes de actuación o de ejecución del contrato conforme a la buena fe y a la mutua fidelidad o confianza entre empresario y trabajador una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual.

2º. La transgresión de la buena fe contractual constituye un incumplimiento que admite distintas graduaciones en orden singularmente a su objetiva gravedad, pero que, cuando sea grave y culpable y se efectúe por el trabajador, es causa que justifica el despido, lo que acontece cuando se quiebra la fidelidad y lealtad que el trabajador ha de tener para con la empresa o se vulnera el deber de probidad que impone la relación de servicios para no defraudar la confianza en el trabajador depositada, justificando el que la empresa no pueda seguir confiando en el trabajador que realiza la conducta abusiva o contraria a la buena fe.

3º. La inexistencia de perjuicios para la empresa o la escasa importancia de los derivados de la conducta reprochable del trabajador, por una parte, o, por otra parte, la no acreditación de la existencia de un lucro personal para el trabajador, no tiene trascendencia para justificar por sí solos o aisladamente la actuación no ética de quien comete la infracción, pues basta para tal calificación el quebrantamiento de los deberes de buena fe, fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral, aunque, junto con el resto de las circunstancias concurrentes, pueda tenerse en cuenta como uno de los factores a considerar en la ponderación de la gravedad de la falta, con mayor o menor trascendencia valorativa dependiendo de la gravedad objetiva de los hechos acreditados.

4º. Con carácter general, al igual que debe efectuarse en la valoración de la concurrencia de la «gravedad» con relación a las demás faltas que pueden constituir causas de un despido disciplinario, al ser dicha sanción privada disciplinaria la más

grave en el Derecho laboral, debe efectuarse una interpretación restrictiva, pudiendo acordarse judicialmente que el empresario resulte facultado para imponer otras sanciones distintas de la de despido, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien son merecedores de sanción, no lo son de la más grave, como es el despido, por no presentar los hechos acreditados, en relación con las circunstancias concurrentes, una gravedad tan intensa ni revestir una importancia tan acusada como para poder justificar el despido efectuado...».

5º. La esencia del incumplimiento no está en el daño causado, sino en el quebranto de la buena fe depositada y de la lealtad debida, al configurarse la falta por la ausencia de valores éticos y no queda enervada por la inexistencia de perjuicios, siquiera en ocasiones haya sido considerado el mismo como uno de los factores a ponderar en la valoración de la gravedad^[10].

6º. En la materia de pérdida de confianza no cabe establecer graduación alguna^[11] y el reintegro de la cantidad sustraída no obsta la procedencia del despido^[12].

Cabe llamar la atención en que implícitamente este criterio se asume en la sentencia aquí comentada, cuando destaca la quiebra de confianza por la mera tipificación de la conducta de incumplimiento en el convenio colectivo aplicable. Aunque la confianza subyace al principio general de la buena fe, no se identifica con ella, pues este principio general del Derecho tiene un alcance, sin duda, más amplio. El mismo art. 54.2.d) ET establece una aparente diferencia conceptual cuando configura como incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador a efectos de la facultad de despedir del empleador, la “transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempleo del trabajo”^[13]. Pero suele considerarse al respecto que el abuso de confianza en el desempeño del trabajo sería una manifestación cualificada y agravada del principio de la buena fe como causa justificante del despido disciplinario, siendo aquí la confianza el bien jurídicamente protegido.

Sin embargo, lo que debe graduarse no es la confianza (bien jurídico anudado a la transgresión de la buena fe acreditada) sino el incumplimiento que constituye la causa de esa posible pérdida de confianza legítima, el cual puede y debe ser objeto de graduación, como se impone deducir de los criterios aplicables al derecho sancionador laboral. Aquí se manifiestan los límites de la subsunción lógica en los términos de tipificación conductual=pérdida de confianza como efecto-valor jurídicamente protegido. No parece pertinente –al menos no siempre– que el juez o tribunal pueda operar como una suerte de subsunción del caso discutido en una norma (vale decir, por ejemplo, un convenio colectivo que entre en la tipificación de la conducta “punible” disciplinariamente). En cualquier caso, al tiempo el principio jurídico de la buena fe acaba por proteger también un bien, el valor ético social de la confianza jurídicamente válida frente a cualquier lesión objetiva que pueda sufrir, haya sido o no maliciosamente causada. Un acto es contrario a la buena fe cuando produce una lesión, cualquiera que sea la intención del causante. Como ha sido declarado por el Tribunal Constitucional 6/1988, de 21 de enero^[14], la *bono fides* impone tanto exigencias que cabe denominar subjetivas, sobre el animus que ha de informar la relación obligatoria como también deberes específicos de conducta^[15].

Como se ha subrayado la buena fe no es un simplemente una concepto o categoría jurídica, “sino un principio, formulado con la forma exterior de una regla de derecho, que no es adecuado para que se realice una aplicación inmediata en cada caso particular, porque está necesitado de concreción”^[16]. En el ET predomina su formulación como textura abierta; cláusula general. En esa lógica abierta, conforme al art. 20.1 ET “el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe”^[17].

X. Apunte final

Esta importante sentencia recoge un criterio muy extendido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo^[18] sobre la calificación del despido procedente por transgresión de la buena fe contractual (un criterio severo y no gradualista), por un lado, y por otro, refuerza el papel regulador del convenio colectivo en la dirección interpretativa que se realiza del art. 58 ET, que hace una llamada a la negociación colectiva para regular la graduación de faltas y sanciones laborales. La apropiación de productos o bienes de la empresa por parte de sus trabajadores han constituido comportamientos para la jurisprudencia del Tribunal Supremo que suponen una especificación de la genérica transgresión contractual establecida en el artículo 54.2.d) ET consistente en la transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario tipificada en una norma colectiva, la cuales no suele observar el principio de proporcionalidad. Sería, pues, innecesario aplicar la teoría gradualista de la falta y la sanción, siendo el hurto una falta en sí misma suficiente para generar una pérdida de confianza que legitima el despido disciplinario.

Ello no obstante, no debería descartarse completamente la aplicación del principio de proporcionalidad (traducible en la praxis en la teoría gradualista) como parte ineludible de la teoría general de todo Derecho sancionador garantista y del necesario elemento de racionalidad jurídica de la decisión que le es inherente. El principio de proporcionalidad es común a todo ordenamiento sancionador -en el ámbito del Derecho público y del Derecho privado social- y responde a la correspondencia entre la entidad del perjuicio causado y el castigo que se impone. En relación a ello, al principio de proporcionalidad subyace la exigencia -en el marco del poder disciplinario como autotutela privada sujeta a impugnación judicial "ex posterior"- de ponderar los intereses contrapuestos entre trabajadores y empresarios a la par que la observancia del respeto al principio de igualdad y no discriminación atendiendo a que el poder disciplinario del empleador constituye un acto de autotutela privada^[19]. El principio de proporcionalidad en la calificación del despido -que es materialización del criterio gradualista propio de todo Derecho sancionador- constituye una técnica que permite el control judicial del ejercicio del poder disciplinario y la interpretación jurisprudencial del Derecho disciplinario laboral. Debe evitarse una aplicación mecanicista de subsunción de los tipos de faltas y sanciones. Y este criterio debería ser válido para la valoración de racionalidad de todas las causas o motivos de faltas y sanciones de los trabajadores, sin excepción, tanto más si se trata del despido que en nuestro modelo normativo es configurado como la máxima sanción disciplinaria que el empresario puede imponer al trabajador por un incumplimiento grave y culpable^[20]. Algo que parece implícito en artículos como el 58^[21] y 54 del ET y 114 de la LRJS. El principio de proporcionalidad respecto a las sanciones disciplinarias significa que éstas han de ser adecuadas a la gravedad de la falta cometida.

Referencias:

1. [^] SSTS de 17 de julio de 1989, 21 de septiembre 2016, rec . 2397/2015, 699/2017, de 21 de septiembre, Rcod. 2397/2015.
2. [^] STEDH 9 enero 2018, núms. 1874/13 y 8567/13, López Ribalda y otros contra España [1], siguiendo el criterio establecido en el caso *Barbulescu II* («test Barbulescu»); STEDH 17 de octubre de 2019 (núms. 1874/13 y 8567/13), López Ribalda y otros contra España. También para el STC 39/2016 (caso «Bershka»), legitima el uso de cámaras ocultas en situaciones de sospecha de incumplimientos laborales consistente en la apropiación indebida de productos o bienes de la empresa. En la misma dirección interpretativa 1 de febrero 2017 (rec. 3262/2015), caso *Plana y Dieguez SL*, 2 de febrero 2017 (rec. 554/2016), caso *DIR. Puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.:* "Se

justifica la grabación con cámaras ocultas en el centro de trabajo por la existencia debidamente acreditada de sospechas razonables de irregularidades graves. STEDH (Gran Sala) de 17 de octubre de 2019 (números 1874/13 y 8567/13) (asunto López Ribalda II)”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Número 8/2019 https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2019-0000000705; MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.:

“La grabación o videovigilancia de la empresa”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 76 (2019); MONEREO PÉREZ, J.L.: “Prueba de videovigilancia, tutela de los derechos fundamentales y justificación del despido disciplinario: límites y requisitos de razonabilidad jurídica”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Número 4/2022, y bibliografía allí citada. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2022-00000001819. Asimismo, en una perspectiva general, LÓPEZ INSUA, B.M.: *La garantía de los derechos fundamentales en la Era Digital*, Granada, Comares, 2023.

