

La obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete

Antonio V. Sempere Navarro

Director

Yolanda Cano Galán

Coordinadora



Derecho del Trabajo
y Seguridad Social

LA OBRA JURÍDICA DE AURELIO DESDENTADO BONETE

**COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO
Y SEGURIDAD SOCIAL**

Director

Antonio V. Sempere Navarro

Coordinadora

Yolanda Cano Galán

LA OBRA JURÍDICA DE AURELIO DESDENTADO BONETE

Director

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

Coordinadora

YOLANDA CANO GALÁN

12

COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2021

Primera edición: noviembre de 2021



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

- © De los contenidos, sus autores
- © Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

<https://cpage.mpr.gob.es/>

NIPO (Papel): 090-21-197-2
NIPO (PDF): 090-21-198-8
NIPO (ePUB): 090-21-196-7
ISBN: 978-84-340-2779-4
Depósito legal: M-30804-2021

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

ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
INTRODUCCIÓN	27
CURRICULUM VITAE DE AURELIO DESDENTADO BONETE	31
SEMBLANZA. <i>Luis Enrique de la Villa Gil</i> . Catedrático Emérito de Derecho el Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid. Director del Bufete De la Villa	59
TESTIMONIO PROFESIONAL. <i>Jesús Gullón Rodríguez</i> . Magistrado Jubilado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo	85
AURELIO COMO COMPAÑERO DE TRABAJO. <i>Gonzalo Moliner Tambo- rero</i> . Ex Presidente de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo y del CGP ...	89
LOS PROBLEMAS DEL ABUSO DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO. <i>Elena</i> (Profesora Titular de la UNED) y <i>Eva Desdentado Daroca</i> (Catedrática de la Universidad Autónoma de Madrid)	95
PRIMERA PARTE. COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES ...	115
LA DURACIÓN DEL CONTRATO. <i>María del Puy Abril Larraínzar</i> . Abogada. Doctora en Derecho	117
CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES EN EMPRESA DE <i>TELEMAR- KETING</i> . <i>Raquel Aguilera Izquierdo</i> . Profesora Titular de la Uni- versidad Complutense de Madrid	123
EL DERECHO FUNDAMENTAL DE HUELGA Y EL «ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO». <i>Carmen Agut García</i> . Catedrática de la Univer- sidad Jaume I. Letrada Coordinadora del Gabinete Técnico del Tribu- nal Supremo	129
DIFERENCIAS EN EL TRABAJO EN DOMINGOS Y FESTIVOS. <i>Henar Álvarez Cuesta</i> . Profesora Titular de la Universidad de León	137

	Páginas
LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS EN LA COMISIÓN NEGOCIADORA DEL CONVENIO COLECTIVO. <i>Iciar Alzaga Ruiz</i> . Catedrática de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)	143
LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA. <i>María Areta Martínez</i> . Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos	151
REINTEGRO DE GASTOS MÉDICOS EN EL EXTRANJERO. <i>Alberto Arufe Varela</i> . Catedrático de la Universidad de A Coruña	157
LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA EN EL TRABAJO A DISTANCIA. <i>Alfredo Aspra Rodríguez</i> . Abogado Laboralista	163
LA BÚSQUDA DEL SALARIO REAL EN LAS ACCIONES DE EXTINCIÓN INDEMNIZADA. <i>María José Asquerino Lamparero</i> . Profesora Ayudante Doctora de la Universidad de Sevilla	169
EL TRABAJADOR DE CAMPAÑA NO ES TEMPORAL: LA IMPRESCINDIBLE CONSTRUCCIÓN JUDICIAL DEL TRABAJADOR FIJO DISCONTINUO. <i>Inmaculada Ballester Pastor</i> . Catedrática de la Universidad Jaume I de Castellón	175
LA POSIBLE PROPORCIONALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD EN LAS PRESTACIONES POR CONTINGENCIAS PROFESIONALES POR FALTA DE COTIZACIÓN. <i>Jesús Barceló Fernández</i> . Técnico Superior de la Dirección General de la Inspección de Trabajo de Cataluña. Profesor de la Universidad de Barcelona	181
LÍMITES A LA LIBRE ELECCIÓN DE LOS ÁMBITOS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA POR LOS SUJETOS NEGOCIADORES. <i>Mario Barros García</i> . Abogado. Uría Menéndez	189
EL PERMISO POR TRASLADO DEL DOMICILIO SE RECONOCE AL TRABAJADOR, NO A SUS MUEBLES. <i>Miguel Basterra Hernández</i> . Profesor Contratado Doctor de la Universidad de Alicante ..	195
INDEFINIDOS NO FIJOS: EL ÚLTIMO EPISODIO DE SU CONFIGURACIÓN FUNDACIONAL (RECIENTEMENTE REVITALIZADO). <i>Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz</i> . Profesor Agregado y TU Acreditado. Universitat Oberta de Catalunya (UOC)	201
LA IRRELEVANCIA DE LA VENTA DE PARTICIPACIONES SOCIALES COMO SUPUESTO DE TRANSMISIÓN DE EMPRESAS Y COMO ELEMENTO PARA EL LEVANTAMIENTO DEL VELO. <i>Carolina Blasco Jover</i> . Profesora Titular de la Universidad de Alicante	207
LA PLURALIDAD SINDICAL Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. LAS FRONTERAS ENTRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA INTERPRETACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LO CONVENIDO. <i>Ricardo Bodas Martín</i> . Magistrado del Tribunal Supremo	213
LA ACCIÓN DE JACTANCIA DEL ARTÍCULO 124.3 LRJS EN LA IMPUGNACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO. <i>María Desamparados Bohígues Esparza</i> . Personal Investigador. Universitat de València	219

LA FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL EMPRESARIO PARA INSTAR LA DECLARACIÓN EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE DE UN TRABAJADOR. <i>José Antonio Buendía Jiménez</i> . Magistrado del Juzgado de lo Social núm. Tres de Elche	227
REINGRESO TRAS EXCEDENCIA Y CADUCIDAD. <i>María del Carmen Burgos Goye</i> . Profesora Contratada Doctora de la Universidad de Granada	233
ACCIDENTE EN MISIÓN Y LÍMITES AL CARÁCTER PROFESIONAL DE LA CONTINGENCIA. <i>Jaime Cabeza Pereiro</i> . Catedrático de la Universidade de Vigo	237
RECLAMACIÓN DE CANTIDAD E INEXISTENCIA DE INTERRUPCIÓN PARA DERECHOS SIMILARES DEVENGADOS CON POSTERIORIDAD. <i>Francisco Javier Calvo Gallego</i> . Catedrático de la Universidad de Sevilla	243
¿OBLIGACIÓN EMPRESARIAL DE COLABORAR EN EL ÉXITO DE LA HUELGA?: EL CASO DE LAS ACTIVIDADES AUTOMATIZADAS DE LA EMPRESA. <i>Alberto Cámara Botía</i> . Catedrático de la Universidad de Murcia	249
LA ÚLTIMA SENTENCIA DE AURELIO DESDENTADO BONE-TE. <i>Yolanda Cano Galán</i> . Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo. Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos ...	257
LA INCAPACIDAD TEMPORAL, UNA SUSPENSIÓN COMPLEJA. <i>Francisco Carmona Pozas</i> . Magistrado emérito (j) de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Sevilla)	265
EFFECTOS SOBRE EL DESPIDO DISCIPLINARIO DEL DERECHO DE AUDIENCIA PREVIA AL DELEGADO SINDICAL. <i>María Antonia Castro Argüelles</i> . Catedrática de la Universidad de Oviedo	271
CONFIGURACIÓN DEFINITIVA DEL ACCIDENTE DE TRABAJO «EN MISIÓN». <i>Luis Fernando de Castro Fernández</i> . Magistrado (jubilado) de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo	277
RECEPCIÓN DE LA «SUCESIÓN DE PLANTILLA» EN LA JURISPRUDENCIA INTERNA. <i>Emilio de Castro Marín</i> . Doctor en Derecho, Abogado ejerciente (ICAM). Profesor Asociado	283
RECLAMACIÓN AL ESTADO DE LAS CUOTAS SATISFECHAS POR LA EMPRESA DURANTE PERÍODO DE INCAPACIDAD TEMPORAL CONCURRENTES CON LA TRAMITACIÓN DEL DESPIDO. <i>Faustino Cavas Martínez</i> . Catedrático de la Universidad de Murcia	289
ALCANCE DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA AUTORIDAD LABORAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE OFICIO: 1994, UN PUNTO DE INFLEXIÓN EN LA DOCTRINA DOMINANTE HASTA EL MOMENTO. <i>Ángeles Ceinos Suárez</i> . Profesora Titular de la Universidad de Oviedo	295

	Páginas
TRABAJO DE EXTRANJERO SIN AUTORIZACIÓN PARA ELLO. <i>Pilar Charro Baena</i> . Catedrática de la Universidad Rey Juan Carlos	301
LOS EFECTOS DE LA ANULACIÓN DEL CONCURSO SOBRE LA CONTRATACIÓN LABORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. <i>Rosario Cristóbal Roncero</i> . Profesora Titular de la Universidad Complutense de Madrid	307
DESPIDO IMPROCEDENTE POR PARTICIPACIÓN NO ACTIVA EN MEDIDA DE CONFLICTO COLECTIVO ILEGAL. <i>Jesús Cruz Villalón</i> . Catedrático de la Universidad de Sevilla	313
LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL DERIVADA DE DESCUBIERTOS EN LAS COTIZACIONES EN ACCIDENTES DE TRABAJO: ¿NON BIS IN IDEM? <i>Rubén Doctor Sánchez-Migallón</i> . Socio de Cuatrecasas. Profesor colaborador en ESADE	319
LA DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA ASIMILACIÓN LEGAL ENTRE PERSONA CON DISCAPACIDAD E INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL. RELACIÓN Y ALCANCE DE LA CONTRADICCIÓN DE SENTENCIAS EN EL RCU. <i>Azucena Escudero Prieto</i> . Profesora Titular de la Universidad de Valladolid	325
FALTA DE ACCIÓN E INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO (O SOBRE LA VIS ATRACTIVA DE LA MODALIDAD DE DESPIDO PARA CONOCER DE LAS EXTINCCIONES DECIDIDAS POR EL EMPRESARIO). <i>Juan José Fernández Domínguez</i> . Catedrático de la Universidad de León	335
SOBRE EL EFECTO POSITIVO DE LA COSA JUZGADA. <i>Manuel Fernández-Lomana García</i> . Doctor en Derecho. Magistrado de la Audiencia Nacional	341
LA INCLUSIÓN EN LA REMUNERACIÓN DE LAS VACACIONES DE LOS CONCEPTOS SALARIALES DERIVADOS DEL TRABAJO REALIZADO. EL ESPECÍFICO SUPUESTO DE LAS COMISIONES. <i>Alicia Fernández-Peinado Martínez</i> . Contratada Doctora de la Universidad de Alicante	347
REVALORIZACIÓN DE PENSIONES Y LÍMITES ANUALES A SU COBRO: UNA CUESTIÓN DE PRINCIPIOS. <i>Luis Antonio Fernández Villazón</i> . Profesor Titular de la Universidad de Oviedo	353
LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL LLEVADA A CABO EN EL MARCO DE UN EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO TIENE SIEMPRE CARÁCTER DE INVOLUNTARIA AUN CUANDO SE INSTRUMENTE POR MUTUO ACUERDO DE EMPRESA Y TRABAJADOR EN VIRTUD DE OFERTA DE PREJUBILACIÓN CON IMPORTES PACTADOS. <i>José Flores Alcázar</i> . Doctorando. Universidad de Murcia	359
SEGURIDAD JURÍDICA E INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS. <i>Raquel Flórez Escobar</i> . Socia de Freshfields Bruckhaus Deringer	365

ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDADES RESPECTO DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL AUTOASEGURADA QUE SE PROLONGA MÁS ALLÁ DE LA RELACIÓN LABORAL. <i>Antonio Folgoso Olmo</i> . Abogado y Doctor en Derecho	371
VALOR LIBERATORIO DEL FINIQUITO RESPECTO A CONCEPTOS NO INCLUIDOS EN ÉL. <i>Ignacio del Fraile López</i> . Socio del Área Laboral de Gómez Acebo & Pombo	377
LA AJENIDAD Y EL CONTROL EFECTIVO DE LA SOCIEDAD EMPLEADORA, A EFECTOS DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO. <i>Ricardo Gabaldón Gabaldón</i> . Presidente del Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España	383
VALIDEZ DEL CONTRATO DE FOMENTO DE EMPLEO SIN SITUACIÓN DE «DESEMPLEO» NI INSCRIPCIÓN PREVIAS. <i>Fermín Gallego Moya</i> . Abogado. Profesor de la Universidad de Murcia	389
ACEITUNAS HOY SÍ Y MAÑANA NO. <i>M. Begoña García Gil</i> . Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos	395
EL DERECHO DEL TRABAJO Y LOS POBRES. DESPIDOS NULOS DE PORTERO DE FINCA URBANA Y DE SU ESPOSA. <i>José Ignacio García Ninet</i> . Catedrático Emérito de la Universitat de Barcelona	401
SENTENCIA FIRME POR EXCLUSIÓN DE LA BOLSA DE EMPLEO: COSA JUZGADA POSITIVA (PERO NO NEGATIVA) EN RECLAMACIÓN RELATIVA A PERIODO DIFERENTE. <i>Jesús García Ortega</i> . Catedrático de la Universidad de València	409
COTIZACIÓN POR GUARDIAS MÉDICAS. ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE. <i>Belén García Romero</i> . Catedrática de la Universidad de Murcia	415
RELACIÓN ENTRE LA FINALIZACIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y EL DESPIDO. <i>Jordi García Viña</i> . Catedrático de la Universidad de Barcelona	421
DESPIDO CON CAUSA EN ENFERMEDAD TEMPORAL Y DISCRIMINACIÓN. <i>Román Gil Alburquerque</i> . Abogado. Socio de Sagarday Abogados. Doctor en Derecho	427
LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR CONVENIOS COLECTIVOS EN GRUPOS DE EMPRESA: CRITERIO MIXTO LUEGO POSITIVADO. <i>Rafael Giménez-Arnau Pallarés</i> . Socio de J&A Garrigues. Miembro del Comité Ejecutivo de Forelab	433
APLICACIÓN DE LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO: EL CASO DEL CONVENIO 158 OIT. <i>José María Goerlich Peset</i> . Catedrático de la Universitat de València (Estudi General)	439
LABORALIDAD DEL TRANSPORTISTA. ECOS DE UN PASADO IMPERFECTO. <i>Juan Gómez Arbós</i> . Inspector de Trabajo y Seguridad Social. Profesor Asociado de la UAM	445

	Páginas
LA AFECTACIÓN GENERAL INVOCADA A EFECTOS DE RECURSO DE SUPPLICACIÓN. <i>Adriano Gómez García-Bernal</i> . Abogado. Socio de J & A Garrigues	451
PROCEDIMIENTO ADECUADO PARA IMPUGNAR LA SUBROGACIÓN SIN CONSENTIMIENTO DEL TRABAJADOR. <i>Ignacio González Fernández</i> . Abogado Asociado Senior de Abdón Pedrajas Littler	457
ABRIENDO LAS PUERTAS DE LA CASACIÓN UNIFICADORA POR INFRACCIÓN PROCESAL. <i>Carlos González Uli</i> . Abogado laboralista en DLA Piper	463
LA EXTINCIÓN INDEMNIZADA DEL CONTRATO POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR Y LA REPARACIÓN ÍNTEGRA DEL DAÑO. <i>José Luis Goñi Sein</i> . Catedrático de la Universidad Pública de Navarra	469
CIERRE PATRONAL Y HUELGA: DIFERENCIAS EN ORDEN A LA PERCEPCIÓN DEL PLUS DE ASISTENCIA. <i>Carmen Grau Pineda</i> . Profesora Titular de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria ...	475
ESTAR Y CONVERSAR COMO OBJETO DEL CONTRATO ¿DE TRABAJO? <i>Esther Guerrero Vizuete</i> . Profesora Lectora Serra Húnter	483
EL CUENTO DE NUNCA ACABAR: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL IRREGULAR EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. <i>Francisco Javier Hierro Hierro</i> . Catedrático de la Universidad de Extremadura	489
MODIFICACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO VIGENTE POR OTRO DE IGUAL ÁMBITO. <i>Francisco Jiménez Rojas</i> . Doctor en Ciencias del Trabajo. Profesor Asociado de la Universidad de Murcia	497
INDEMNIZACIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE COMO MEJORA VOLUNTARIA: RESPONSABILIDAD DE EMPRESA Y ENTIDAD ASEGURADORA. <i>Carmen Jover Ramírez</i> . Doctora en Derecho. Profesora de la Universidad de Cádiz	503
EL CONTROL DE LOS ORDENADORES POR EL EMPRESARIO: LA SENTENCIA QUE MARCÓ LOS LÍMITES. <i>Pilar López Asencio</i> . Socia de Vaciero Abogados.	509
COMUNICACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE IMPROCEDENCIA Y CONSIGNACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN A EFECTOS DE PARALIZAR LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN (ART. 56.2 ET TRAS LEY 45/2002). <i>Iván López García de la Riva</i> , Socio Director Área Laboral de Abdón Pedrajas Littler, Profesor Asociado de la Universidad Complutense	515
LA COMPATIBILIDAD ENTRE TRABAJO E INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA. <i>Belén del Mar López Insua</i> . Profesora Titular de la Universidad de Granada	521
LA COMUNICACIÓN DE LA DEPENDENCIA ECONÓMICA COMO REQUISITO CONSTITUTIVO DEL CONTRATO DE TRADE. <i>Marisa López Villalba</i> . Abogada. Socia del Departamento Laboral de J&A Garrigues	527

	Páginas
EL CONCEPTO ES EL CONCEPTO. <i>Jesús Manuel Luis Carrasco</i> . Abogado de Gómez-Acebo&Pombo	533
LA DIGNIDAD OBRERA MENOSCABADA EN LA OCIOSIDAD LABORAL IMPUESTA POR LA EMPRESA. <i>José Marín Marín</i> . Abogado laboralista	539
LA JURISDICCIÓN COMO PRESUPUESTO DEL PROCESO LABORAL. <i>Rodrigo Martín Jiménez</i> . Profesor Titular de la Universidad Rey Juan Carlos	549
INVALIDEZ NO CONTRIBUTIVA Y MANUTENCIÓN DEL INTERNO EN PRISIÓN ¿PRESTACIONES INCOMPATIBLES? <i>María de los Reyes Martínez Barroso</i> . Catedrática de la Universidad de León	555
CONTRATACIÓN DEL PROFESORADO DE RELIGIÓN Y TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. <i>Carolina Martínez Moreno</i> . Catedrática de la Universidad de Oviedo	561
INCOMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD DEL SOVI CON LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DEL SOVI. <i>Eva M. Mas García</i> . Abogada. Profesora de la Universidad Internacional de La Rioja	567
EL OBLIGADO DESLINDE ENTRE LOS DERECHOS A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN: DOS FACETAS DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN. <i>Diego Megino Fernández</i> . Profesor de la Universidad de Burgos	573
EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO DEL EMPRESARIO. <i>Juan Molins García-Atance</i> . Magistrado del Tribunal Supremo	579
EL ALCANCE DE «VIVIR A EXPENSAS» EN ORDEN A LA INDEMNIZACIÓN EN FAVOR DE LOS PADRES DEL TRABAJADOR FALLECIDO. <i>Josep Moreno Gené</i> . Profesor Titular. Universidad de Lleida	585
LOS INTERESES EN CASO DE OPCIÓN TÁCITA POR LA READMISIÓN. <i>Ana Belén Muñoz Ruiz</i> . Profesora Titular Visitante de la Universidad Carlos III de Madrid	593
REVISIÓN DE SENTENCIA FIRME LABORAL CON BASE EN CUESTIÓN PREJUDICIAL PENAL. <i>Alberto Novoa Mendoza</i> . Abogado Laboralista y Profesor de Derecho del Trabajo	599
NATURALEZA DE PARTICIPACIÓN EN EL TRONCO DE PROPIANAS. <i>Fermín Ojeda Medina</i> . Presidente del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Gran Canaria y Fuerteventura	605
SISTEMA DE INCENTIVOS ESTABLECIDO AL MARGEN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. <i>Noelia Ortiz Vigo</i> . Doctoranda. Observatorio Jurídico Laboral de la Violencia de Género de la Universidad de Málaga	611

LA MUERTE DEL DESPEDIDO. <i>Fulgencio Pagán Martín-Portugués</i> . Abogado y Graduado Social. Profesor Asociado de la Universidad de Murcia	617
CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL PAGO EN EL APLA- ZAMIENTO OTORGADO PARA CUBRIR UNA DEUDA DE COTIZACIÓN. <i>Pilar Palomino Saurina</i> . Profesora Contratada Doctora. Universidad de Extremadura	623
LA APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA FALTA DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO EN FASE DE RECURSO. <i>Emilio Palomo Balda</i> . Magistrado de lo Social	627
SOBRE LA EXCEDENCIA POR INCOMPATIBILIDAD ENTRE DOS EMPLEOS PÚBLICOS. <i>Salvador Perán Quesada</i> . Profesor Con- tratado Doctor de la Universidad de Málaga	633
INCAPACIDAD PERMANENTE DE TRABAJADOR EXTRANJERO QUE SUPLANTA IDENTIDAD. <i>María Cristina Polo Sánchez</i> . Profesora Titular de la Universidad de Salamanca	637
LOS PEQUEÑOS DETALLES SÍ IMPORTAN: JORNADA MÁXIMA DEL PLURIEMPLEADO CUYOS SERVICIOS CONVERGEN EN LA MISMA EMPRESA. <i>Patricia Prieto Padín</i> . Contratada posdoctoral de la Universidad de Deusto	643
ALEGACIÓN DE HECHOS NUEVOS EN EL PROCESO DE SEGU- RIDAD SOCIAL: ENTRE LA JURISDICCIÓN REVISORIA Y LA PLENA JURISDICCIÓN. <i>Ana de la Puebla Pinilla</i> . Catedrática de la Universidad Autónoma de Madrid	649
DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ORDEN CONTEN- CIOSO-ADMINISTRATIVO Y EL SOCIAL EN MATERIA DE DESPIDOS COLECTIVOS. <i>Raquel Yolanda Quintanilla Navarro</i> . Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos	657
GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL: LA DETERMINACIÓN DE LA CONTINGENCIA CAUSANTE POR EL INSS. <i>María Gema Quintero Lima</i> . Profesora Titular de la Universidad Carlos III de Madrid	663
EL EXTRAÑO CASO DE LA SENTENCIA DECLARATIVA QUE INCLUÍA UNA OBLIGACIÓN DE HACER Y LAS DUDAS SOBRE SU EJECUCIÓN. <i>María José Ramo Herrando</i> . Doctora en Derecho. Abogada	671
EN LAS FRONTERAS ENTRE TIEMPO DE TRABAJO Y TIEMPO DE DESCANSO: DISPONIBILIDAD Y GUARDIAS LOCALIZA- DAS. <i>Susana Rodríguez Escanciano</i> . Catedrática de la Universidad de León	677
VALIDEZ DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR TERMINACIÓN DEL ARRENDAMIENTO DEL LOCAL DE LA EMPRESA. <i>Eduardo Rojo Torrecilla</i> . Catedrático de la Universi- dad Autónoma de Barcelona	685