3. ^ SSTS 8 de febrero de 1991, RJ 1991, 817, 21 de septiembre de 2017, RJ 2017, 4310.
4. ^ Conforme al art. 2 (“Fundamento”) del RD. 1382/1985, de 1 de agosto (que regula la relación laboral de carácter especial del Personal de Alta Dirección), “La relación laboral especial del personal de alta dirección se basa en la recíproca confianza de las partes, las cuales acomodarán el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe” (cfr. artículos 7.1 y 1268 del Código Civil). Véase DE VAL TENA, Á.L.: *Los trabajadores directivos de la empresa*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2ª ed., 2010, pp. 123 y ss., y 177 y ss.; MONEREO PÉREZ, J.L. y DE VAL TENA, Á.L. (Dir.): *El régimen jurídico del personal de Alta Dirección (Aspectos Laborales y de Seguridad Social)*, Granada, Comares, 2010, pp. 3 y ss., y 391 y ss.
5. ^ Véase completo estudio realizado por ORTEGA LOZANO, P.G.: *Poderes empresariales y resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador. España e Italia*, Granada, Comares, 2020, pp. 233-235, con cita de abundantes sentencias; y más ampliamente el análisis del despido por transgresión de la buen fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo, *Ibid.*, Capítulo VI, pp. 205 y ss.
6. ^ En la misma dirección hermenéutica de la eficacia jurídica del acto de despido realizado originariamente por el empleador, pero con menos aportación argumentativa, STC 33/1987. En el fundamento jurídico 4º de la referida STS 179/2020, se resume la jurisprudencia del acto jurídico de despido en los siguientes términos.
7. ^ Puede consultarse las SSTS de 1 de julio de 1991; 17 de mayo de 2000 (rcud. 1791/1999); 21 de octubre de 2004 (rec. 4966/2002); 18 febrero 2016 (rec. 3257/20º 4); 16 septiembre 2016 (rec. 38/2015); 565/2017 de 28 junio (rcud. 2846/2015); 582/2017 de 4 julio (rcud 2991/2016).
8. ^ Véase, al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.: “Forma y procedimientos del despido disciplinario (ET, artículos 55 y concordantes). Estudio especial del despido nulo”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.): *La reforma del Estatuto de los Trabajadores. El despido*, Tomo II, Madrid, Edersa, 1994; *Ibid.*, “El Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2014; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, Madrid, Civitas, 1995; BLASCO PELLICER, Á.: *El régimen procesal del despido*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000; *Ibid.*, *La extinción*

del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

9. ^ **STS 20 de abril 2005**, rec. 6701/2003.
10. ^ **SSTS 9 de diciembre 1986, 30 de octubre 1989; 18 de mayo 1987, 8 de febrero 1991, 26 de febrero 1991**. **STSJ Madrid 20 de abril 2017**, rec. 878/2016
11. ^ **SSTS 29 de noviembre 1985**, RJ 19855886, 16 de julio 1982, RJ 19824633.
12. ^ **SSTS 19 de enero 1987, 9 de mayo 1988, 5 de julio 1988**.
13. ^ *Asimismo, respecto al personal del Alta Dirección señala el art. 2 (“Fundamento”) del RD. 1382/1985, de 1 de agosto (que regula la relación laboral de carácter especial del Personal de Alta Dirección) que “La relación laboral especial del personal de alta dirección se basa en la recíproca confianza de las partes, las cuales acomodarán el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe” (cfr. artículos 7.1 y 1268 del Código Civil).*
14. ^ *De interés es también la STC 192/2003, de 27 de octubre, sobre un despido motivado por haber trabajado durante el periodo de vacaciones.*
15. ^ *Puede resultar muy ilustrativa la lectura de la obras de WIEACKER, F.: El principio general de buena fe, trad. L. Carro, y Prólogo de Luis Díez-Picazí, Madrid, Civitas, 1977, y GONZALEZ PÉREZ, J.: El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo, Madrid, Civitas, 2ª ed., revisada, 1989; MONTOYA MELGAR, A.: La buena fe en el Derecho del Trabajo, Madrid, Tecnos, 2001.*
16. ^ *LARENZ, K.: Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica, trad. y presentación de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1993 (reimpr. de la edición de 1985), p. 97.*
17. ^ *Por su parte, según el art. 5 (“Deberes laborales”) “Los trabajadores tienen como deberes básicos: [...] a) Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia”. Se sitúa en la misma dirección que la regulación establecida en el art. 1258 del Código Civil (“Los contratos [...] obligan no sólo al cumplimiento de lo pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”), en relación con el más general art. 7.1 del mismo cuerpo legal en su Título Preliminar (“Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”).*
18. ^ **SSTS de 17 de julio de 1989, 21 de septiembre 2016**, rec. 2397/2015, 699/2017, de 21 de septiembre, Rjud. 2397/2015.
19. ^ *La aplicación del principio de proporcionalidad en el marco de la sanción es exigida en SSTC 158/1993, de 6 de mayo, y 234/1997, de 18 de diciembre.*
20. ^ *Aplicando el principio de proporcionalidad, véase el criterio sustentado por, por ejemplo, en las SSTS de 15 de octubre de 1985, Ar.1990/7685, 18 de abril de 1991, Ar. 1991/3375, y 2 de abril de 1992, Ar. 1992/2590.*
21. ^ *El art. 58 (“Faltas y sanciones de los trabajadores”) es la única disposición que integra el Capítulo IV, cuya rúbrica lleva el mismo título; “Faltas y sanciones de los trabajadores”. Conforme al art. 58 ET, “1. Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable. 2. La valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la dirección de la empresa serán revisables ante la jurisdicción social. La sanción de las faltas graves*

y muy graves requerirá comunicación escrita al trabajador, haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan”. Por otra parte, conforme al art. 114. 3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), “Corresponderá al empresario probar la realidad de los hechos imputados al trabajador, **y su entidad**, sin que puedan ser admitidos otros motivos de oposición a la demanda que los alegados en su momento para **justificar** la sanción. Las alegaciones, pruebas y conclusiones deberán ser realizadas por las partes en el orden establecido para los despidos disciplinarios”. En esa misma dirección calificadora se establece que “La sentencia contendrá alguno de los pronunciamientos siguientes: a) Confirmar la sanción, cuando se haya acreditado el cumplimiento de las exigencias de forma y la realidad del incumplimiento imputado al trabajador, **así como su entidad** según la graduación de faltas y sanciones previstas en las disposiciones legales o en el convenio colectivo aplicable”. Cfr. Apartado 1º del art. 115 (“Contenido de la sentencia”) de la LRJS.

§ 100 **Compromiso de mantenimiento del empleo y despido disciplinario: ¿puede la empresa interesar la declaración de procedencia del despido para evitar la reclamación de cuotas de cuyo pago quedó exonerada durante el ERTE por Covid-19?**

Faustino Cavas Martínez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

Resumen: *El Juzgado de lo Social núm. 7 de Murcia reconoce legitimación activa a la empresa para interesar en vía judicial, a través de un procedimiento ordinario, la declaración de procedencia de un despido disciplinario no impugnado por la parte trabajadora, realizado durante la vigencia del compromiso de mantenimiento del empleo, para de ese modo evitar la reclamación de reintegro de las exoneraciones en las cotizaciones a la Seguridad Social aplicadas durante el tiempo que la trabajadora estuvo en ERTE por Covid-19.*

Palabras clave: *Compromiso de mantenimiento del empleo. Despido disciplinario. Expediente de regulación temporal de empleo. Exoneraciones en la cotización a la Seguridad Social.*

Abstract: *The Social Court number 7 of Murcia recognizes the active legitimacy of the company to request judicially, through an ordinary process, the declaration of admissibility of a disciplinary dismissal that was not contested by the worker, carried out during the validity of the commitment to maintain employment, in order to avoid the claim for reimbursement of the exemptions in Social Security contributions applied while the worker was in ERTE due to Covid-19.*

Keywords: *Safeguarding of employment clause. Disciplinary dismissal. Temporary employment regulation file. Exemptions from social security contributions.*

I. Introducción

No es habitual el comentario de sentencias de juzgados de lo social, básicamente por la provisionalidad de su doctrina, susceptible de ser revocada en instancias superiores; pero en esta ocasión ha parecido oportuno analizar el contenido de la Sentencia nº 32/2023, de 27 de abril de abril, del Juzgado de lo Social de Murcia, por la relevancia del asunto abordado y la originalidad de su respuesta a una cuestión que está generando enorme incertidumbre debido a la imperfección técnica de su tratamiento en la normativa aplicable, cual es el problema relativo a si puede reclamarse a una empresa el ingreso de las cuotas a la Seguridad Social de cuyo pago resultó exonerada durante un ERTE por Covid-19, cuando durante el compromiso de mantenimiento del empleo despide por causa disciplinaria a uno de los trabajadores regulados de empleo, sin que el despido haya sido impugnado por el trabajador. ¿Puede la empresa en tal supuesto presentar una demanda para que

judicialmente se declare el despido procedente, evitando con ello la obligación de devolución de las exoneraciones aplicadas durante el ERTE?

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Juzgado de lo Social núm. 7 de Murcia.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 32/2023, de 27 de abril.

Tipo y número recurso o procedimiento: procedimiento ordinario 638/2021

ECLI: ES:JSO:2023:2034

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Bermejo Medina.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Una trabajadora ha venido prestando sus servicios como auxiliar administrativa desde el 1 de febrero de 2019 por cuenta y dependencia de su empleadora. La relación laboral estuvo suspendida por razón de un ERTE a consecuencia de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19 hasta el 22 de agosto de 2021. Durante el período que la trabajadora estuvo incurso en dicho ERTE, sucesivamente prorrogado, la empresa se benefició de las correspondientes exoneraciones en la cotización a la Seguridad Social.

La trabajadora faltó injustificadamente a su puesto de trabajo desde el 1 de septiembre de 2021. La empresa la despide mediante carta de 27 de septiembre de 2021, al amparo de lo dispuesto en el art. 54.2.a) [por ausencias injustificadas al trabajo] y 54.2.d) [por transgresión de la buena fe contractual] del Estatuto de los Trabajadores, y del art. 33.3.c) del Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de la Región de Murcia, en el que se tipifica como falta muy grave las ausencias al trabajo por más de tres días en un mes.

El 5 de noviembre 2021 se celebró acto de conciliación ante el Servicio de Relaciones Laborales, con el resultado de intentado sin efecto.

A continuación, la empresa (sic) presenta demanda por despido, siendo demandada la trabajadora.

IV. Posición de las partes

El empresario demandante postula en autos que se declare procedente el despido disciplinario de la trabajadora, acordado en carta de 27 de septiembre de 2021. Afirma en apoyo de su pretensión, entre otras cosas, que la trabajadora estuvo en ERTE hasta el 22 de agosto de 2021, y que durante el mes de septiembre hasta la fecha del despido no acudió a su puesto de trabajo ni justificó su ausencia. También arguye que insta la declaración de procedencia del despido por ser una exigencia de la Administración laboral, al haber estado la asalariada en ERTE, sin que por su parte haya habido voluntad de reducir plantilla.

La trabajadora demandada se opone a la demanda, alegando las siguientes excepciones procesales:

1) Inadecuación del procedimiento de despido disciplinario elegido por el empresario demandante.