EL «INTERÉS GENERAL DEL GRUPO GENÉRICO» COMO ELEMENTO DELIMITADOR DEL PROCESO DE CONFLICTOS COLECTIVOS. <i>Ana M.ª Romero Burillo</i> . Profesora Titular de la Universidad de Lleida	691
COMPETENCIA JUDICIAL PARA CONOCER DE CONFLICTOS COLECTIVOS: LA COMPETENCIA OBJETIVA. <i>José Luis Salido Banús</i> . Profesor Titular de Universidad (H). Abogado	697
UNA VISIÓN REALISTA Y HUMANA SOBRE EL DOMICILIO A EFECTOS DE LA DETERMINACIÓN DE LA CONTINGENCIA EN EL ACCIDENTE DE TRABAJO <i>IN ITINERE</i> . <i>Fernando Salinas Molina</i> . Magistrado jubilado del Tribunal Supremo	703
LAS ZONAS FRONTERIZAS DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL: ALLÍ DONDE NO EXISTE UN PREVIO CAMINO TRANSITABLE. <i>Juan Manuel San Cristóbal Villanueva</i> . Magistrado Director del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo	721
LAS COSTAS PROCESALES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE SALUD. <i>Carmen Sánchez Trigueros</i> . Catedrática y Directora de la Unidad para la Igualdad de la Universidad de Murcia	729
LA TEORÍA DEL VÍNCULO COMO ELEMENTO DETERMINANTE DE LA EXCLUSIÓN DE LABORALIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES. <i>Yolanda Sánchez-Urán Azaña</i> . Catedrática de la Universidad Complutense	735
DELIMITACIÓN ESTRUCTURAL ENTRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN LA DOBLE ESCALA SALARIAL. <i>Concepción Sanz Sáez</i> . Profesora de la Universidad de Castilla-La Mancha	741
INTERINIDAD E IRREGULARIDADES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. <i>María Luisa Segoviano Astaburuaga</i> . Presidenta de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo	747
EL DESPIDO COLECTIVO DE HECHO. <i>Elisa Sierra Hernaiz</i> . Profesora Titular de la Universidad Pública de Navarra	755
ANTIGÜEDAD Y RELACIÓN LABORAL EN LOS FIJOS-DISCONTINUOS. <i>Montse Solé Truyols</i> . Profesora Visitante de la Universitat Rovira i Virgili de Tarragona	761
APLAZAMIENTO DE CUOTAS TRAS INICIARSE INCAPACIDAD TEMPORAL EN RETA. <i>José Luis Tortuero Plaza</i> . Catedrático de la Universidad Complutense	765
LAS FUNCIONES DE LA TARJETA PROFESIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN. <i>Ángel Luis de Val Tena</i> . Catedrático de la Universidad de Zaragoza	771

	Páginas
SEGUNDA PARTE. ESTUDIOS DOCTRINALES	779
LAS CRISIS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y SUS PRO- PUESTAS DE REFORMA. <i>Cristina Aragón Gómez</i> . Profesora de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)	781
ACERCA DE LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL Y DEL «ESQUIROLA- JE COMERCIAL» EN LA HUELGA. <i>Ana Rosa Argüelles Blanco</i> . Catedrática de la Universidad de Oviedo	787
LA OBRA JURÍDICA DE AURELIO DESDENTADO BONETE. «AURE- LIO, RIGOR Y CURIOSIDAD INFINITAS». <i>Dolores Carrascosa Bermejo</i> . Profesora Asociada en ICADE y UCM. Editora en Lefeb- vre. Experta Red Moves de la Comisión Europea	795
LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR LOS ACCIDENTES DE TRABAJO. <i>María Emilia Casas Baamonde</i> . Catedrática de la Universidad Complutense. Presidenta emérita del Tribunal Constitu- cional	801
LA SEGURIDAD SOCIAL EN PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL: ACIERTOS Y PROBLEMAS POR RESOLVER. <i>María José Cer- villa Garzón</i> . Profesora Titular de la Universidad de Cádiz	809
LA VISIÓN DESDENTADIANA DE LA PROBLEMÁTICA JURÍDICO- LABORAL DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS. <i>Oriol Cremades Chueca</i> . Investigador y profesor de la Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)	815
SOBRE EL DESPIDO POR CAUSAS ECONÓMICAS. <i>Carlos de Fuen- tes García-Romero de Tejada</i> . Profesor (ac) Contratado Doctor de la Universidad Complutense de Madrid	821
PROSTITUCIÓN Y TRABAJO: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA EVOLU- CIÓN JURISPRUDENCIAL Y PROPUESTAS EN CLAVE DE PROTECCIÓN SOCIAL. <i>Rosa M.ª González de Patto</i> . Profesora Titular de la Universidad de Granada	827
LA CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA EXTRAJUDICIAL DE SOLU- CIÓN DE CONFLICTOS LABORALES: UN PROCESO INACA- BADO. <i>M.ª Isabel Granados Romera</i> . Profesora Contratada Docto- ra de la Universidad de Granada	833
ACCIDENTE DE TRABAJO: REFORMAS INACABADAS Y RETOS PENDIENTES. <i>María Teresa Igartua Miró</i> . Profesora Titular de la Universidad de Sevilla	839
DEFENSA DE LA CONTRACTUALIZACIÓN DEL CONVENIO COLEC- TIVO. <i>Jesús Lahera Forteza</i> . Catedrático de Derecho de la Univer- sidad Complutense	847
PROCESO LABORAL Y DESPIDOS COLECTIVOS. <i>María José Lopera Castillejo</i> . Profesora Titular de la Universidad de Zaragoza	853

LA INFLUENCIA DE LARGO CABALLERO EN LA FORMACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO ESPAÑOL DESDE LA PERSPECTIVA DE AURELIO DESDENTADO BONETE. <i>José Eduardo López Ahumada</i> . Profesor Titular de la Universidad de Alcalá	859
EL CARÁCTER <i>EX TUNC</i> O <i>EX NUNC</i> DE LA LABORALIDAD DE LOS SERVICIOS DE ABOGADO Y SUS CONSECUENCIAS. <i>Lourdes López Cumbre</i> . Catedrática de la Universidad de Cantabria	865
LEGITIMACIÓN Y GRAVAMEN PARA RECURRIR. <i>Juan Martínez Moya</i> . Magistrado especialista de la Sala de lo Social del TSJ Región de Murcia. Vocal del Consejo General del Poder Judicial	873
UNA PROPUESTA PARA UN SUBSIDIO POR INCAPACIDAD TEMPORAL CON MENOR COSTE ECONÓMICO: EL RESPONSABLE DE SU ABONO DEBE OSTENTAR LAS FACULTADES DE CONTROL DE MODO PLENO. <i>Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca</i> . Profesor Contratado Doctor de la Universidad de Sevilla	881
AURELIO DESDENTADO ANTE EL ESTADO DEMOCRÁTICO DEL BIENESTAR. <i>Jesús R. Mercader Uguina</i> . Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid	887
LA CONTRADICCIÓN DE SENTENCIAS COMO FILTRO DE UN RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA SELECTIVO. <i>María Luisa Molero Marañón</i> . Catedrática de la Universidad Rey Juan Carlos	895
LA NOSTALGIA DEL «SISTEMA» EN EL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. <i>José Luis Monereo Pérez</i> . Catedrático de la Universidad de Granada. Presidente de la AESSS	901
LÍNEAS DE TENDENCIA DEL DERECHO DEL TRABAJO Y PERSPECTIVAS DE FUTURO: REFLEXIONES DESDE EL PODER JUDICIAL. <i>David Montoya Medina</i> . Profesor Titular de la Universidad de Alicante	909
DESDENTADO, MESALINA Y LAS «OTRAS» VISITADORAS. <i>Magdalena Nogueira Guastavino</i> . Catedrática de la Universidad Autónoma de Madrid	915
HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UN RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL DE LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL. <i>Sofía Olarte Encabo</i> . Catedrática de la Universidad de Granada	921
ACCIDENTE LABORAL DEL EXTRANJERO EN SITUACIÓN IRREGULAR. <i>Francisco Ramos Moraes</i> . Profesor Contratado Doctor de la Universitat de València	929
LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL. <i>Iván Antonio Rodríguez Cardo</i> . Profesor Titular de la Universidad de Oviedo. Experto Nacional en la European Labour Law Network	935

	Páginas
UNO DE LOS ASPECTOS MÁS COMPLEJOS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL: LA NOCIÓN DE HECHO CAUSANTE. <i>Guillermo Rodríguez Iniesta</i> . Profesor Titular de la Universidad de Murcia	939
CRÍTICA AL ASEGURAMIENTO DEL RECARGO DE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL. <i>Emma Rodríguez Rodríguez</i> . Profesora Titular (acreditada) de la Universidad de Vigo	945
SOBRE EL LLAMADO DESPIDO COLECTIVO DE HECHO. <i>Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer</i> . Catedrático de Universidad. Presidente emérito del Tribunal Constitucional	951
LA NOCIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL POR UN HOMBRE SABIO. <i>María José Romero Ródenas</i> . Catedrática de la Universidad de Castilla-La Mancha	957
EL CONTRATO DE TRABAJO DEPORTIVO A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA. <i>Remedios Roqueta Buj</i> . Catedrática de la Universidad de València	963
LA DOCTRINA DE AURELIO DESDENTADO SOBRE LOS INDEFINIDOS NO FIJOS. <i>María de Sande Pérez-Bedmar</i> . Profesora de la Universidad Autónoma de Madrid	967
CONTROL EMPRESARIAL DE LA PRESTACIÓN DEL TRABAJADOR POR MEDIO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS. <i>Jesús Souto Prieto</i> . Magistrado jubilado del Tribunal Supremo	975
SUCESIÓN DE EMPRESA EN LA SUCESIÓN DE CONTRATAS. <i>Margarita Tarabini-Castellani Aznar</i> . Profesora Titular de Universidad. Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo	983
PROCESO LABORAL Y DESPIDOS COLECTIVOS. <i>Juan Alberto Tormos Pérez</i> . Profesor de la Universidad de València	989
LAS NORMAS FICTICIAS Y SU CLASIFICACIÓN. <i>Carmen Viqueira Pérez</i> . Catedrática de la Universidad de Alicante	995
LA TUTELA DEL DERECHO DE HUELGA FUERA DEL CONTRATO DE TRABAJO. <i>Juan Bautista Vivero Serrano</i> . Profesor Titular (acreditado para catedrático) de la Universidad de Salamanca (s.e.). Asesor del Defensor del Pueblo	1001
TERCERA PARTE. TESTIMONIOS PERSONALES	1007
¡CUÁNTO ECHARÉ DE MENOS LAS DISCUSIONES CON AURELIO! <i>Joaquín Aparicio Tovar</i> . Catedrático de la Universidad de Castilla-La Mancha	1009
PASEANDO POR PAMPLONA CON UN HOMBRE BUENO. <i>Guillermo L. Barrios Baudor</i> . Catedrático de la Universidad Rey Juan Carlos ..	1013
IN MEMORIAN: AURELIO DESDENTADO BONETE. <i>Juan Carlos Benito-Butrón Ochoa</i> . Magistrado especialista social en el TSJ del País Vasco. Profesor Asociado en la EHU/UPV	1017