2) Falta de legitimación (*ad procesum*) activa y pasiva, dado que el proceso por despido sólo puede ser promovido por el trabajador contra el empresario, como resulta, entre otros, de los arts. 103 y 105 LRJS.

3) Defecto legal en el modo de proponer la demanda al incumplir los requisitos del art. 104 LRJS.

4) Falta de acción, ya que la trabajadora despedida no impugnó la decisión extintiva.

Por lo que hace al fondo, alega la trabajadora demandada que, pese a la falta de reacción contra el despido por su parte, incumbe al empleador la carga de demostrar los hechos alegados en la carta.

V. Normativa aplicable al caso

Además de los preceptos procesales a los que más adelante se hace referencia, para determinar si existe una genuina necesidad de protección jurídica por parte de la empresa, se debe partir de la legislación excepcional dictada durante la situación de emergencia sanitaria provocada por el COVID, en concreto de la Disposición adicional sexta del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, que dispone lo siguiente:

“Disposición adicional sexta. Salvaguarda del empleo.

1. Las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el artículo 22 del presente real Decreto-ley (que contiene las medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor) estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad, entendiéndose por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla.

2. Este compromiso se entenderá incumplido si se produce el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes. No se considerará incumplido dicho compromiso cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, ni por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo. En particular, en el caso de contratos temporales el compromiso de mantenimiento del empleo no se entenderá incumplido cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

3. Este compromiso del mantenimiento del empleo se valorará en atención a las características específicas de los distintos sectores y la normativa laboral aplicable, teniendo en cuenta, en particular, las especificidades de aquellas empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad del empleo.

4. No resultará de aplicación el compromiso de mantenimiento del empleo en aquellas empresas en las que concurra un riesgo de concurso de acreedores en los términos del artículo 5.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

5. Las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias en materia de Seguridad Social, previas actuaciones al efecto de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que acredite el incumplimiento y determine las cantidades a reintegrar.”

VI. Doctrina básica

1. Sobre la modalidad procesal adecuada para que la empresa solicite la declaración de procedencia del despido

Con certero criterio indica el juzgador que la modalidad procesal de despido no es adecuada para que la empresa solicite la calificación del despido como procedente. Pero no es menos cierto que, en el acto del juicio, el empresario no persistió en la modalidad procesal elegida, ni insistió en que se siguiese el trámite establecido en la ley para la misma.

En conexión con lo anterior, el art. 102 de la LRJS atribuye al órgano judicial la posibilidad de dar al asunto la tramitación que corresponda a la naturaleza de la pretensión ejercitada "en cualquier momento desde la presentación de la demanda...", es decir, que nada impide que esto ocurra en el acto del juicio o, incluso, en la sentencia, a lo que la parte demandante no puso ninguna objeción, aviniéndose a que la demanda continuara su trámite a través del proceso ordinario, que era el que procedía al no tener establecida la pretensión actora una modalidad procesal especial; y sin que tal reconducción procedimental infringiera ninguna garantía procesal esencial de la parte generadora de indefensión, al no verse afectado el derecho de defensa, teniendo en cuenta, además, que no hubo necesidad de completar la tramitación seguida hasta ese momento. Se desestima por lo dicho la excepción de inadecuación del procedimiento.

2. Sobre la excepcionada falta de legitimación activa (de la empresa) y pasiva (de la trabajadora) y sobre el defecto legal en el modo de proponer la demanda

La desestimación de la excepción procesal precedente comporta la de las otras excepciones opuestas por la trabajadora despedida. Y ello porque:

- En el proceso ordinario, la legitimación activa y pasiva no está reservada al trabajador y al empresario, respectivamente, a diferencia de lo que ocurre en el proceso por despido.
- El art. 104 LRJS regula los requisitos de la demanda por despido, no los que debe reunir la demanda del proceso ordinario, que es el que debe seguirse. A ello se añade que el defecto legal en el modo de proponer la demanda a que se refiere el art. 416.1.5 LEC por falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o de la petición que se deduzca, no es admisible en el orden jurisdiccional social debido a la obligación judicial de advertir al demandante de los defectos de la demanda, a fin de que los corrija antes de su admisión a trámite, incluso en el acto del juicio, con posibilidad de subsanación completa (art. 81 LRJS). En el supuesto litigioso los datos fácticos que debe contener una demanda por despido según el art. 104 LRJS, tales como el salario o la afiliación unitaria o sindical del trabajador resultan irrelevantes, pues en el litigio no se articula pretensión de condena a optar entre readmitir o indemnizar, sino una acción meramente declarativa.

3. Sobre la viabilidad de la acción declarativa promovida por la empresa

A continuación, se pronuncia el Juzgado de lo Social sobre la excepción de falta de acción, lo cual pasa por determinar si la acción ejercitada en la demanda tiene un contenido jurídico real.

La sentencia que se comenta efectúa un recordatorio de la doctrina constitucional que ha admitido el ejercicio de las acciones declarativas en el proceso laboral, con fundamento en el art. 24.1 de la CE, pues ningún interés legítimo puede quedar sin tutela judicial^[1]. A lo anterior se suma la invocación de la jurisprudencia de la Sala IV del TS^[2], la cual ha matizado que tal ejercicio se halla condicionado a que la acción

esté justificada por la existencia de una verdadera controversia^[3] y por la necesidad de protección jurídica^[4].

La referida necesidad de protección jurídica deriva lo establecido en la Disposición Adicional 6ª del RDL 8/2020, *supra* transcrita, pues el resultado de despedir a un trabajador incurso en un ERTE derivado de la situación de pandemia, en supuestos no incluidos dentro de las excepciones recogidas en el precepto -entre ellas, la declaración de procedencia del despido- consiste en reintegrar la totalidad de los importes de las cotizaciones de cuyo pago la empresa fue exonerada.

De las anteriores consideraciones se infiere con nitidez el interés legítimo de la empleadora en accionar, cuando no lo ha hecho el trabajador despedido, para que se califique como procedente el despido por ella realizado durante la vigencia del compromiso de mantenimiento de empleo impuesto por la legislación excepcional dictada durante la pandemia, a fin de no tener que efectuar el indicado reintegro, recurriendo para ello a una acción declarativa que presenta una configuración similar a la acción de "jactancia" regulada en el art. 124. 3 de la LRJS para el despido colectivo.

4. Sobre el fondo del asunto litigioso

En cuanto al fondo del asunto litigioso, la sentencia da como acreditadas las faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo de la trabajadora demandada, por lo que, en aplicación de lo establecido en el art. 54.2.a) del ET, su despido ha de ser declarado procedente, tal y como solicitaba la empresa.

VII. Parte dispositiva

El Juzgado de lo Social, rechazando las excepciones de inadecuación de procedimiento, falta de legitimación activa, falta de legitimación pasiva, defecto legal en el modo de proponer la demanda y falta de acción, estima la demanda formulada por el empresario. Declara procedente el despido disciplinario de la trabajadora demandada acordado en carta de 27 de septiembre de 2021, así como que el empresario demandante no ha incumplido el compromiso de mantenimiento del empleo en los términos de la DA 6ª del RDL 8/2020.

Además, la sentencia desestima la pretensión de la parte demandada para que se impusiera a la parte actora una sanción pecuniaria y las costas del proceso al considerar que había obrado en el litigio con mala fe, todo ello de conformidad con el art. 97.3 LRJS^[5], por haber facilitado una dirección errónea, a efectos de citaciones, en la papeleta de conciliación y en la demanda. El juzgado declara que no procede imponer la sanción pecuniaria pedida por la parte demanda porque, si bien la dirección que figura en la carta de despido difiere de la consignada en la papeleta de conciliación y en la posterior demanda, en la prueba de interrogatorio de parte la trabajadora admitió que todavía a finales de octubre y principios de noviembre de 2021 vivía en el segundo de los citados domicilios, que es donde en esa época fue citada por agentes de policía para que compareciera ante un Juzgado de Instrucción donde se sustanciaban diligencias penales en las que ella era parte. En consecuencia, si el empresario demandante señaló este domicilio como el de la demandada en la papeleta de conciliación y en la demanda, ambas presentadas el 2/10/2021, no puede estimarse acreditada la denunciada mala fe procesal.

VIII. Pasajes decisivos

Los argumentos molares para estimar la demanda planteada por la empresa se recogen en los fundamentos de derecho tercero a quinto. De entre ellos cabe extraer los siguientes pasajes:

-"Ningún problema se plantea cuando es el trabajador despedido el que formula demanda contra la decisión extintiva y el despido disciplinario es declarado procedente. Pero si no es así, si el trabajador no impugna el despido, resulta claro que el contrato de trabajo se extingue por tal causa conforme al art. 49.1 k) ET, pero falta la declaración de procedencia del despido disciplinario, que es lo que exige la transcrita

norma para considerar que la empresa no ha incumplido el compromiso de mantener el empleo, por lo que debe reconocerse, por fuerza, al empleador legitimación para ejercitar una acción con miras a conseguir un pronunciamiento judicial que declare la legalidad o procedencia de su decisión de despedir, evitando así la obligación de reintegrar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultó exonerado con arreglo a la misma legislación excepcional promulgada durante la pandemia.”

- “Es un supuesto similar al previsto en el art. 124.3 LRJS, que reconoce al empresario legitimación activa para entablar la acción de despido colectivo con la finalidad de que se declare ajustada a derecho su decisión extintiva cuando ésta no ha sido impugnada por los sujetos legitimados para ello (representantes de los trabajadores o autoridad laboral), evitando que futuros procesos individuales cuestionen la legalidad del acto empresarial. La doctrina ha señalado que se puede calificar como acción de jactancia a la ejercida por el empresario. Así, se ha reconocido la subsistencia de la medieval acción de jactancia, que tiene lugar cuando hay una ostentación pública, por parte del jactancioso, contra un tercero, de una pretensión jurídica, ocasionándole al tercero un perjuicio jurídico, económico o moral. La acción de jactancia sería el recurso que el derecho ofrece al perjudicado frente a tal daño; concretamente la acción judicial para obligar al jactancioso a ejercer la pretensión jurídica ostentada o, en caso contrario, imponiéndole el silencio perpetuo.”

- “Es por lo tanto una acción provocatoria o de envite que busca el perpetuo silencio de la cuestión controvertida. Bien porque en el tiempo concedido el jactancioso -el demandado- no haya ejercido la acción, bien porque ejerciéndola sea desestimada en juicio.”