HOMENAJE A AURELIO DESDENTADO BONETE. <i>Milagros Calvo Ibarlucea</i> . Magistrada jubilada del Tribunal Supremo	1021
MI RECUERDO DE AURELIO DESDENTADO. <i>Ricardo J. Escudero Rodríguez</i> . Catedrático (jubilado) de la Universidad de Alcalá de Henares	1025
AURELIO DESDENTADO BONETE, PERSONA Y PERSONAJE DE EXCEPCIÓN. <i>Joaquín García Murcia</i> . Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid	1029
BUSCANDO CON AURELIO DESDENTADO LA CASA DE LARGO CABALLERO. <i>Bernardo García Rodríguez</i> . Abogado Laboralista UGT. Profesor Asociado de la Universidad Rey Juan Carlos	1033
TESTIMONIO PROFESIONAL SOBRE AURELIO DESDENTADO BONETE. <i>Ignacio García-Perrote Escartín</i> . Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de la UNED (s.e.)	1037
RECUERDO DE VIVENCIAS COMPARTIDAS. <i>José Luis Gilolmo López</i> . Magistrado jubilado del Tribunal Supremo	1041
AURELIO DESDENTADO BONETE: SE NOS HA IDO UN GRANDE DEL DERECHO Y DE LA VIDA. <i>Martín Godino Reyes</i> . Abogado	1045
AURELIO DESDENTADO BONETE: LA BALANZA Y LA LIRA. <i>Ignacio González del Rey Rodríguez</i> . Catedrático de la Universidad de Oviedo	1047
SEMBLANZA DE AURELIO DESDENTADO. <i>Enrique Juanes Fraga</i> . Magistrado del TSJ de Madrid	1051
DE AURELIO DESDENTADO BONETE. <i>Miguel Ángel Luelmo Millán</i> . Ex Magistrado del Tribunal Supremo	1053
EN MEMORIA DE AURELIO DESDENTADO BONETE. <i>Paz Menéndez Sebastián</i> . Ex Letrada del Tribunal Supremo. Profesora Titular de la Universidad de Oviedo	1057
EL MAESTRO AURELIO. <i>Lydia Mora Martínez</i> . Abogada Laboralista ...	1061
TESTIMONIO PERSONAL. <i>Azucena Olivares Lazcano</i> . Secretaria de D. Aurelio Desdentado Bonete	1063
AURELIO DESDENTADO, UN JURISTA DEL TRABAJO DE EXTRAORDINARIA RELEVANCIA, <i>IN MEMORIAM</i> . <i>Manuel Carlos Palomeque López</i> . Catedrático de la Universidad de Salamanca	1065
HOMENAJE A AURELIO. <i>Rosa Quesada Segura</i> . Catedrática (jubilada) de la Universidad de Málaga	1069
GRACIAS D. AURELIO. <i>Rosario Romero Bolívar</i> . Abogada Laboralista	1073
AURELIO DESDENTADO BONETE: UN HOMBRE EJEMPLAR. <i>Juan Antonio Sagardoy Bengoechea</i> . Catedrático de Universidad. Académico de Número de la Real de Jurisprudencia y Legislación	1075

	Páginas
EPÍLOGO	1077
EL ESTUDIO DE UNA OBRA JURÍDICA MONUMENTAL. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i> . Catedrático de Universidad. Magistrado del Tribunal Supremo	1079

AUTORES

SEMBLANZA. LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL. Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid. Director del Bufete de la Villa.

TESTIMONIO PROFESIONAL. JESÚS GULLÓN RODRÍGUEZ. Magistrado Jubilado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

AURELIO COMO COMPAÑERO DE TRABAJO. GONZALO MOLINER TAMBO-RERO. Ex Presidente de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo y del CGP.

LOS PROBLEMAS DEL ABUSO DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO. ELENA (Profesora Titular de la UNED) y EVA (Catedrática de la Universidad Autónoma de Madrid) DESDENTADO DAROCA.

PRIMERA PARTE: COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

MARÍA DEL PUY ABRIL LARRAÍNZAR. Abogada. Doctora en Derecho.
RAQUEL AGUILERA IZQUIERDO. Profesora Titular de la Universidad Complutense de Madrid.

CARMEN AGUT GARCÍA. Catedrática de la Universidad Jaume I. Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo).

HENAR ÁLVAREZ CUESTA. Profesora Titular de la Universidad de León.

ICÍAR ALZAGA RUIZ. Catedrática de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

MARÍA ARETA MARTÍNEZ. Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos.

ALBERTO ARUFE VARELA. Catedrático de la Universidad de A Coruña.

ALFREDO ASPRA RODRÍGUEZ. Abogado laboralista.

MARÍA JOSÉ ASQUERINO LAMPARERO. Profesora Ayudante Doctora de la Universidad de Sevilla.

INMACULADA BALLESTER PASTOR. Catedrática de la Universidad Jaume I de Castellón.

JESÚS BARCELÓ FERNÁNDEZ. Técnico Superior de la Dirección General de la Inspección de Trabajo de Cataluña. Profesor de la Universidad de Barcelona.

MARIO BARROS GARCÍA. Abogado. Uría Menéndez.

MIGUEL BASTERRA HERNÁNDEZ. Profesor Contratado Doctor de la Universidad de Alicante.

IGNASI BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ. Profesor Agregado y TU Acreditado. Universitat Oberta de Catalunya (UOC).

CAROLINA BLASCO JOVER. Profesora Titular de la Universidad de Alicante.

RICARDO BODAS MARTÍN. Magistrado del Tribunal Supremo.

MARÍA DESAMPARADOS BOHIGUES ESPARZA. Personal Investigador. Universidad de Valencia.

JOSÉ ANTONIO BUENDÍA JIMÉNEZ. Magistrado del Juzgado de lo Social núm. Tres de Elche.

MARÍA DEL CARMEN BURGOS GOYE. Profesora Contratada Doctora de la Universidad de Granada.

JAIME CABEZA PEREIRO. Catedrático de la Universidad de Vigo.

FRANCISCO JAVIER CALVO GALLEGO. Catedrático de la Universidad de Sevilla.

ALBERTO CÁMARA BOTÍA. Catedrático de la Universidad de Murcia.

YOLANDA CANO GALÁN. Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo. Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos.

FRANCISCO CARMONA POZAS. Magistrado emérito (j) de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Sevilla).

MARÍA ANTONIA CASTRO ARGÜELLES. Catedrática de la Universidad de Oviedo.

LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNÁNDEZ. Magistrado (jubilado) de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

EMILIO DE CASTRO MARÍN. Doctor en Derecho, Abogado ejerciente (ICAM). Profesor Asociado.

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ. Catedrático de la Universidad de Murcia.

ÁNGELES CEINOS SUÁREZ. Profesora Titular de la Universidad de Oviedo.

PILAR CHARRO BAENA. Catedrática de la Universidad Rey Juan Carlos.

ROSARIO CRISTÓBAL RONCERO. Profesora Titular de la Universidad Complutense de Madrid.

JESÚS CRUZ VILLALÓN. Catedrático de la Universidad de Sevilla.

RUBÉN DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN. Socio de Cuatrecasas. Profesor colaborador en ESADE.

AZUCENA ESCUDERO PRIETO. Profesora Titular de la Universidad de Valladolid.

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ. Catedrático de la Universidad de León.

MANUEL FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA. Doctor en Derecho. Magistrado de la Audiencia Nacional.

ALICIA FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ. Contratada Doctora de la Universidad de Alicante.

LUIS ANTONIO FERNÁNDEZ VILLAZÓN. Profesor Titular de la Universidad de Oviedo.

JOSÉ FLORES ALCÁZAR. Doctorando. Universidad de Murcia.

RAQUEL FLÓREZ ESCOBAR. Socia de Freshfields Bruckhaus Deringer.

ANTONIO FOLGOSO OLMO. Abogado y Doctor en Derecho.

IGNACIO DEL FRAILE LÓPEZ. Socio del Área Laboral de Gómez Acebo & Pombo.

RICARDO GABALDÓN GABALDÓN. Presidente del Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España.

FERMÍN GALLEGO MOYA. Abogado. Profesor de la Universidad de Murcia.

M. BEGOÑA GARCÍA GIL. Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos.

JOSÉ IGNACIO GARCIA NINET. Catedrático Emérito de la Universitat de Barcelona.

JESÚS GARCÍA ORTEGA. Catedrático de la Universidad de València.

BELÉN GARCÍA ROMERO. Catedrática de la Universidad de Murcia.

JORDI GARCÍA VIÑA. Catedrático de la Universidad de Barcelona.

ROMÁN GIL ALBURQUERQUE. Abogado. Socio de Sagardoy Abogados. Doctor en Derecho.

RAFAEL GIMÉNEZ-ARNAU. Socio de J&A Garrigues. Miembro del Comité Ejecutivo de Forelab.

JOSÉ MARIA GOERLICH PESET. Catedrático de la Universitat de València (Estudi General).

JUAN GÓMEZ ARBÓS. Inspector de Trabajo y Seguridad Social. Profesor Asociado de la UAM.

ADRIANO GÓMEZ GARCÍA-BERNAL. Abogado. Socio de J&A Garrigues.

IGNACIO GONZÁLEZ-FERNÁNDEZ. Abogado Asociado Senior de Abdón Pedrajas Littler.

CARLOS GONZÁLEZ ULI. Abogado laboralista en DLA Piper.

JOSÉ LUIS GOÑI Sein. Catedrático de la Universidad Pública de Navarra.

CARMEN GRAU PINEDA. Profesora Titular de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

ESTHER GUERRERO VIZUETE. Profesora Lectora Serra Húnter.

FRANCISCO JAVIER HIERRO Hierro. Catedrático de la Universidad de Extremadura.

FRANCISCO JIMÉNEZ ROJAS. Doctor en Ciencias del Trabajo. Profesor Asociado de la Universidad de Murcia.

FRANCISCO JIMÉNEZ ROJAS. Doctor en Ciencias del Trabajo. Profesor Asociado de la Universidad de Murcia.

CARMEN JOVER RAMÍREZ. Doctora en Derecho. Profesora de la Universidad de Cádiz.

PILAR LÓPEZ ASECIO. Socia de Vaciero Abogados.

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA. Profesora Titular de la Universidad de Granada.

IVÁN LÓPEZ GARCÍA DE LA RIVA. Socio Director Área Laboral. Abdón Pedrajas Littler. Profesor Asociado de la Universidad Complutense.

MARISA LÓPEZ VILLALBA. Abogada. Socia del Departamento Laboral de J&A Garrigues.

JESÚS MANUEL LUIS CARRASCO. Abogado de Gómez-Acebo&Pombo.

JOSÉ MARÍN MARÍN. Abogado laboralista.

RODRIGO MARTÍN JIMÉNEZ. Profesor Titular de la Universidad Rey Juan Carlos.

MARÍA DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO. Catedrática de la Universidad de León.

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO. Catedrática de la Universidad de Oviedo.

EVA M. MAS GARCÍA. Abogada. Profesora de la Universidad Internacional de La Rioja.

DIEGO MEGINO FERNÁNDEZ. Profesor de la Universidad de Burgos.

JUAN MOLINS GARCÍA-ATANCE. Magistrado del Tribunal Supremo.

JOSEP MORENO GENÉ. Profesor Titular de la Universidad de Lleida.

ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ. Profesora Titular Visitante de la Universidad Carlos III de Madrid.

ALBERTO NOVOA MENDOZA. Abogado Laboralista y Profesor de Derecho del Trabajo.

FERMÍN OJEDA MEDINA. Presidente del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Gran Canaria y Fuerteventura.

NOELIA ORTIZ VIGO. Doctoranda. Observatorio Jurídico Laboral de la Violencia de Género de la Universidad de Málaga.

FULGENCIO PAGÁN MARTÍN-PORTUGUÉS. Abogado y Graduado Social. Profesor Asociado de la Universidad de Murcia.

PILAR PALOMINO SAURINA. Profesora Contratada Doctora. Universidad de Extremadura.

EMILIO PALOMO BALDA. Magistrado de lo Social.

SALVADOR PERÁN QUESADA. Profesor Contratado Doctor de la Universidad de Málaga.

MARÍA CISTINA POLO SÁNCHEZ. Profesora Titular de la Universidad de Salamanca.

PATRICIA PRIETO PADÍN. Contratada Postdoctoral de la Universidad de Deusto.

ANA DE LA PUEBLA PINILLA. Catedrática de la Universidad Autónoma de Madrid.

RAQUEL YOLANDA QUINTANILLA NAVARRO. Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos.

MARÍA GEMA QUINTERO LIMA. Profesora Titular de la Universidad Carlos III de Madrid.

MARÍA JOSÉ RAMO HERRANDO. Doctora en Derecho. Abogada.

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO. Catedrática de la Universidad de León.

EDUARDO ROJO TORRECILLA. Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona.

ANA M.^a ROMERO BURILLO. Profesora Titular de la Universidad de Lleida.

JOSÉ LUIS SALIDO BANÚS. Profesor Titular de Universidad (H). Abogado.

FERNANDO SALINAS MOLINA. Magistrado jubilado del Tribunal Supremo.

JUAN MANUEL SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA. Magistrado Director del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo.

CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS. Catedrática y Directora de la Unidad para la Igualdad de la Universidad de Murcia.

YOLANDA SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA. Catedrática de la Universidad Complutense.

CONCEPCIÓN SANZ SÁEZ. Profesora de la Universidad de Castilla-La Mancha.

MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA. Presidenta de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

ELISA SIERRA HERNAIZ. Profesora Titular de la Universidad Pública de Navarra.

MONTSE SOLÉ TRUYOLS. Profesora Visitante de la Universitat Rovira i Virgili de Tarragona.

JOSÉ LUIS TORTUERO PLAZA. Catedrático de la Universidad Complutense.

ÁNGEL LUIS DE VAL TENA. Catedrático de la Universidad de Zaragoza.

SEGUNDA PARTE: ESTUDIOS DOCTRINALES

- CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ. Profesora de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).
- ANA ROSA ARGÜELLES BLANCO. Catedrática de la Universidad de Oviedo.
- DOLORES CARRASCOSA BERMEJO. Profesora Asociada en ICADE y UCM. Editora en *Lefebvre*. Experta red moves de la Comisión Europea.
- MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE. Catedrática de la Universidad Complutense. Presidenta emérita del Tribunal Constitucional.
- MARÍA JOSÉ CERVILLA GARZÓN. Profesora Titular de la Universidad de Cádiz.
- ORIOLE CREMADES CHUECA. Investigador y profesor de la Universidad Internacional de La Rioja (UNIR).
- CARLOS DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA. Profesor (ac) Contratado Doctor de la Universidad Complutense de Madrid.
- ROSA M.^a GONZÁLEZ DE PATTO. Profesora Titular de la Universidad de Granada.
- M.^a ISABEL GRANADOS ROMERA. Profesora Contratada Doctora de la Universidad de Granada.
- MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ. Profesora Titular de la Universidad de Sevilla.
- JESÚS LAHERA FORTEZA. Catedrático de Derecho de la Universidad Complutense.
- MARÍA JOSÉ LOPERA CASTILLEJO. Profesora Titular de la Universidad de Zaragoza.
- JOSÉ EDUARDO LÓPEZ AHUMADA. Profesor Titular de la Universidad de Alcalá.
- LOURDES LÓPEZ CUMBRE. Catedrática de la Universidad de Cantabria.
- JUAN MARTÍNEZ MOYA. Magistrado especialista de la Sala de lo Social del TSJ Región de Murcia. Vocal del Consejo General del Poder Judicial.
- MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA. Profesor Contratado Doctor de la Universidad de Sevilla.
- JESÚS R. MERCADER UGUINA. Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid.
- MARÍA LUISA MOLERO MARAÑÓN. Catedrática de la Universidad Rey Juan Carlos.
- JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ. Catedrático de la Universidad de Granada. Presidente de la AESSS.
- DAVID MONTOYA MEDINA. Profesor Titular de la Universidad de Alicante.
- MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO. Catedrática de la Universidad Autónoma de Madrid.
- SOFÍA OLARTE ENCABO. Catedrática de la Universidad de Granada.
- FRANCISCO RAMOS MORAGUES. Profesor Contratado Doctor de la Universitat de València.
- IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO. Profesor Titular de la Universidad de Oviedo. Experto Nacional en la European Labour Law Network.
- GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA. Profesor Titular de la Universidad de Murcia.
- EMMA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Profesora Titular (acreditada) de la Universidad de Vigo.
- MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. Catedrático de Universidad. Presidente emérito del Tribunal Constitucional.

MARÍA JOSÉ ROMERO RÓDENAS. Catedrática de la Universidad de Castilla-La Mancha.

REMEDIOS ROQUETA BUJ. Catedrática de la Universitat de València.

MARÍA DE SANDE PÉREZ-BEDMAR. Profesora de la Universidad Autónoma de Madrid.

JESÚS SOUTO PRIETO. Magistrado jubilado del Tribunal Supremo.

MARGARITA TARABINI-CASTELLANI AZNAR. Profesora Titular de Universidad. Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo.

JUAN ALBERTO TORMOS PÉREZ. Profesor de la Universitat de València.

CARMEN VIQUEIRA PÉREZ. Catedrática de la Universidad de Alicante.

JUAN BAUTISTA VIVERO Serrano. Profesor Titular (acreditado para catedrático) de la Universidad de Salamanca (s.e.). Asesor del Defensor del Pueblo.

TERCERA PARTE: TESTIMONIOS PERSONALES.

JOAQUÍN APARICIO TOVAR. Catedrático de la Universidad de Castilla-La Mancha.

GUILLERMO L. BARRIOS BAUDOR. Catedrático de la Universidad Rey Juan Carlos.

JUAN CARLOS BENITO-BUTRÓN OCHOA. Magistrado especialista social en el TSJ del País Vasco. Profesor Asociado en la EHU/UPV.

MILAGROS CALVO IBARLUCEA. Magistrada jubilada del Tribunal Supremo.

RICARDO J. ESCUDERO RODRÍGUEZ. Catedrático (jubilado) de la Universidad de Alcalá de Henares.

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA. Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid.

BERNARDO GARCÍA RODRÍGUEZ. Abogado Laboralista UGT. Profesor Asociado de la Universidad Rey Juan Carlos.

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN. Magistrado de del Tribunal Supremo. Catedrático de la UNED (s.e.).

JOSÉ LUIS GILOLMO LÓPEZ. Magistrado jubilado del Tribunal Supremo.

MARTÍN GODINO REYES. Abogado.

IGNACIO GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ. Catedrático de la Universidad de Oviedo.

ENRIQUE JUANES FRAGA. Magistrado del TSJ de Madrid.

MIGUEL-ÁNGEL LUELMO MILLÁN. Magistrado jubilado del Tribunal Supremo.

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN. Ex Letrada del Tribunal Supremo. Profesora Titular de la Universidad de Oviedo.

LYDIA MORA MARTÍNEZ. Abogada Laboralista.

AZUCENA OLIVAREZ LAZCANO. Secretaria de D. Aurelio Desdentado Bonete.

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ. Catedrático de la Universidad de Salamanca.

ROSA QUESADA SEGURA. Catedrática (jubilada) de la Universidad de Málaga.

ROSARIO ROMERO BOLÍVAR. Abogada Laboralista.

JUAN ANTONIO SAGARDOY BENGOCHEA. Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Académico de Número de la Real de Jurisprudencia y Legislación.

INTRODUCCIÓN



Aurelio Desdentado Bonete

CURRICULUM VITAE DE AURELIO DESDENTADO BONETE

I. DATOS PERSONALES

Nacimiento en Elche (Alicante), el día 29 de marzo de 1944.
Estado civil: Casado.

II. TITULOS ACADÉMICOS

Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid.
Curso de Doctorado en la Universidad Autónoma de Madrid, con la calificación general de sobresaliente.

III. ACTIVIDAD PROFESIONAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Funcionario del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado.
Técnico de Administración de la Seguridad Social.

Puestos de trabajo desempeñados:

— Jefe del Negociado de Normas de la Dirección General de la Seguridad Social (1968-1970).

— Jefe del Gabinete Técnico de la Subsecretaría del Ministerio de Educación y Ciencia y Director de la Revista de Educación (1970-1972).

— Jefe de Sección de Asuntos Generales, Asesor de la Dirección General de la Seguridad Social y del Servicio Social de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos (1972-1977).

■ LA OBRA JURÍDICA DE AURELIO DESDENTADO BONETE

— Asesor Técnico de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo (1977-1979).

— Jefe de la Sección de Informes de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Industria y Energía (1979-1983).

— Jefe del Servicio de Legislación de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Industria y Energía (1983-1984).

— Inspector de Servicios del Ministerio de Industria y Energía, adscrito a la Secretaría General Técnica (1984-febrero 1986).

IV. ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

Magistrado del Tribunal Supremo, Sala IV de lo Social (febrero 1986–marzo 2014).

Ha presidido «en funciones» en varias ocasiones la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y ha sido miembro de algunas Salas de Conflictos de Competencia de este Tribunal y del Sala del artículo 61 de la LOPJ.

V. ACTIVIDADES DOCENTES

Profesor ayudante, honorario y encargado de curso de Derecho del Trabajo en la Universidad Autónoma de Madrid (Facultades de Derecho y Ciencias Económicas) hasta 1982.

Profesor asociado de la Universidad Carlos III de Madrid (Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social) de 1994 a 1998.

Profesor honorífico de la Universidad Carlos III de Madrid (marzo 2014).

Numerosos cursos y conferencias en diversas entidad públicas y privadas, entre ellas en la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid, el Consejo General del Poder Judicial y el Foro Social de Aranzadi.

VI. EJERCICIO DE LA ABOGACÍA

Ejercicio profesional en materia laboral desde el año 1977 al año 1984, como abogado del Ilustre Colegio de Madrid.

VII. CONDECORACIONES

Gran Cruz de la Orden de San Raimundo de Peñafort.
Encomienda con placa de la Orden de Alfonso X El Sabio.
Encomienda de la Orden del Mérito Civil.

VIII. OTRAS DISTINCIONES

Premio al mejor laboralista 2010 de la Asociación Nacional de Abogados Laboralistas.

IX. ESTUDIOS Y OTROS TRABAJOS EN MATERIA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL

a) Obras generales y monografías:

1. Introducción al estudio de la Ley General de la Seguridad Social. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo. Madrid 1974 (en colaboración con Alberto de Pereda).

2. «Casos prácticos de Derecho del Trabajo y Seguridad Social», Madrid, Instituto de Estudios Sindicales. 1977 (en colaboración con Luis Enrique de la Villa).

3. «La amnistía laboral. Una crítica política y jurídica». Ediciones de la Torre. Madrid 1978 (en colaboración con Luis Enrique de la Villa).

4. «Manual de Seguridad Social». Primera Edición. Pamplona 1977. Segunda Edición. Pamplona 1977. Editorial Aranzadi, (en colaboración con Luis Enrique de la Villa).

5. «Informe sobre la reforma del sistema español de Seguridad Social», Fundación IESA. Madrid 1983. (Codirector).

6. «Política social y crisis económica. Una aproximación a la experiencia española», en colaboración con I. Cruz Roche y G. Rodríguez Cabrero. Madrid 1985.

7. «Ejercicios prácticos sobre Seguridad Social». Madrid, Cura, 1986.

8. «La reforma de las pensiones de la Seguridad Social: un comentario sistemático a la Ley 26/1985, de 31 de julio», Madrid: Civitas, 1986 (dirección y coautoría).

9. «Reforma y crisis del proceso social: (1994-1996): los problemas de aplicación de las últimas reformas procesales: jurisdicción, procesos especia-

les y sistemas extrajudiciales de composición», Editorial Aranzadi, 1996 (en colaboración con Pablo Cachón Villar).

10. «El desempleo como situación protegida», Civitas, Madrid, 1996 (en colaboración con Jesús Mercader Uguina).

11. «La Seguridad Social en la unificación de doctrina: una síntesis de jurisprudencia (1991-1996)», Tirant lo Blanch, 1997 (en colaboración con Magdalena Nogueira Guastavino).

12. El despido objetivo económico tras la reforma laboral de 1997» (en «La reforma laboral de 1997», Francis Lefebvre, 1997).

13. «La negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Supremo» (Trotta, 1998) (en colaboración con Berta Valdés de la Vega).

14. «Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores: calificación y concurrencia de relaciones profesionales, responsabilidad laboral y encuadramiento en la Seguridad Social», Lex Nova, 2000 (en colaboración con Elena Desdentado Daroca).

15. «Stock Options, Tres Perspectivas: Mercantil, Laboral y Fiscal», Editorial Aranzadi, 2002 (coautor).

16. «Despido y jurisprudencia: la extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina», Lex Nova, 2002 (en colaboración con Ana de la Puebla Pinilla).

17. «La Seguridad Social de los trabajadores autónomos» (Lex Nova, 2004) (en colaboración con José Ignacio Alonso).

18. «Los trabajadores ante el concurso», Bomarzo, 2006 (en colaboración con Nuria A. Orellana Cano).