- “Así pues, en el presente caso, en atención a lo razonado, debe entenderse que al empresario demandante le asiste un derecho tutelable, por lo que procede desestimar la excepción de falta de acción.”

- “En el presente caso ha resultado acreditado que la demandada ha incurrido en el mencionado incumplimiento contractual, puesto que desde el 1 de septiembre de 2021 hasta el día 27 del mismo mes faltó a su puesto de trabajo. Así resulta del interrogatorio de la demandada, quien admitió dicha circunstancia. Intentó justificar las reiteradas ausencias en el hecho de que estaba en ERTE. Sin embargo, como prueba la vida laboral que obra en las actuaciones, la suspensión de la relación laboral concluyó el 22/8/2021, circunstancia afirmada en la demanda y no negada en la contestación, por lo que debe estimarse que las reiteradas faltas de asistencia carecen de justificación.”

IX. Comentario

En justa contraprestación por los beneficios que para la empresa representa la posibilidad de acogerse a un ERTE para amortiguar el impacto económico negativo resultante de la situación de emergencia sanitaria ocasionada por la Covid-19, con aplicación de muy importantes incentivos en materia de cotizaciones a la Seguridad Social, amén de la generación de un notable gasto público en concepto de prestaciones por desempleo, el RDL 8/2020 introdujo en su disposición adicional sexta una cláusula de salvaguarda del empleo, que obligaba a la empresa a mantener vigentes los contratos de trabajo bonificados durante un plazo mínimo de seis meses, cuyo cómputo se inicia en el momento en que se produzca la *“reanudación de la actividad, entendiéndose por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla”*. No se ha de esperar, por tanto, para activar el compromiso de empleo a la reincorporación de la última persona trabajadora a jornada completa, pues el plazo empieza a correr en el preciso instante en que se produce el primer reingreso aunque sea con una jornada reducida.

Se considerará incumplido el compromiso si, con las excepciones previstas en la propia DA 6ª, *“se produce el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes”*. Sin embargo, no ha de entenderse que la

DA 6ª del RDL 8/2020 incluya una prohibición de despedir o extinguir contratos de trabajo, cuya vulneración determine la invalidez de dichas extinciones. Entenderlo así supondría caer en el error de confundir el juego de la pseudo-prohibición contenida en el art. 2 del RDL 9/2020 con el compromiso de mantenimiento del empleo que ahora se considera, las consecuencias de cuyo incumplimiento se concretan en el ámbito de las obligaciones de cotización y quedan limitadas a la devolución de las cuotas exoneradas, con el recargo y los intereses correspondientes.

No se entenderá incumplido el compromiso si la empresa enlaza el ERTE basado en fuerza mayor dimanante del COVID-19 con un nuevo expediente por causas objetivas, relacionadas o no con el Covid-19; tampoco si las relaciones laborales de las personas afectadas por el ERTE quedan suspendidas o interrumpidas tras salir de éste por alguna de las causas previstas en los artículos 45 y 46 ET.

El compromiso de mantenimiento del empleo durante el periodo de seis meses tampoco se considerará incumplido cuando la extinción del contrato de cualquiera de las personas afectadas por el ERTE se deba a: despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, o al fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando éste no suponga un despido sino una interrupción del mismo. Tampoco cuando el contrato temporal se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio, o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

Aplicando la regla *inclusio unius exclusio alterius*, la relación específica de supuestos excluidos se presenta como una lista cerrada o *numerus clausus*, de modo que se entenderá incumplido el compromiso cuando el contrato de las personas trabajadoras afectadas por el ERTE se extinga por motivos diferentes, previstos en el artículo 49 y preceptos concordantes del ET: mutuo acuerdo; cumplimiento de la causa pactada en el contrato de trabajo (condición resolutoria); jubilación, muerte o incapacidad del empresario o disolución de la persona jurídica, sin mediar subrogación; extinciones por causas objetivas -de todo tipo- y despidos colectivos; rescisión del contrato por voluntad de la trabajadora víctima de violencia de género; rescisión del contrato de trabajo por voluntad de la persona trabajadora en los supuestos de los artículos 40, 41 y 50 del ET; desistimiento empresarial (en periodo de prueba, de alto cargo); despido (disciplinario) declarado o reconocido como improcedente.

El problema en relación con la excepción al incumplimiento de la cláusula de mantenimiento del empleo, consistente en que el despido disciplinario sea declarado procedente, estriba en que la literalidad de la norma exige que haya recaído un pronunciamiento judicial que lo califique como tal, y ello solo es posible cuando reacciona por despido el trabajador disconforme con la decisión extintiva que le afecta. Si el trabajador despedido se aquieta y deja transcurrir el plazo de caducidad de veinte días hábiles sin impugna el despido, este se confirmará pero, formalmente, no habrá sido declarado procedente. Y si no existe esa declaración judicial de procedencia, por más que, en el fondo, la extinción contractual resulte justificada por tener encaje en una o varias de las causas enunciadas en el art. 54 ET, lo cierto es que no concurrirá la excepción prevista en la DA 6ª y la empresa habrá incumplido su deber de conservación del empleo como contrapartida al disfrute de las exoneraciones de cuotas a la Seguridad Social aplicadas durante el ERTE pandémico. Y ello será así porque la norma no formula la excepción en negativo -inexistencia de declaración de improcedencia del despido con opción empresarial por la indemnización^[6]- sino en positivo -declaración de procedencia del despido-.

De ahí que resulten acertadas soluciones como la acogida por la SJS núm. 7 de Murcia, que aplicando en su justa dimensión el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, permite al empleador promover por sí mismo una acción (de envite o "jactancia") para que judicialmente se declare la legalidad o procedencia del despido que, *a priori*, solo cabría obtener en el seno de un proceso por despido iniciado por

demanda planteada por la parte trabajadora, resultando perjudicada la empresa si la persona despedida (de forma justificada) decide no accionar.

X. Apunte final

Para finalizar este comentario, resulta oportuno señalar que el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, ha incorporado igualmente el compromiso de mantenimiento del empleo en la modificación del texto de la LGSS, a la que ha incorporado una disposición adicional cuadragésima cuarta, con la rúbrica “Beneficios en la cotización a la Seguridad Social aplicables a los expedientes de regulación temporal de empleo y al Mecanismo RED”. Esta norma contempla exenciones voluntarias a la cotización a la Seguridad Social sobre la aportación empresarial por contingencias comunes y por los conceptos de recaudación conjunta, en todos los supuestos de ERTE regulados en los arts. 47 y 47 bis del ET, variando los porcentajes y las condiciones según la modalidad de ERTE.

A diferencia de lo establecido en la DA 6ª del RDL 8/2020, ahora se sujeta el disfrute de la exención al cumplimiento de un compromiso de mantenimiento de empleo que tiene carácter nominal, lo que trasciende a las consecuencias del incumplimiento, que no determina la obligación de reintegro total, sino exclusivamente nominal, es decir, que alcanza solo a las cuotas de la persona trabajadora que, habiendo estado afectada por un ERTE, es despedida durante los seis meses siguientes a la finalización del ERTE^[7].

Lo que no ha cambiado es la delimitación de las circunstancias que permitirán entender que no se ha incumplido este compromiso (más allá de la remisión al nuevo art. 15 ET para la extinción de los contratos temporales), incluido el supuesto de que el contrato de trabajo “*se extinga por despido disciplinario declarado como procedente*”, por lo que el criterio del JS núm. 7 de Murcia que legitima a la empresa para interesar esa declaración de procedencia -en defecto de impugnación del despido por parte del trabajador, a la que habrá que otorgar preferencia- conserva plena actualidad y cabría plantearse su irradiación a situaciones constituidas en el marco de la nueva regulación sobre los ERTE y sus beneficios en materia de cotización a la Seguridad Social.

Distinto y más correcto técnicamente es el enfoque que ha asumido el Real Decreto-Ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, cuando en su art. 9º, bajo la rúbrica “Obligaciones de mantenimiento en el empleo”, establece que, a efectos del cumplimiento de las obligaciones de mantenimiento de la situación de alta, o asimilada a la de alta, en el correspondiente régimen de la Seguridad Social, al menos tres años desde la fecha de inicio del contrato, transformación o incorporación bonificados, “no se tendrán en cuenta las extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas o por despidos disciplinarios que no hayan sido declarados o reconocidos como improcedentes (...)”, de lo que se concluye que el despido disciplinario no impugnado por la parte trabajadora se presume “procedente” o ajustado a derecho, a los efectos previstos en el RDL 1/2023, y solo aquellos despidos que hayan sido declarados o reconocidos como improcedentes -en sentencia o acto de conciliación- activarán el deber de reintegro de los beneficios de cotización aplicados por la empresa.

Cabría considerar, por último, como alternativa a la acción interesada por la empresa en el orden jurisdiccional social, que la declaración de procedencia del despido disciplinario pudiera ser objeto de una cuestión prejudicial a despejar por el juzgador en el seno del proceso contencioso-administrativo que eventualmente se inicie por demanda de la empresa a la que la TGSS reclame la devolución de las cuotas aplicadas durante el ERTE.