19. «Los problemas generales de la acción protectora de la Seguridad Social en la unificación de doctrina», Aranzadi, 2009 (en colaboración con Carmen Murillo García). Sofía Olarte Encabo.

20. Desdentado Bonete, Aurelio y Muñoz Ruiz, Ana Belén, *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Valladolid, Lex Nova, 2012. Jesús Souto Prieto.

21. «Grupos de empresa y despidos económicos» (en colaboración con Elena Desdentado Daroca), Lex Nova, Valladolid, 2014. Oriol Cremades Chueca.

22. «El contrato de trabajo deportivo a través de la jurisprudencia», Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2015. Remedios Roqueta Buj.

b) Dirección de obras colectivas:

23. «Las competencias del orden social tras la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa» (CGPJ, Madrid, 1999).

24. «Seguridad Social. Manual de Formación», publicado por el Consejo General del Poder Judicial» en 2003.

25. «Problemas actuales de enjuiciamiento en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social» (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009).

26. Memento de «Procedimiento Laboral» de Ediciones Francis Lefebvre (2012).

27. «Despido y crisis económica. Los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el Derecho y la Economía», Lex Nova, Valladolid, 2011.

c) Estudios en revistas y publicaciones especializadas.

28. «La política de salarios y los salarios de cotización y prestaciones a efectos de Seguridad Social». Revista de Trabajo. Madrid 1970, núm. 31, tercer trimestre (en colaboración con Alberto de Pereda Mateo).

29. «El problema del cómputo de la antigüedad del personal médico de la Seguridad Social y el interés de la Ley. Análisis de un conflicto jurisprudencial», en Cuadernos de Derecho del Trabajo, 1975-1976, números 1 y 2.

30. «Participación y burocracia en la gestión de la Seguridad Social española», en Cuadernos de Derecho del Trabajo. 1978, núm. 4.

31. «Medidas sobre asignación y régimen de personal en la descentralización territorial» en «Descentralización de los Servicios Sociales». Ed. Marsiega. Madrid 1979.

32. «Delimitación de competencias Estado Comunidades Autónomas en materia de relaciones laborales y Seguridad Social. De la experiencia republicana a la Constitución de 1978», en Cuadernos del Derecho del Trabajo. 1979.

33. «En torno a los problemas del convenio de eficacia limitada en el derecho español», en Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 4, 1980 (en colaboración con I. García Perrote).

34. «El asalto al Estado del Bienestar. Algunas reflexiones sobre la política reprivatizadora desde los Pactos de la Moncloa a la Ley Básica de Empleo», en «Argumentos». Año 4, núm. 40 dic. 1980, en 1981. Jesús Rafael Mercader Uguina.

35. «Crisis y Seguridad Social», en *Leviatán*, núm. 28. 2, época verano 1982 (en colaboración con Ignacio Cruz Roche).

36. «La pensión de jubilación en el régimen general de Seguridad Social» en *Revista de Seguridad Social*, núm. 16, oct.-dic. 1982.

37. «Las prestaciones de desempleo ante la crisis» en *Papeles de Economía Española* núm. 12 y 13 /1982, (en colaboración con Ignacio Cruz Roche).

38. «El peligro de injerencia de la autoridad administrativa en el control de legalidad de convenios colectivos», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 9. 1982 (en colaboración con L. E. de la Villa Gil) .
39. «Las medidas laborales en la reconversión industrial» en *Economía Industrial* núm. 232 julio-agosto 1983 (en colaboración con I. García Perrote).
40. «El régimen económico de la Seguridad Social y las Autonomías», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 38. 1983.
41. «La reforma del régimen de pensiones y su conexión con los niveles no contributivos de protección» en *Relaciones Laborales*» núm., 7, julio 1985.
42. «Las prestaciones de desempleo. 1974-1984» en *Información Comercial Española*, núms. 630-631.
43. «Crisis y protección del desempleo. La evolución del sistema español» en *Relaciones Laborales*, núm. 12, 1985.
44. «Una nota sobre los derechos sindicales de los funcionarios públicos en la Ley Orgánica de Libertad Sindical», en *Claridad*, núm. 8/1985.
45. «La adhesión de España a las Comunidades Europeas: Consideraciones generales sobre el marco institucional comunitario y la política industrial: una introducción a la bibliografía básica», *Economía industrial*, núm. 247, 1986.
46. «Igualdad en la aplicación de la Ley y límite máximo de la base reguladora de las pensiones en el extinguido régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores ferroviarios», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 48, 1991.
47. «Derecho a la tutela judicial efectiva y declaraciones de falta de jurisdicción», *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 52, 1992.
48. «Sobre la tramitación del recurso de queja, la subsanación de defectos procesales y el derecho a la tutela judicial», *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 58, 1993.
49. «Motivación y congruencia de las sentencias laborales en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 4, 1994 (en colaboración con J. R. Mercader Uguina).
50. «La nostalgia del sistema: reflexiones sobre del derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del «Código de la Protección Social», *Relaciones Laborales*, abril 1996. José Luis Monereo Pérez.
51. «La alegación de la vulneración del derecho fundamental en la vía judicial previa al amparo y la determinación de la cuantía litigiosa en los procesos de S. Social», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 75, 1996.
52. «Sobre las difíciles relaciones entre el recurso de casación para la unificación de doctrina y el recurso de amparo y sobre los problemas de preju-

dicialidad administrativa en el proceso social: Una reflexión crítica y una propuesta», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 78, 1996.

53. «Notas sobre concurrencia y sucesión de convenios colectivos en la doctrina jurisprudencial reciente», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 3, 1997.

54. «La protección de la incapacidad permanente en la Ley de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 4, 1997.

55. «La reforma de la pensión contributiva de jubilación en la Ley 24/1997», en *Tribunal Social*, núm. 95, 1998.

56. «La sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1997 y sus repercusiones en el proceso social. Un comentario», en *Mes a Mes Social*, núm. 29, 1998.

57. «La Seguridad Social de los trabajadores migrantes de la Unión Europea en la unificación de doctrina», «Noticias de la Unión Europea» núm. 157/1998.

58. «Cuestiones prejudiciales comunitarias planteadas por órganos judiciales españoles en materia de seguridad social», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 12, 1998.

59. «El encuadramiento en la seguridad social de los altos directivos laborales, los administradores sociales y las personas que prestan servicios para sociedades capitalistas. Un examen de la disposición adicional 43.º de la Ley 66/1997», en *Revista de Derecho Social* núm. 2, 1998.

60. «Notas para un debate sobre la crisis del proceso social», en *Revista de Derecho Social* núm. 4, 1998.

61. «La Seguridad Social en la unificación de doctrina en 1997. Problemas y soluciones», en *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1998.

62. «El despido objetivo económico entre dos reformas: 1994 y 1997», *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1998.

63. «La seguridad social de los trabajadores españoles migrantes en la unificación de doctrina», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 157, 1998.

64. «Contrato de trabajo a tiempo parcial y prestaciones de la Seguridad Social», *Tribuna Social*, enero 1998, (en colaboración con J. I. Tejerina Alonso).

65. «Nuevo régimen del contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos laborales y de seguridad social», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 3, 1999.

66. «¿Qué hacer con el derecho del trabajo? Las móviles fronteras de la relación laboral y las nuevas formas de empleo», en Poder Judicial, núm. 55, 1999.
67. «La nueva jurisdicción contencioso-administrativa y el orden social ¿una reforma frustrada?, en Revista de Derecho Social, núm. 7, 1999.
68. «La protección social en el nuevo contrato a tiempo parcial», Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica, núm. 2, 1999. Ivan Antonio Rodríguez Cardo.
69. «El objeto del proceso de conflicto colectivo en la jurisprudencia reciente. Una revisión crítica», en Actualidad Laboral núm. 46, 1999.
70. «Contrato a tiempo parcial y seguridad social en el Real Decreto Ley 15/1998», en Mes a Mes Social núm. 39, 1999.
71. «Socios, altos directivos y administradores sociales ante la seguridad social: otra vuelta de tuerca. (Un comentario a la Ley 50/1998)», Mes a Mes Social, núm. 40, 1999.
72. «Cuestiones de enjuiciamiento en la modificación de las condiciones de trabajo», Poder Judicial, núm. 57, 2000.
73. «Las transformaciones del accidente de trabajo entre la Ley y la Jurisprudencia (1900-2000): revisión crítica y propuesta de reforma», en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales», núm. 24, 2000 (en colaboración con M. Nogueira Guastavino).
74. «Los privilegios de los créditos de Seguridad Social», en Relaciones Laborales núm. 18/2000.
75. «Suspensión y extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; y por fuerza mayor», Revista Española de Derecho del Trabajo, Civitas, 2000.
76. «La contratación temporal en la unificación de doctrina», en Justicia Laboral, núm. 1, 2000, (en colaboración con A. de la Puebla Pinilla).
77. «El sistema normativo de la relación de servicios del personal estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social», Aranzadi Social, núm. 5, 2000 (en colaboración con E. Desdentado Daroca).
78. «Notas sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y la prueba en el proceso social», Revista Social de Instancia, núm. 1, 2000.
79. «La responsabilidad del empresario por los accidentes de trabajo y el recargo de prestaciones por infracción de normas de seguridad. Algunas reflexiones sobre las últimas aportaciones de la Jurisprudencia», Tribuna Social, mayo 2001 (en colaboración con A. de la Puebla Pinilla).
80. «Apuntes sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y el proceso declarativo ordinario en el orden social», Tribunal Social, núm. 130, 2001.

81. «Notas sobre las disposiciones generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil y Proceso Social: jurisdicción, partes, objetivo del proceso y actos procesales», Tribunal Social, núm. 130, 2001.

82. «El campo de aplicación del régimen especial de la seguridad social de los trabajadores autónomos y las nuevas incorporaciones: el trabajo en el marco de sociedades mercantiles y la actividad de los profesionales colegiados», Revista del Poder Judicial, núm. 64, 2001 (en colaboración con J. I. Tejerina Alonso).

83. «Los recursos en el proceso social y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 28, 2001.

84. «De nuevo sobre la contradicción de sentencias en el recurso de casación para la unificación de doctrina», en Revista de Derecho Social, núm. 13, 2001.

85. «Problemas de la jurisprudencia en el orden social: vinculación, cambio, conflictos jurisprudenciales y relaciones con la Ley», en Relaciones Laborales, núm. 1, 2001.

86. «La resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del empresario en la unificación de doctrina. Un apunte crítico», en Justicia Laboral, núm. 8, 2001.

87. «Trabajo, familia y protección social contributiva: otro desencuentro entre la jurisprudencia y la Ley», en Mes a Mes Social, núm. 64, 2001.

88. «La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia», en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002. Margarita Tarabini-Castellani Aznar.

89. «Jubilaciones anticipadas y jubilaciones diferidas entre la política de empleo y las exigencias de control del gasto», en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. E, 2002.

90. «El sistema normativo de la seguridad social», en Revista de Derecho Social, núm. 18, 2002. María José Romero Ródenas.

91. «El campo de aplicación del régimen especial de la seguridad social de los trabajadores autónomos y las nuevas incorporaciones: el trabajo en el marco de sociedades mercantiles y la actividad de los profesionales colegiados», Poder Judicial, núm. 64, 2002 (en colaboración con J. I. Tejerina Alonso).

92. «“Las Stock options” como retribución laboral. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2001», en Aranzadi Social, núm. 5, 2002.

93. «Una noción enigmática: el hecho causante en las prestaciones de Seguridad Social (1 y 2)», en Actualidad Laboral, núm. 21 y 22, 2002. Rodríguez iniesta.

94. «La extraña fascinación de las máximas jurídicas: a propósito de “Tópica” de Gerardo Pereira», Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, núm. 7, 2002.

95. «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y el recurso de casación para la unificación de doctrina en el orden social», Estudios jurídicos, secretaríos judiciales, núm. 2, 2002.

96. «Los recursos en el proceso social y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Estudios jurídicos, secretaríos judiciales, núm. 2, 2002.

97. «Problemas de jurisdicción en materia de Seguridad Social. Un recorrido por la jurisprudencia reciente». Revista del Poder Judicial, núm. 69, 2003 (en colaboración con I. González del Rey).

98. «La doctrina constitucional sobre relaciones laborales en el año 2003», Revista del Poder Judicial, núm. 72, 2003.

99. «El reintegro de los gastos de la asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social», Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 44, año 2003 (en colaboración con E. Desdentado Daroca).

100. «El recargo de prestaciones de la seguridad social y su aseguramiento. Contribución a un debate», en Revista de Derecho Social, núm. 21, 2003.

101. «Reflexiones sobre los accidentes de trabajo al hilo de algunas decisiones judiciales recientes», Revista de Derecho Social, núm. 24, 2003.

102. «La extraña fascinación de las Máximas Jurídicas. A propósito de “Tópica” de Gerardo Pereira», Repertorio de Aranzadi, Tribunal Constitucional núm. 2, 2003.

103. «¿Existe realmente el principio *in dubio pro operario*?, en Relaciones Laborales, 2003.

104. «La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación», Relaciones Laborales, núm. 2/2003.

105. «Funciones y disfunciones de la reclamación previa: un comentario a la STC 12/2003». Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 120, 2003.

106. «La intervención de los representantes de los trabajadores en el proceso concursal», Tribuna Social, núm. 166, 2004, (en colaboración con A. de la Puebla Pinilla).

107. «La doctrina constitucional sobre Seguridad Social y proceso social en el año 2003», Revista Poder Judicial, núm. 73, 2004.

108. «La doctrina constitucional sobre Seguridad Social y Proceso Social en el año 2004», Revista Poder Judicial, núm. 76, 2004.

109. «Constitución y Seguridad Social», La Ley, núm. 5/2003.

110. «La Seguridad Social en la nueva Ley Concursal», Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 49, 2004 en colaboración con E. Desdentado Daroca).

111. «El hecho causante en la protección de la incapacidad permanente», Revista Mes a Mes Social, núm. 7, julio 2004.

112. «Responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones en materia de actos de encuadramiento en la Seguridad Social. Teoría y práctica (I y II)». Actualidad Laboral, núm. 4 y 5, 2004.

113. «La doctrina constitucional sobre Derecho del trabajo y relaciones laborales en el año 2004», Revista del Poder Judicial, núm. 77, 2005.

114. «La pensión contributiva de jubilación del Régimen General en la unificación de doctrina», Revista del Poder Judicial, núm. 78, 2005.

115. «Afectación general y recurso de suplicación. Una crítica de la crítica», Revista del Derecho Social, núm. 29, 2005.

116. «Administradores sociales: relación profesional y encuadramiento en la S. Social. Un repaso crítico por la última jurisprudencia», Justicia Laboral, núm. 21, febrero 2005.

117. «La doctrina social del Tribunal Constitucional en el año 2005», Revista del Poder judicial, núm. 83/2006.

118. «Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la seguridad social europea: del reglamento 1408/1971 al reglamento 883/2004», Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 64, 2006. Dolores Carrascosa Bermejo.

119. «La protección de las contingencias profesionales de los trabajadores autónomos», Revista Científico-Técnica de Seguridad y Salud laborales, núm. 7, septiembre 2006 (en colaboración con José Ignacio Tejerina Alonso).

120. «La Seguridad Social y la propuesta de Estatuto de Cataluña: algunos puntos de reflexión», La Ley, núm. 1/2006.

121. «La jurisdicción de la seguridad social entre el orden contencioso-administrativo y el orden social. Estado de la cuestión, reflexión crítica y propuesta de reforma», Foro de Seguridad Social, septiembre 2006.

122. «La doctrina social del Tribunal Constitucional en el año 2005», Revista Poder Judicial, núm. 83, 2006.

123. «La doctrina social del Tribunal Constitucional en el año 2006», Revista Poder Judicial, núm. 84, 2006.

124. «Problemas del régimen especial agrario en la unificación de doctrina», Revista Poder Judicial, núm. 85, 2007 (en colaboración con Paz Menéndez Sebastián).

125. «La relación laboral especial de los abogados con los despachos. Algunos puntos críticos», *Revista Poder Judicial*, núm. 86, 2007. Lourdes López Cumbre.

126. «De nuevo sobre la contradicción de sentencias en el recurso de casación para la unificación doctrinal», *Estudios jurídicos*, Ministerio Fiscal, 2007.

127. «Negociación colectiva, prevención de riesgos laborales, una aproximación crítica», *Revista Científico-Técnica de Seguridad y Salud Laborales*, enero 2007 (en colaboración con Paz Menéndez Sebastián).

128. «La reforma de la Seguridad Social en 2006. Algunas reflexiones sobre el acuerdo de 13.7.2006», *Revista Mes a Mes Social*, núm. 127, marzo 2007.

129. «La doctrina social del Tribunal Constitucional en el año 2007», *Revista Poder Judicial*, núm. 87/2008.

130. «El proceso social en la doctrina constitucional reciente (2003-2007). Una reseña crítica», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 73/2008.

131. «El traje nuevo del emperador». Sobre la legislación simbólica en el Estatuto del Trabajo Autónomo», *Revista de Derecho Social*, núm. 44, 2008.

132. «Problemas de coordinación en los procesos sobre responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 14/2008. Emilia Casas.

133. «Un sistema en busca de su identidad. Notas para una aproximación histórica a la crisis de la Seguridad social española», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 139 /2008. Cristina Aragón Gómez.

134. «El Ministerio Fiscal en el proceso social de tutela de los derechos fundamentales», *Justicia Laboral*, núm. 34/2008.

135. «El futuro del Régimen Especial Agrario: un largo adiós», *Actualidad Laboral*, núm. 1/2008.

136. «Mutuas de accidentes de trabajo y seguridad social: puntos críticos desde la perspectiva de la gestión de la incapacidad temporal», *Actualidad Laboral*, núm. 6/2008.

137. «La situación profesional de los administradores sociales y la nueva doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo», *Actualidad Laboral*, núm. 15, 2008 (en colaboración con Miguel Ángel Limón Luque).

138. «Contrato de trabajo y nuevas tecnologías. Una nota sobre algunas cuestiones de actualidad: prueba electrónica, garantías de la intimidad y uso sindical del correo electrónico», *Revista Poder Judicial*, núm. 88, 2009.

139. «La doctrina social del Tribunal Constitucional en el año 2008», Revista del Poder judicial, núm. 89, 2009.

140. «El daño y su valoración en los accidentes de trabajo», Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 79/2009.

141. «En los límites del contrato de trabajo: administradores y socios», Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 83/2009 (en colaboración con E. Desdentado Daroca).

142. «A propósito de las “Lecciones de Derecho del Trabajo” del profesor Jesús R. Mercader Uguina»; Justicia laboral, núm. 37/2009.

143. «La situación protegida en el desempleo contributivo. Un recorrido por la jurisprudencia reciente», Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 89, 2010.

144. «Sobre el despido y su violencia. Una lectura de «el despido o la violencia del poder privado» de Antonio Baylos Grau y Joaquín Pérez Rey, Revista de Derecho Social núm. 51, 2010.

145. «El control de la prestación del trabajador a través de las nuevas tecnologías: un estudio sobre la videovigilancia en la doctrina judicial», Justicia Laboral, núm. 44, 2010 (en colaboración con Ana Belén Muñoz Ruiz).

146. «Crisis y reforma del despido: puntos críticos seguidos de algunas propuestas», Actualidad Laboral, núm. 11, junio 2010.

147. «Protección de datos y contrato de trabajo», Justicia Laboral núm. 46/2011 (en colaboración con Ana Belén Muñoz Ruiz).

148. «El futuro de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos: reflexiones críticas con algunas propuestas», Actualidad laboral, núm. 15, 2011.

149. «El reintegro de gastos por la utilización de servicios externos en la asistencia sanitaria de la seguridad social. Un recorrido por la unificación de doctrina», Actum Social, Francis Lefebvre, 2012.

150. «Sobre los despidos colectivos en el concurso. Algunas reflexiones críticas a propósito del libro «Despido colectivo y concurso de acreedores» de José María Ríos Mestre, Justicia Laboral, núm. 52, 2012.

151. «Los recursos de casación en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y en el Real Decreto-Ley 3/12. En especial la casación de unificación de doctrina.», Revista Aranzadi Social, noviembre 2012.

152. «La nueva casación para la unificación de doctrina en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social» Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 103/2013. Final del formulario.

153. «Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/12. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales (1)», Actualidad Laboral, núm. 17-18 octubre 2012. Carlos De Fuentes García-Romero de Tejada.

154. «La nueva casación para la unificación de doctrina en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 103, 2013.

155. «Reflexiones sobre el factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones», *Documentación Laboral*, núm. 99, 2013 y *Revista de Derecho Social*, núm. 64/2013.

156. «La doctrina del Tribunal Supremo sobre los despidos económicos en los grupos de empresa: ¿reformulación o ruptura?, el Derecho o Revista Jurisprudencia núm. 1/2014.

157. «Trabajo, videovigilancia y controles informáticos. Un recorrido por la jurisprudencia», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (IUSTEL)*, núm. 39, dic. 2014, en colaboración con Ana Belén Muñoz Ruiz.

158. «Problemas procesales del despido colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 169/2014 (octubre) Juan Alberto Tormos Pérez.

159. «Despido colectivo y proceso», *Actum Social*, marzo 2015.

160. «Los despidos colectivos en las Administraciones Públicas», *El Derecho Revista de Jurisprudencia*, núm. 2/2015 (marzo).

161. «La ultraactividad en el Tribunal Supremo. Un comentario a la STS 22.12. 2014», *Revista Información Laboral*, núm. 3/2015. Jesús Lahera Forteza.

162. «Los despidos colectivos en el empleo público. Reflexiones sobre la jurisprudencia reciente», Ponencia presentada al Encuentro entre Magistrados de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, CGPJ, noviembre 2015.

163. Reflexiones sobre el caso Coca Cola Iberian Partners. Un comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 12 de junio de 2014 y a la Sentencia de 20 de abril de 2015 del Tribunal Supremo», *Revista de Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4, julio 2015.

164. «Marked by invalidations. The consultations period in collective redundancies», *Spanish Labour Law and Employment Journal*, vol. 4, núms. 1 y 2 /2015.

165. «¿Una nueva dimensión del derecho de huelga? Más allá de la existencia de una lesión imputable y más allá del grupo de empresas. El caso Pressprint», *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 2, enero 2016. Ana Rosa Argüelles Blanco.

166. «Sobre los problemas procesales de los medios no jurisdiccionales de solución de conflictos», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 123/2016. María Isabel Granados Romera.

167. «Un miércoles de ceniza para la contratación temporal española? Reflexión breve sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso de Diego Porras» Información Laboral núm. 10/2016. En Almacén de Derecho, <http://almacenederecho.org/miercoles-ceniza-la-contratacion-temporal/>.

168. «Resolución del contrato de trabajo y concurso. Un recorrido por la jurisprudencia», Consejo General del Poder del Poder Judicial, septiembre de 2016.

169. «Problemas de aplicación del Derecho Social Europeo. Del caso Telefónica Móviles al caso Zardoya Otis», Revista Jurisprudencia El Derecho 2/2017 (febrero).

170. «Ecos de Samoa sobre la expansión del derecho de huelga fuera del contrato de trabajo. El caso ALTRAD », Información Laboral, núm. 2/2007.

171. »¿Una lesión de la libertad sindical à rebours», Información Laboral, núm. 7/2017.

172. «La consignación, una institución polémica», Información Laboral, núm. 8/2017.

173. «La segunda sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Barbulescu y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador» (en colaboración con Elena Desdentado Daroca), Información Laboral, núm. 1/2018.a.

174. «Muerte de la empresa y extinción del contrato de trabajo: ¿un enigma jurídico», Revista de Jurisprudencia El Derecho, julio 2018.

175. Largo Caballero: el Derecho del Trabajo entre la reforma y la revolución. Al margen de dos biografías», Información Laboral núm. 6/2018. J. Eduardo López Ahumada.