Referencias:

1. ^ SSTC 71/1991, de 8 abril; 210/1992, de 30 noviembre y 65/1995, de 8 de mayo.
2. ^ SSTS de 20 enero 2015, 24 febrero 2016, 1 julio 2016 y 28 septiembre 2016.
3. ^ SSTS de 6 de marzo de 2007 -rec. 4163/2005-. Esta doctrina se reitera en las sentencias de 26 de junio de 2007 (rec. 856/2006), 18 de julio de 2007 (rec. 1798/2006), 7 de noviembre de 2007 (rec. 2263/2006), 27 de noviembre de 2007 (rec. 2691/2006) y 12 de febrero de 2008 (rec. 33/2007 -casación ordinaria-), entre otras.
4. ^ SSTS de 18 de julio de 2002 -rec. 1289/2001 [casación ordinaria]-, 30 de enero de 2006 -rec. 183/2005- y 20 de septiembre de 2006 -rec. 81/2005-.
5. ^ El precepto que ampara la solicitud de sanción pecuniaria dispone lo siguiente: "La sentencia, motivadamente, podrá imponer al litigante que obró de mala fe o con temeridad, así como al que no acudió al acto de conciliación injustificadamente, una sanción pecuniaria dentro de los límites que se fijan en el apartado 4 del artículo 75. En tales casos, y cuando el condenado fuera el empresario, deberá abonar también los honorarios de los abogados y graduados sociales de la parte contraria que hubieren intervenido, hasta el límite de seiscientos euros. La imposición de las anteriores medidas se efectuará a solicitud de parte o de oficio, previa audiencia en el acto de la vista de las partes personadas. De considerarse de oficio la posibilidad de dicho pronunciamiento una vez concluido el acto de juicio, se concederá a las partes un término de dos días para que puedan formular alegaciones escritas. En el caso de incomparecencia a los actos de conciliación o de mediación, incluida la conciliación ante el secretario judicial, sin causa justificada, se aplicarán por el juez o tribunal las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 66".
6. ^ En caso de readmisión del trabajador despedido, sea en un despido nulo o improcedente, no se entenderá infringido el compromiso de mantenimiento del empleo toda vez que la relación laboral se reconstituye con la readmisión, desde la fecha del despido.
7. ^ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., "Las cláusulas de mantenimiento de empleo y los efectos en caso de contravención", Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, núm. 471 (noviembre-diciembre 2022), p. 80.

ÍNDICE DE ÓRGANOS JUDICIALES

I. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- §1. STJUE (Sala Sexta) de 15 de diciembre de 2022 (Asuntos acumulados C-40/20 y C-173/20). Larga temporalidad en la contratación de investigadores universitarios. Su adecuación a las exigencias de la Directiva 1999/70. *Susana Rodríguez Escanciano*.
- §11. STEDH (Sección Cuarta) de 13 de diciembre de 2022. Alfonso Florido de Almeida Vasconcelos Gramaxo c. Portugal. Geolocalización lícita, probablemente desproporcionada. La necesidad de una vigilancia cualitativa, no cuantitativa. *Magdalena Nogueira Guastavino*.
- §21. STJUE (Sala Segunda) de 2 de marzo de 2023 (C-477/21). Tiempo de trabajo. Descanso diario y descanso semanal: dos periodos de tiempo claramente diferenciados. *Eduardo Rojo Torrecilla*.
- §41. STJUE (Sala Sexta) de 27 de abril de 2023 (asunto C-192/22). Vacaciones devengadas y no disfrutadas por motivos de salud cuando existe dispensa empresarial de acudir al trabajo: el derecho no prescribe, aunque no se hayan pedido antes de terminar el contrato a tiempo parcial, y se concreta en una compensación económica sustitutiva. *Magdalena Nogueira Guastavino*.
- §61. STJUE (Sala Séptima) de 6 de julio de 2023 (asunto C-404/22). El alcance material de la obligación empresarial de información y consulta a los trabajadores sobre empleo en las empresas (y centros de trabajo), y su dimensión general. *María Emilia Casas Baamonde*.
- §71. STJUE (Sala Segunda) de 14 de septiembre de 2023 (Asunto C-113/22). Indemnización por reincidencia en discriminación por razón de sexo en actuación de entidad gestora tras pronunciamiento del TJUE. Art. 60 LGSS. *Óscar López Bermejo*.
- §81. STJUE (Sala Séptima) de 5 de octubre de 2023 (Asunto C-496/22). La Directiva sobre despidos colectivos no impone informar a los trabajadores individualmente considerados del proyecto de despido cuando la ausencia de representantes se debe a la pasividad de los trabajadores. *Magdalena Nogueira Guastavino*.
- §91. STJUE (Sala Primera) de 19 de octubre de 2023 (Asunto C-660/20). Aplicación de la regla «*pro rata temporis*» en el contrato a tiempo parcial. A propósito de la retribución del tiempo extraordinario en la actividad de vuelo. *Susana Rodríguez Escanciano*.
- §92. STJUE (Sala Primera) de 9 de noviembre de 2023 (Asuntos acumulados C-271/22 a C-275/22). Aplazamiento de los derechos a vacaciones anuales retribuidas por enfermedad de larga duración ¿Hasta cuándo y cuántos periodos consecutivos se pueden reclamar? *Juan Martínez Moya*.

II. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- §42. STC (Pleno) 18/2023, de 21 de marzo. Legislación excepcional de urgencia e igualdad de género en el empleo y la ocupación. La constitucionalidad del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. *María Emilia Casas Baamonde*.
- §43. STC (Sala Primera) 22/2023, de 27 de marzo. La protección reforzada de la libertad de expresión en la actividad sindical. *Eduardo Rojo Torrecilla*.
- §51. STC (Sala Primera) 31/2023, de 17 de abril de 2023. Derecho a la tutela judicial efectiva por excesiva dilación en la fecha de fijación del juicio: los vaivenes del TC. *Eduardo Rojo Torrecilla*.
- §72. STC (Sala Segunda) 79/2023, de 3 de julio. Derecho a la libertad ideológica en el marco de la relación laboral. *Eduardo Rojo Torrecilla*.

III. TRIBUNAL SUPREMO (SALA PRIMERA)

- §12. STS-CIV 1036/2022, de 23 de diciembre. Carácter ganancial de la indemnización por despido improcedente. *Antonio V. Sempere Navarro*.
- §73. STS-CIV 546/2023, de 19 de abril. Competencia de la jurisdicción social en los litigios sobre altos cargos. *Antonio V. Sempere Navarro*.

IV. TRIBUNAL SUPREMO (SALA SEGUNDA)

- §62. STS-PEN 643/2023, de 5 de julio. Falsas cooperativas: un supuesto de fraude laboral con trascendencia penal. *Fernando Lousada Arochena*.

V. TRIBUNAL SUPREMO (SALA TERCERA)

- §2. STS-CONT 1339/2022, de 20 de octubre. Cotización a la Seguridad Social de la indemnización mejorada por convenio colectivo: ¿una duda razonable? *Faustino Cavas Martínez*.
- §3. STS-CONT 1417/2022, de 2 de noviembre. Sobre la convivencia prematrimonial a efectos de viudedad. *Antonio V. Sempere Navarro*.
- §4. STS-CONT 1555/2022, de 23 de noviembre. Discriminación directa por embarazo en el acceso al empleo público temporal. *María Emilia Casas Baamonde*.
- §22. STS-CONT 147/2023, de 8 de febrero. ¿Los servicios sanitarios prestados en residencias privadas de personas mayores computan como experiencia profesional en los procesos selectivos de personal estatutario temporal del Sistema Nacional de Salud? *María Areta Martínez*.
- §23. STS-CONT 199/2023, de 16 de febrero. Sobre el modo de impugnar los servicios mínimos y sus lesivas consecuencias. *Antonio V. Sempere Navarro*.

- §44. STS-CONT 221/2023, de 23 de febrero. ¿Los cuadros médicos de exclusiones para el ingreso en las Fuerzas Armadas, la Guardia Civil y el Cuerpo Nacional de Policía operan de forma automática? A propósito del uso de lentes fáquicas. *María Areta Martínez*.
- §31. STS-CONT 335/2023, de 15 de marzo. No discriminación en la fijación de un tope máximo de edad para el acceso a funciones policiales. *Susana Rodríguez Escanciano*.
- §32. STS-CON 421/2023, de 29 de marzo. El EBEP impide remunerar los «permisos» autonómicos por guarda legal. *Antonio V. Sempere Navarro*.
- §45. STS-CONT 631/2023, de 16 de mayo. Inaplicación de la categoría «indefinido no fijo» para el personal estatutario. *Antonio V. Sempere Navarro*.
- §52. STS-CONT 661/2023, de 23 de mayo. Prioridad temporal en la presentación de candidaturas ante el Servicio Público de Empleo como criterio de desempate entre los aspirantes más meritorios a plazas de personal laboral a término en el sector público. *Susana Rodríguez Escanciano*.
- §53 STS-CONT 728/2023, de 1 de junio. Sobre la pérdida de la habilitación para tareas de Seguridad Privada. *Antonio V. Sempere Navarro*.
- §63. STS-CONT 958/2023, de 12 de julio. ¿Puede exigirse una inscripción trimestral en desempleo para acceder a empleos públicos temporales? *Antonio V. Sempere Navarro*.
- §82. STS-CON 1255/2023 de 16 octubre. Sobre premios e incentivos a la jubilación anticipada. *Antonio V. Sempere Navarro*.
- §93. STS-CONT 1333/2023, de 26 de octubre. Establecimiento y aplicación de coeficientes reductores en la edad de jubilación. *Antonio V. Sempere Navarro*.

VI. TRIBUNAL SUPREMO (SALA CUARTA)

- §5. STS-SOC 879/2022, de 2 de noviembre. Legitimación empresarial para interponer recurso de casación unificadora en el proceso de impugnación de sanciones: cerrando puertas al recurso. *Juan Martínez Moya*.
- §6. STS-SOC 887/2022, de 2 de noviembre. Despido disciplinario por actuaciones fuera del ámbito de las funciones de la persona trabajadora. *Francisco Vila Tierno*.
- §7. STS-SOC 902/2022, de 11 de noviembre. Sucesión en contratos: requisitos para la subrogación legal y convencional y límites regulativos intrínsecos del «pliego de cláusulas administrativas» particulares de la adjudicación. *José Luis Monereo Pérez*.
- §8. STS-SOC 949/2022, de 30 de noviembre. Proceso por despido e inmunidad de jurisdicción. *Ángel Arias Domínguez*.

- §13. STS-SOC 982/2022, de 20 de diciembre. Convenios colectivos vs Estatuto de los Trabajadores: El problema del *dies a quo* en el disfrute de permisos retribuidos. *Susana María Molina Gutiérrez*.
- §14. STS-SOC 997/2022, de 21 de diciembre. Prestación por adopción del hijo/a del cónyuge o pareja: comentario a una sentencia dictada según la normativa anterior al RDL 6/2019 cuyas enseñanzas sirven para después. *José Fernando Lousada Arochena*.
- §15. STS-SOC 4/2023, de 10 de enero. Ausencia de grabación del juicio oral y nulidad de actuaciones: el debate sobre la indefensión, en el centro. *Faustino Cavas Martínez*.
- §24. STS-SOC 7/2023, de 10 de enero. Incongruencia omisiva: la sentencia de suplicación no emite pronunciamiento sobre los aspectos accesorios con previsión legal de las pretensiones principales. Los daños morales operan de forma automática al declararse la existencia de vulneración de derechos fundamentales. *Óscar López Bermejo*.
- §16. STS-SOC 62/2023, de 24 de enero. La menor indemnización pactada para los trabajadores mayores de 60 años afectados por un despido colectivo no constituye una discriminación por razón de edad. *Belén García Romero*.
- §17. STS-SOC 70/2023, de 25 de enero. El personal docente e investigador contratado temporalmente por las Universidades Públicas tiene derecho a solicitar, y en su caso percibir, los complementos de investigación de ámbito nacional. *Ángel Arias Domínguez*.
- §25. STS-SOC 71/2023, de 25 de enero. Ciberderechos sindicales, de nuevo conseguidos a golpe de sentencia. *José Fernando Lousada Arochena*.
- §26. STS-SOC 102/2023, de 2 de febrero. Desistimiento de la demanda por un retraso de veinte minutos: el aviso previo o la justificación de que no se pudo hacer el aviso como exigencias procesales para evitarlo ¿Una cuestión de legalidad ordinaria? *Juan Martínez Moya*.
- §27. STS-SOC 128/2023, de 9 de febrero. Huelga feminista y premio por presencia: el tiempo empleado en una huelga no puede ser considerado absentismo a tales efectos, en ausencia de especificación expresa en el convenio colectivo. *Magdalena Nogueira Guastavino*.
- §28. STS-SOC 149/2023, de 21 de febrero. Transgresión de la buena fe contractual y conductor de autobús: es procedente el despido disciplinario motivado por la detección de cocaína en un control de la Guardia Civil. *Inmaculada Ballester Pastor*.
- §29. STS-SOC (Pleno) 169/2023, de 2 de marzo de 2023. Familia monoparental y permiso de paternidad: ¿es posible la acumulación y disfrute de los dos permisos en un solo progenitor por vía de interpretación jurídica finalista? *José Luis Monereo Pérez*.
- §33. STS-SOC 186/2023, de 9 de marzo. La propia actividad como ejemplo de concepto jurídico indeterminado. *Francisco Vila Tierno*.

- §34. STS-SOC (Pleno) 196/2023, de 15 de marzo. Hacer supuesto de la cuestión como vía para el fracaso de los recursos extraordinarios. *Susana María Molina Gutiérrez.*
- §35. STS-SOC (Pleno) 197/2023, de 15 de marzo. Subrogación convencional y «despido colectivo de hecho». Precisiones sobre el régimen jurídico integrador de la subrogación empresarial. *José Luis Monereo Pérez.*
- §36. STS-SOC 199/2023, de 16 de marzo. La ceguera no implica el reconocimiento automático de una situación de gran invalidez. *Faustino Cavas Martínez.*
- §37. STS-SOC 205/2023, de 21 de marzo. Tiempo invertido en la ampliación de demanda frente a los administradores concursales y su impacto en el pago de salarios de tramitación por el Estado. *Juan Martínez Moya.*
- §38. STS-SOC 236/2023, de 29 de marzo. Derecho a la jubilación parcial y alcance de la obligación empresarial de acceder a ella a la vista de la regulación legal y del convenio colectivo aplicable. *Belén García Romero.*
- §46. STS-SOC 254/2023, de 11 de abril. Las borrosas fronteras del Derecho del Trabajo en el sector audiovisual. *Susana María Molina Gutiérrez.*
- §47. STS-SOC 259/2023, de 12 de abril. ERTE y posible nulidad del acuerdo alcanzado en periodo de consultas por fraude de ley y abuso de derecho. *Belén García Romero.*
- §54. STS-SOC 267/2023, de 12 de abril. Legitimación negociada de secciones sindicales con implantación. *Francisco Vila Tierno.*
- §48. STS-SOC 276/2023, de 17 de abril. Impugnación del alta médica y despido disciplinario por ausencias injustificadas al trabajo. *Faustino Cavas Martínez.*
- §55. STS-SOC 278/2023, de 18 de abril. ¿Qué eficacia real tiene el accidente en misión como modalidad específica y ampliada de accidente de trabajo? Delimitación restrictiva atendiendo a los requisitos jurisprudenciales para calificar el accidente en misión. *José Luis Monereo Pérez.*
- §49. STS-SOC 306/2023, de 25 de abril. Subrogación contractual vía convencional y posterior detección de la falta de titulación del trabajador requerida en el pliego de condiciones: despido procedente por ineptitud sobrevenida. *Inmaculada Ballester Pastor.*
- §50. STS-SOC 320/2023, de 26 de abril. Efecto del desistimiento de solicitud de pensión de jubilación tras ser notificado reconocimiento del INSS. *Óscar López Bermejo.*
- §56. STS-SOC (Pleno) 362/2023, de 17 de mayo. El complemento de maternidad por aportación demográfica del art. 60 TRLGSS en la redac-

- ción del precepto previa al RD-ley 3/2021 puede reconocerse a ambos progenitores. *Inmaculada Ballester Pastor*.
- §57. STS-SOC 380/2023, de 25 de mayo. La expectativa legítima de privacidad y la prueba videográfica obtenida por detectives en el jardín del domicilio de la persona trabajadora. Ángel Arias Domínguez.
- §58. STS-SOC 382/2023, de 30 de mayo. Intereses moratorios y procesales en la ejecución social: compatibles, pero autónomos e independientes en su aplicación. Los moratorios deben ser pedidos para ser concedidos. *Juan Martínez Moya*.
- §59. STS-SOC 396/2023, de 5 de junio. Elección del procedimiento adecuado, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo -art. 138 LRJS- o derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral -art. 139 LRJS-; uso de la facultad judicial del art.102.2 LRJS reconducción del procedimiento en el caso de inadecuación. Óscar López Bermejo.
- §60. STS-SOC 397/2023, de 6 de junio. La cuantificación de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales en el proceso laboral: la cuantía mínima del baremo LISOS como derecho necesario. *José Fernando Lousada Arochena*.
- §64. STS-SOC 406/2023, de 7 de junio. Mejora voluntaria de la prestación de IT prevista en el Convenio Colectivo de RENFE e inclusión o no en su importe de la prorratea de las pagas extras. *Belén García Romero*.
- §65. STS-SOC 417/2023, de 9 de junio. No vulnera el derecho de huelga la decisión empresarial de imponer al 100% del personal la realización de servicios mínimos cuando se limita a cumplir los servicios mínimos establecidos por la autoridad gubernativa. *Magdalena Nogueira Guastavino*.
- §66. STS-SOC 418/2023, de 12 de junio. La concreción de los efectos económicos de las pensiones de Seguridad Social. *Susana María Molina Gutiérrez*.
- §67. STS-SOC 435/2023, de 15 de junio. ¿Determina la falta de autorización administrativa para volar en los tripulantes de cabina de pasajeros el reconocimiento de la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual? Ángel Arias Domínguez.
- §68. STS-SOC 441/2023, de 20 de junio. La aplicación de la figura del indefinido no fijo a las fundaciones del sector público. *Francisco Vila Tierno*.
- §69. STS-SOC 461/2023, de 29 de junio. El espejismo de la percepción duplicada del complemento de maternidad por ambos progenitores por aplicación de la DT 33.^a del TRLGSS. *Inmaculada Ballester Pastor*.
- §74. STS-SOC 514/2023, de 17 de julio. Las lesiones causadas por la aparición súbita de complicaciones en el transcurso de una intervención quirúrgica deben considerarse accidente no laboral. *Faustino Cavas Martínez*.

- §75. STS-SOC 526/2023, de 19 de julio. El acceso a la suplicación: ¿un endurecimiento de las reglas procesales desde la doctrina jurisprudencial? *Susana María Molina Gutiérrez*.
- §76. STS-SOC 529/2023, de 19 de julio. El juego de cómputos de plazos de caducidad y supletoriamente de prescripción en el despido comunicado anómalamente al trabajador por la Administración Pública empleadora: la acción por despido siempre tiene plazo de ejercicio. *Juan Martínez Moya*.
- §77. STS-SOC 537/2023, de 19 de julio. Huelga y servicios esenciales: requisitos para declarar la vulneración del derecho fundamental de huelga. *José Luis Monereo Pérez*.
- §78. STS-SOC 540/2023, de 19 de julio. Proceso de tutela de derechos fundamentales y acción procesal de condena al abono de prestaciones de seguridad social (del complemento de maternidad solicitado por un varón). *María Emilia Casas Baamonde*.
- §83. STS-SOC (Pleno) 557/2023, de 14 de septiembre. Construyendo las fronteras entre la jurisdicción social y mercantil: despido colectivo tácito y crisis empresarial. *Susana María Molina Gutiérrez*.
- §84. STS-SOC (Pleno) 558/2023, de 19 de septiembre. Las bajas voluntarias incentivadas computan a efectos numéricos para el despido colectivo. *Eduardo Rojo Torrecilla*.
- §85. STS-SOC 565/2023, de 19 de septiembre. Teletrabajo y tiempo de trabajo efectivo: desconexiones digitales involuntarias impeditivas del trabajo. Y derecho a la desconexión digital por motivos fisiológicos («derecho de lavado»). *María Emilia Casas Baamonde*.
- §94. STS-SOC 566/2023, de 19 de septiembre. Condena a daños y perjuicios por salarios dejados de percibir en casos de nulidad de extinción acordada por el Organismo de Trabajo Penitenciario y formación para el Empleo, en el marco de una relación laboral especial de los penados. *Óscar López Bermejo*.
- §86. STS-SOC (Pleno) 581/2023, de 22 de septiembre. Salud laboral y carga de trabajo (en la Carrera Judicial y no solo en la Carrera Judicial). *José Fernando Lousada Arochena*.
- §95. STS-SOC 600/2023, de 28 de septiembre. Extinción de la relación laboral basada en el reconocimiento al empresario de una Incapacidad Permanente Absoluta. ¿Cuál es el plazo prudencial que debe mediar entre la declaración de la incapacidad y la comunicación de la decisión extintiva para que opere válidamente la causa? *Belén García Romero*.
- §96. STS-SOC 719/2023, de 4 de octubre. Incumplimiento empresarial como causa de extinción del contrato. La excepción a la casuística en el acceso a la unificación de doctrina en esta materia. *Francisco Vila Tierno*.

- §97. STS-SOC 725/2023, de 10 de octubre. ¿Se aplica el salario mínimo interprofesional a todas las relaciones laborales de carácter especial? *Magdalena Nogueira Guastavino.*
- §98. STS-SOC 731/2023, de 10 de octubre. Visión monocular e incapacidad permanente, no siempre parcial. Ángel Arias Domínguez.
- §99. STS-SOC 750/2023, de 17 de octubre. Despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual, función tipificadora del convenio colectivo y principios del Derecho Disciplinario Laboral. *José Luis Monereo Pérez.*

VII. AUDIENCIA NACIONAL

- §18. SAN-SOC 152/2022, de 22 de noviembre. ¿Debe considerarse el tiempo de espera como tiempo de trabajo? *Francisco Vila Tierno.*
- §79. SAN-SOC 87/2023, de 4 de julio. Consideraciones sobre la aplicación del cupo de reserva del dos por cien de plazas para personas con discapacidad en las empresas públicas. *Susana Rodríguez Escanciano.*

VIII. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- §9. STSJ-SOC Aragón 851/2022, de 21 de noviembre. ¿Participar en competiciones deportivas estando de baja médica por lesión musculoesquelética es sancionable con despido disciplinario? *María Areta Martínez.*
- §19. STSJ-SOC Galicia 5654/2022, de 15 de diciembre. ¿Discriminación laboral por parentesco? Sus límites (en especial, en pequeñas empresas). *Eduardo Rojo Torrecilla.*
- §20. STSJ-SOC Cataluña 469/2023, de 30 de enero. El reconocimiento del cobro de una indemnización por despido superior a 33 días en cumplimiento del Convenio n.º 158 de la OIT y del art 24.º de la Carta Social europea: ¿un cambio de paradigma? *Inmaculada Ballester Pastor.*
- §39. STSJ-SOC Madrid 89/2023, de 3 de febrero. El accidente laboral en el trabajo a domicilio y el concepto de 'zona de trabajo'. Ángel Arias Domínguez.
- §30. STSJ-SOC Galicia 925/2023, de 15 de febrero. ¿Una «tercera» doctrina judicial sobre la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales y sus efectos en la calificación del despido? *María Emilia Casas Baamonde.*
- §40. STSJ-SOC Cantabria 118/2023, de 27 de febrero. El suicidio como accidente de trabajo: ¿qué hay que probar y cómo probarlo? *José Fernando Lousada Arochena.*
- §87. STSJ-SOC Galicia 1941/2023, de 17 de abril. Adscripción a un turno de trabajo fijo por motivos de conciliación: presunción de necesidad adaptativa. *Susana Rodríguez Escanciano.*

- §88. STSJ-SOC Cantabria 373/2023, de 19 de mayo. ¿La reducción de jornada por guarda legal lleva aparejada la disminución proporcional de los complementos salariales de turnicidad y de exceso de tiempo de relevo? *María Areta Martínez*.
- §70. STSJ-SOC Madrid 538/2023, de 2 de junio. ¿Cuál es el *dies a quo* para el devengo de los intereses procesales en la jurisdicción social? *María Areta Martínez*.
- §80. STSJ-SOC La Rioja 91/2023, de 26 de julio. ¿En qué casos el pluriempleo es causa de despido disciplinario?, ¿y qué valor probatorio tiene el informe de un detective privado en el proceso de despido? *María Areta Martínez*.
- §89. STSJ-SOC Cataluña 4873/2023, de 26 de julio. Puede modificarse el período de disfrute del subsidio por paternidad, una vez se ha solicitado y reconocido por el INSS: no hay disposición legal o reglamentaria que lo impida. *Inmaculada Ballester Pastor*.
- §90. STSJ-SOC Madrid 768/2023, de 15 de septiembre. La utilización de la corresponsabilidad como criterio modulador de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar por parte de la empresa. *Belén García Romero*.

IX. JUZGADOS DE LO SOCIAL

- §100.SJS núm. 7 Murcia 32/2023, de 27 de abril. Compromiso de mantenimiento del empleo y despido disciplinario: ¿puede la empresa interesar la declaración de procedencia del despido para evitar la reclamación de cuotas de cuyo pago quedó exonerada durante el ERTE por Covid-19? *Faustino Cavas Martínez*.
- §10. SJS núm. 1 Gijón 419/2022, de 15 de noviembre. Panorama tras la entrada en vigor Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, en la calificación del despido cuando acaece durante baja por incapacidad temporal. Nueva consideración del concepto enfermedad. Óscar López Bermejo.

ÍNDICE DE AUTORES

ARETA MARTÍNEZ, MARÍA

§9, §22, §44, §70, §80, y §88.

ARIAS DOMÍNGUEZ, ÁNGEL

§8, §17, §39, §57, §67, y §98.

BALLESTER PASTOR, INMACULADA

§20, §28, §49, §56, §69, y §89.

CASAS BAAMONDE, MARÍA EMILIA

§4, §30, §42, §61, §78, y §85.

CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO

§2, §15, §36, §48, §74, y §100.

GARCÍA ROMERO, BELÉN

§16, §38, §47, §64, §90, y §95.

LÓPEZ BERMEJO, óscar

§10, §24, §50, §59, §71, y §94.

LOUSADA AROCHENA, JOSÉ FERNANDO

§14, §25, §40, §60, §62, y §86.

MARTÍNEZ MOYA, JUAN

§5, §26, §37, §58, §76, y §92.

MOLINA GUTIÉRREZ, SUSANA MARÍA

§13, §34, §46, §66, §75, y §83.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS

§7, §29, §35, §55, §77, y §99.

NOGUEIRA GUASTAVINO, MAGDALENA

§11, §27, §41, §65, §81, y §97.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, SUSANA

§1, §31, §52, §79, §87, y §91.

ROJO TORRECILLA, EDUARDO

§19, §21, §43, §51, §72, y §84.

SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V.

§3, §12, §23, §32, §45, §53, §63, §73, §82, y §93.

VILA TIERNO, FRANCISCO

§6, §18, §33, §54, §68, y §96.

ACCIDENTE DE TRABAJO

- Accidente de trabajo y suicidio: §40.
- En trabajo a domicilio (teletrabajo): §39.
- En misión: §55.

ACCIDENTE NO LABORAL

- Las lesiones producidas en intervención médica: §74.

ADOPCIÓN

- Prestación por adoptar al hijo del cónyuge: §14.

ALTA MÉDICA

- Impugnación y despido disciplinario: §48.

BIENES GANANCIALES

- Condición de la indemnización por despido improcedente: §12.

COMPLEMENTO POR APORTACIÓN DEMOGRÁFICA

- Puede reconocerse a ambos progenitores: §56.
- El no pervivo por varón:
 - * es válida la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales para intimar la indemnización: §78.
 - * indemnización por STJUE: §71.

CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

- Adscripción a un turno fijo: §87.
- Imposibilidad de que la empresa se inmiscuya en la vida familiar de las personas trabajadoras para organizar el derecho a la reducción de jornada por guarda legal: §90.

CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

- Propia actividad: §33.

CONTRATO DE TRABAJO

- Complemento de investigación percibido por docente universitario temporal: §17.
- Investigadores universitarios temporales: §1.
- Sector audiovisual: §46.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

- Respecto de Convenio 158 OIT: §20.

CONVENIO COLECTIVO

- Puede tipificar las causas de despido: §99.

COOPERATIVAS

- Falsas cooperativas y su trascendencia penal: §62.

COTIZACIÓN

- Indemnización mejorada por convenio colectivo: §2.

DAÑO MORAL

- Operan de forma automática: §24.
- Cuantificación: §61.

DAÑOS Y PERJUICIOS

- Por los salarios dejados de percibir en supuestos de nulidad extintiva: §94.

DELITO

- Fraude laboral en cooperativas: §62.

DEMANDA

- Ampliación de la demanda y su impacto en el pago de salarios de tramitación: §37.
- Desistimiento por retraso en la comparecencia al juicio: §26.

DERECHOS FUNDAMENTALES

- Indemnización por daño moral: §60.
- Prueba ilícitamente obtenida: §30.
- Derechos fundamentales y despido disciplinario: §72.

DERECHOS SINDICALES

- Utilización del e-mail de la empresa: §25.

DESCANSO SEMANAL

- Especificidad: §21.

DESEMPLEO

- Exigencia inscripción trimestral para acceder a empleos públicos temporales: §63.

DESISTIMIENTO

- De la demanda por retraso en la comparecencia al juicio: §26.
- De la pensión de jubilación ya solicitada: §50.

DESPIDO

- Colectivo:
 - * indemnización menor para personas trabajadoras menores de 60 años de edad: §16.
 - * ausencia de consulta a representantes: §81.
 - * cuantificación: inclusión de bajas voluntarias incentivadas: §84.
 - * en subrogación empresarial: §35.
 - * tácito e impugnación: §83.
- Disciplinario:
 - * actividades extralaborales: §6 y §9.
 - * con impugnación de alta médica tras período de IT: §48.
 - * consumo de cocaína por conductor: §28.

- * informe de detective privado como medio de prueba de los hechos imputados en la carta de despido: §80.
- * procedente, encontrándose en incapacidad temporal: §9.
- * causas de despido tipificadas en convenio colectivo: §80 y §99.
- * por pluriempleo no autorizado por la empresa: §80.
- Improcedente con vulneración de derechos fundamentales por un tercero: §30.
- Indemnización por despido improcedente:
 - * carácter ganancial de la indemnización: §12.
 - * cuantía de la indemnización superior a la legal: §20.
- Nulidad por transgresión de derechos fundamentales: §72.
- Prescripción de la acción de despido en Administraciones públicas con comunicación irregular: §76.

DETECTIVES

- Aportación de fotografías: §57.
- Valor probatorio del informe del detective privado en proceso de despido disciplinario: §80.

DILACIONES INDEBIDAS

- Tutela Judicial efectiva ante dilaciones indebidas: §51.

DISCAPACIDAD

- Reserva del 2% del empleo público: también aplicable a RTVE: §79.

DISCRIMINACIÓN

- En el acceso a la función pública: §4 y §31.
- Por embarazo en el acceso al empleo público temporal: §4.
- Por parentesco: §19.
- Por edad en acceso al empleo: §31.
- Por razón de sexo en práctica nacional e indemnización por STJUE: §71.
- Por ideología: §72.

DOMICILIO

- Accidente laboral en trabajos a domicilio (teletrabajo): §39.

EBEP

- Permisos por guarda legal: §32.

EDAD

- Discriminación por edad en el acceso a la función pública: §31.
- Indemnización de menor cuantía por despido colectivo para mayores de 60 años: §16.

EMBARAZO

- Discriminación por embarazo en el empleo público: §4.

EMPLEO PÚBLICO

- Temporal:
 - * acceso: §4.
 - * exigencia de inscripción trimestral en desempleo para acceder: §63.
 - * complemento de investigación: §17.
 - * personal estatutario: §22.
- Reducción de jornada por guarda legal sin disminución de retribución prevista en la legislación autonómica de Función Pública §32.

ENFERMEDAD

- Enfermedad y despido: §10.

ERTE

- Nulidad del acuerdo por fraude de ley: §47.

ESTUPEFACIENTES

- Consumo por conductor: §28.

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

- Por incapacidad permanente del empresario. Plazo para comunicarlo a las personas trabajadoras: §95.

FAMILIA

- Monoparental: devengo de un único permiso por nacimiento y cuidado de menor: §29.

FUERZAS ARMADAS

- Cuadros médicos de exclusión para el ingreso. Uso de lentes fáquicas: §44.

GEOLOCALIZACIÓN

- Vigilancia cuantitativa y cualitativa: §11.

GRAN INVALIDEZ

- Ceguera: §36.

HUELGA

- Servicios mínimos:
 - * órgano jurisdiccional competente: §23.
 - * del 100 % cuando empresarialmente se cumple la decisión gubernativa: §65.
 - * derecho a transmitir información veraz: huelga en Canal Sur: §77.
- Huelga y complemento de presencialidad: §27.

INDEFINIDO NO FIJO

- No puede aplicarse para el personal estatutario: §45.
- En fundaciones del sector público: §68.

INFORMACIÓN Y CONSULTA

- A trabajadores en empresas: dimensión general: §61.

INEPTITUD

- Sobrevvenida y subrogación empresarial: §49.

IGUALDAD

- Constitucionalidad del Real Decreto-ley 6/2019: §42.

INCAPACIDAD PERMANENTE

- Ceguera y gran invalidez: §36.

INCAPACIDAD TEMPORAL

- Incapacidad temporal y despido disciplinario: §9.
- Incapacidad temporal y despido por enfermedad: §10.
- Mejoras voluntarias: §64.

INDEMNIZACIÓN

- Por daños y perjuicios en STJUE: §71.

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN

- Inmunidad de jurisdicción en proceso de despido: §8.

INTERESES

- Moratorios y procesales: compatibles: §58.
- *Dies a quo* para el devengo de intereses procesales: §70.

JORNADA

- Incremento extraordinario y abono de retribución adicional: §91.

JUBILACIÓN

- Jubilación parcial prevista en convenio colectivo: §38.
- Desistimiento de la jubilación solicitada: §50.
- Establecimiento y aplicación de coeficientes reductores en la edad de jubilación: §93.

JUICIO ORAL

- Falta de grabación del juicio oral y nulidad de actuaciones: §15.

JURISDICCION SOCIAL

- Competencia:
 - * para cuestiones relativas a la retención por IRPF vinculada al salario: §73.
 - * afirmativa para despidos colectivos tácitos por crisis empresariales: §83.
- Legitimación activa del empresario para intimar la procedencia del despido que realizó en tiempos ERTE COVID-19 para evitar el reintegro de las cotizaciones exoneradas: §100.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN

- Reforzada en el ámbito sindical: §43.
- Libertad de expresión y libertad ideológica: despido disciplinario: §72.

MATRIMONIO

- Convivencia prematrimonial (para prestación de viudedad): §3.

MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- De la prestación de incapacidad temporal: §64.

MODALIDAD PROCESAL

- Determinación de la correcta: §59.

NACIMIENTO

- Por adopción: §14.
- Modificación del período de disfrute tras su reconocimiento: §89.

NULIDAD DE ACTUACIONES

- Ausencia de grabación del juicio oral: §15.

PACTO DE NO COMPETENCIA

- Pacto de no competencia y pluriempleo prohibido por convenio colectivo: §80.

PARENTESCO

- Discriminación laboral por parentesco: §19.

PERMISOS RETRIBUIDOS

- *Dies a quo* de su cómputo: §13.

PERSONAL ESTATUTARIO DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

- Se considera experiencia profesional el tiempo prestado en residencias privadas de mayores: §22.

PERSONAL INDEFINIDO NO FIJO

- Inaplicación de la categoría al estatutario: §45.
- Aplicación a fundaciones públicas: §68.

PLURIEMPLEO

- Limitación en convenio colectivo: §80.

PRESCRIPCIÓN

- De la acción de despido en Administración pública, cuyo acto de comunicación es irregular: §76.

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

- Concreción de los efectos económicos: §66.
- Complemento de maternidad por ambos progenitores: §69.
- Incapacidad permanente:
 - * por ceguera: §36.
 - * reconocimiento exclusivo por el INSS: §67.
 - * total: por pérdida de un ojo en trabajos de la construcción: §98.

- Jubilación:
 - * anticipada: premios e incentivos: §82.
 - * desistimiento de la prestación de jubilación solicitada: §50.
 - * parcial: reglas previstas en convenio colectivo: §38.
 - * establecimiento y aplicación de coeficientes reductores en la edad de jubilación: §93.
- Nacimiento:
 - * por adopción: §14.
 - * el complemento por aportación demográfica puede reconocerse a ambos progenitores: §56.
 - * modificación del período de disfrute una vez reconocido: §89.
- Viudedad:
 - * convivencia prematrimonial: §3.

PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

- En la carrera judicial: §86.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL

- Elección por el justiciable y facultades de ordenación del proceso: §59.
- De tutela de derechos fundamentales: válido para intimar indemnización por inaplicación de complemento de maternidad: §78.

PROCESOS SELECTIVOS

- Para Personal Estatutario del Sistema Nacional de Salud se tienen en consideración los servicios prestados en residencias privadas de mayores: §22.

PROPIA ACTIVIDAD

- Concepto de propia actividad: §33.

PRUEBA

- Fotográfica aportada por detectives: §57.
- Calificación del despido cuando la prueba ha sido ilícitamente obtenida: §30.

REAL DECRETO-LEY

- Límites constitucionales: §42.

RECURSOS

- Casación para la unificación de doctrina. Legitimación de empresarios §5.
- Suplicación:
 - * Acceso a suplicación en supuesto de acumulación de acción declarativa con cantidad: §75.
 - * Argumentada en la propuesta de hechos probados nuevos: §34.
- Petición de principio: §34.

REDUCCIÓN DE JORNADA POR GUARDA LEGAL

- Función pública: §32.
- Percepción de complementos salariales de turnicidad y exceso de relevo: §88.

RELACIÓN LABORAL ESPECIAL

- Penitenciaria: indemnización por daños y perjuicios en supuestos de nulidad extintiva: §94.
- Intervención en operaciones mercantiles: es predicable el percibo del SMI: §97.

SALARIOS

- Complemento de asistencia afectado por huelga: §27.
- Falta de abono y criterios para intimar la reclamación: §96.
- SMI: predicable de la relación de intervención en operaciones mercantiles: §97.
- Salario y ampliación de la demanda frente a administradores concursales: §37.
- Reducción salarial en la misma proporción que la jornada por guarda legal: §88.

SECCIONES SINDICALES

- Legitimidad negocial: §54.

SECTOR PÚBLICO

- Personal laboral a término. Procedimiento de selección. Criterio temporal en la presentación de solicitudes: §52.

SEGURIDAD PRIVADA

- Pérdida de la habilitación administrativa: §53.

SENTENCIA

- Incongruencia omisiva: §24.

SERVICIOS MÍNIMOS

- Impugnación: §23.
- Establecidos al 100 % de la actividad: §65.

SINDICATOS

- Derechos cibernéticos en la empresa: §25.
- Libertad de expresión en su actividad: §43.

SUBROGRACIÓN EMPRESARIAL

- Convencional y despido colectivo de hecho: §35.
- Subrogación empresarial e ineptitud sobrevenida: §49.

SUCESIÓN DE EMPRESAS

- En contratas. Límites en los pliegos de cláusulas administrativas: §7.
- Sucesión de empresas y despido colectivo. En subrogación empresarial: §35.

SUICIDIO

- Suicidio y accidente de trabajo: §40.

TELETRABAJO

- Accidente laboral: §39.
- Tiempo de trabajo efectivo: §85.

TCP

- Pérdida de autorización para volar: §67.

TIEMPO DE DESCANSO

- Diferenciación entre tiempo de descanso diario y semanal: §21.

TIEMPO DE TRABAJO

- Tiempo de espera: §18.
- Cómputo del tiempo de trabajo en teletrabajo: §85.

TURNO DE TRABAJO

- Adscripción fija por conciliación: §87.

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

- Desistimiento por llegada tardía al juicio: §26.
- Recurso a pruebas ilícitas: §30.
- Tutela judicial efectiva ante dilaciones indebidas del proceso: §51.

VACACIONES

- Devengadas y no disfrutadas por motivos de salud: §41.
- Fijación de límites temporales para reclamar el derecho al disfrute de vacaciones cuando concurren sucesivos aplazamientos por motivos de salud: §92.

VIUDEDAD

- Convivencia prematrimonial: §3.

La *Revista de Jurisprudencia Laboral* (RJL) es una publicación digital, periódica, independiente, alojada en la web del BOE, accesible en abierto y dedicada al estudio de la doctrina judicial y de la jurisprudencia reciente en el ámbito de las relaciones sociolaborales.

Este *Anuario de Jurisprudencia Laboral 2023* reúne y sistematiza los comentarios aparecidos en todos los números de la RJL correspondientes al año natural indicado en su título. Aparece ahora publicado como libro autónomo de la Colección de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, tanto en versión digital cuanto en soporte papel.

El *Anuario-2023* contiene cien estudios de resoluciones judiciales coetáneas, procedentes de diversos órganos: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (9), Tribunal Constitucional (4), Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (2), Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (1), Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo (14), Sala de lo Social del Tribunal Supremo (54), Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (2), Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (12) y Juzgados de lo Social (2).

La obra, que viene citándose anualmente con la comunidad laboralista, obedece a una estructura interna común en cada uno de sus apartados, lo que facilita su consulta. Viene acompañada, además, de índices analíticos, sistemáticos y onomásticos.