176. «Los indefinidos no fijos. ¿Una historia interminable o una historia terminada? », Información Laboral núm. 10/2018, María de Sande Pérez-Bedmar.

177. «Colectivización de acciones y tutela judicial efectiva. Un comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio 2018», Información Laboral núm. 12/2018.

178. «Los problemas procesales del caso de Diego Porras. Una reflexión crítica sobre la congruencia en el proceso social», Revista de Jurisprudencia. El Derecho núm. 2, febrero 2019.

179. «Saliendo del laberinto: el fin del caso de Diego Porras Historia y prospectiva», Actum Social, núm. 145, marzo 2019.

180. «Derecho de la Unión Europea y régimen español de empleo público: una relación conflictiva», en colaboración con E. Desdentado Daroca de próxima publicación en *European Inklings*.

181. «De nuevo, sobre trabajo y prostitución», *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, ISSN-e 2660-7360, Vol. 1, núm. 2, 2020, pp. 135-147 Magdalena Nogueira Guastavino.

182. De «Mesalina» a «otras»: La prostitución como trabajo ante los tribunales del orden social. *Revista de Jurisprudencia. EL Derecho*. Rosa González de Patto.

d) Colaboraciones en obras colectivas:

183. «Técnicas de financiación de los servicios sociales. ¿Financiación contributiva o financiación fiscal?», en AA.VV., «El reparto de la carga fiscal en España», Madrid, 1975, volumen 2.º

184. «El despido en el Real Decreto Ley 17/1977», en AA.VV., «Relaciones de trabajo. Comentarios al Real Decreto Ley 17/1977». Madrid 1977.

185. «La política de Seguridad Social» en «La transición política y los trabajadores. Anuario de relaciones laborales en España, 1977», Madrid 1978.

186. «La crisis de la protección por desempleo de la Seguridad Social española y las alternativas de reforma en 1977-1978», en AA.VV. «Seminario franco-español sobre problemas actuales de la economía del empleo». Madrid, 1979, (en colaboración con José Antonio Griñán Martínez).

187. «Delimitación de competencias Estado-Comunidades Autónomas en la Constitución Española de 1978. Relaciones Laborales y la Seguridad Social», en AA.VV. «Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Constitución», Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1980, (en colaboración con Luis Enrique de la Villa Gil).

188. «Legislación Laboral, Seguridad Social y Autonomías», en AA.VV., «Autonomía y relaciones laborales». Fundación Fedrich Ebert. Palma de Mallorca 1980.

189. «Cobertura del desempleo», en AA.VV. «El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica». Madrid 1984.

190. «Comentario a la Disposición Adicional Décima de la Ley en AA.VV., «Comentarios a las reformas del Derecho de Familia», Madrid 1984 (en colaboración con J. I Tejerina Alonso).

191. «Problemas del tratamiento de los trabajadores temporeros por la Seguridad Social», *El trabajo temporero: XXIII Encuentro entre empresarios, sindicalistas y laboralistas: Logroño, marzo de 1984.*

192. «Problemas de concurrencia y articulación de convenios colectivos», en AA. VV, «Los problemas actuales de la Negociación Colectiva: VI Jornadas de estudio sobre la Negociación Colectiva, CGPJ, Madrid, 1994.

193. «Las causas económicas para la extinción objetiva del contrato de trabajo. Un análisis jurídico y económico», en AA.VV., «Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas, CGPJ, Madrid, 1996 (en colaboración con Almudena Durán Heras).

194. «Los despidos por causas económicas, técnicas y organizativas y de producción», Reforma de la legislación laboral: Jornadas organizadas por la Junta de Andalucía y el Colegio de Abogados de Málaga, noviembre 1994.

195. «Cuestiones prejudiciales comunitarias planteadas por órganos judiciales españoles en materia de seguridad social», en AA.VV., «Seguridad Social internacional», Cuadernos de derecho judicial, núm. 22, CGPJ, Madrid, 1997.

196. «La nostalgia del sistema: reflexiones sobre el derecho de la seguridad social en una época de crisis», en AA.VV. «Reforma laboral, tutela judicial y derechos fundamentales», CGPJ, 1997.

197. «El fuero jurisdiccional para la revisión de los actos de aplicación del Estatuto del Personal Médico», en AA.VV. «Manual Jurídico de la Profesión Médica», Dykinson, Madrid, 1998.

198. «Determinación de la indemnización por cumplimiento tardío de la obligación de reincorporar al trabajador excedente», en AA. VV «El pensamiento jurídico de Rafael Martínez Emperador», CGPJ, Madrid, 1997.

199. «La reforma de las pensiones de la Seguridad Social en 1997: un panorama general.», AA.VV., «Las reformas laboral y de Seguridad social de 1997», CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 2, 1998.

200. «El problema de la determinación de la base reguladora de la pensión española en los supuestos en que el cómputo comprende periodos de cotización que se han completado en otro país de la Unión Europea», en AA.VV., «Problemática española de la Seguridad Social europea», Instituto Europeo de Relaciones Industriales, Comares, Granada, 1999.

201. Los privilegios de los créditos de Seguridad Social», en AA.VV. «Preferencias de créditos, CGPJ, Manual de Formación Continuada, núm. 2, Madrid, 1999.

202. «La nueva jurisdicción contencioso-administrativa y el orden social: ¿una reforma frustrada?, En AA.VV., «Competencias del orden social tras la nueva jurisdicción contencioso-administrativa, CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 6, Madrid, 1999.

203. «El sistema normativo de la relación de servicios del personal estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social», Manuales de Formación Continuada, Consejo General del Poder Judicial, núm. 11, 2000 (en colaboración con E. Desdentado Daroca).

204. «La contratación de sentencias en el recurso de casación para la unificación de doctrina», Estudios jurídicos, Ministerio Fiscal núm. 1, 2000.

205. «Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones», en AA.VV. «cien años de seguridad social», MUPRESA-UNED, Madrid, 2000 (en colaboración con Ana de la Puebla Pinilla).

206. «Problemas de la jurisprudencia en el orden social: vinculación, cambio, conflictos jurisprudenciales y relaciones con la Ley», en AA.VV., «La fuerza vinculante de la jurisprudencia», CGPJ, Estudios de Derecho Judicial, núm. 34, Madrid, 2001.

207. «Una noción enigmática: el hecho causante en las prestaciones de la Seguridad Social», en AA.VV., «Aspectos complejos de la Seguridad Social», Estudios de derecho judicial, núm. 38, 2001.

208. «El accidente de trabajo: entre la reparación y la prevención. Reflexiones para un centenario», en AA.VV., «Seguridad Social. Una perspectiva histórica, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.

209. «La incapacidad temporal, el riesgo durante el embarazo y la maternidad», en AA.VV., «Seguridad Social, Manuales de formación continuada, núm. 20, CGPJ, Madrid, 2002.

210. «La acción protectora de la Seguridad Social, Panorama general. Conceptos fundamentales y contingencias protegidas», Manuales de formación continuada, núm. 20, CGPJ, Madrid, 2002.

211. «El sistema español de Seguridad Social. Estructura y ordenación jurídica», Manuales de formación continuada, núm. 20, CGPJ, Madrid, 2002.

212. «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y el recurso de casación para la unificación de doctrina en el orden social», Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento en el Procedimiento Laboral, 2001.

213. «El objeto del proceso de conflicto colectivo en la jurisprudencia: una revisión crítica», Homenaje a D. Antonio Hernández Gil, vol. 1, 2001.

214. «De nuevo sobre la contradicción de sentencias en el recurso de casación para la unificación de doctrina», El proceso laboral: estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil, 2001.

215. «El reintegro de gastos por asistencia externa en la Seguridad Social, con una indicación sobre la responsabilidad por los daños producidos en la prestación de los servicios sanitarios» en AA.VV., «La responsa-

bilidad patrimonial de la Administración», Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 1, CGPJ, Madrid, 2002.

216. «La reforma de la protección por desempleo en la Ley 45/2002», La Ley 45/2002 de reforma de la protección por desempleo: (la «reforma» de la reforma del despido, de los salarios de tramitación y del desempleo), 2003.

217. «Las partes en la ejecución social tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», AA.VV. «Ejecución laboral», Manuales de formación continuada, núm. 23, CGPJ, Madrid 2004.

218. «La delimitación de competencias entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia: una reflexión sobre la experiencia del orden social», AA.VV., «Poder judicial y Estado compuesto», Manuales de formación continuada, núm. 27, CGPJ, Madrid, 2004.

219. «Jurisdicción y Seguridad Social», AA.VV., «Problemas críticos del orden social», Estudios de derecho judicial, núm. 63, CGPJ, Madrid 2004.

220. «Los créditos de Seguridad Social en la nueva Ley Concursal», La reforma concursal: aspectos laborales y de seguridad social, 2004.

221. «La unificación de doctrina y el Tribunal Supremo. La experiencia del orden social», El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional: jornadas en conmemoración del XXV aniversario de la Constitución de 1978, 2004.

222. «La Seguridad Social en la nueva Ley concursal», en AA.VV., «La reforma concursal: aspectos laborales y de seguridad social», Lex Nova, 2004 (en colaboración con E. Desdentado Daroca).

223. «La delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social en materia de seguridad social», AA.VV., «Materias sociales objeto de conocimiento por el orden contencioso – administrativo. Manuales de formación continuada, núm. 33, 2005.

224. «La Seguridad Social en la nueva Ley concursal», AA.VV., «Aspectos Laborales de la Ley concursal. Especial referencia al Fondo de Garantía Salarial», Cuadernos de Derecho judicial, núm. 21, CGPJ, 2005.

225. «Nota introductoria al estudio «El contenido constitucional de la asistencia social», Derecho del trabajo y seguridad social: cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil: homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria, 2006.

226. «La pensión de jubilación en la doctrina unificada del orden social», Tratado de jubilación: homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación, 2007.

227. «El sistema español de solución de conflictos colectivos. Algunas reflexiones críticas», AA.VV., «El papel del sindicato en la solución de los conflictos II», UGT, Madrid, abril-septiembre, 2006.

228. «La responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo. Estado de la cuestión y reflexión crítica sobre el desorden en el funcionamiento de los mecanismo de reparación», en AA.VV., Congreso de Magistrados del Orden Social: el futuro de la jurisdicción social, Madrid, CGPJ, 2008.

229. «Problemas de coordinación en los procesos sobre responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo», en AA.VV., «Prestaciones e indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo: aspectos penales, civiles y laborales», Manuales de formación continuada, núm. 43, 2007.

230. «Un sistema en busca de su identidad. Notas para una aproximación histórica a la crisis de la Seguridad Social española.», La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación, 2008.

231. «Problemas de derecho colectivo del trabajo en la doctrina jurisprudencial reciente (2006-2008). Una síntesis crítica», en AA.VV., Jurisprudencia Social (2006-2008), Cuadernos de derecho judicial, núm. 3, 2008.

232. «Régimen jurídico del trabajo autónomo en la Ley 20/2007: aspectos laborales y de seguridad social», en AA.VV., Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 4, 2008.

233. «En torno a la posición del Tribunal Supremo en el Estado autonómico. Una nota sobre la situación en el orden social», La posición del Tribunal Supremo en el Estado autonómico», Instituto de Estudios Autonomics, Barcelona, 2008.

234. «¿Qué hacer con el Derecho del Trabajo? Una reflexión sobre el futuro desde la práctica judicial», en AA.VV., «El Derecho laboral del siglo XXI», Estudios de Derecho Judicial, núm. 118, CGPJ, Madrid, 2007. David Montoya Medina.

235. «Régimen jurídico del trabajo autónomo en la Ley 20/2007: aspectos laborales y de seguridad social», Legislación social (2006-2008): análisis crítico, 2009.

236. «Tomás Vives desde el tiempo perdido», Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del sesenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), V. I, 2009.

237. Comentario al artículo 5 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical en AA.VV., «Comentarios a la Ley Orgánica de Libertad Sindical», La Ley, Madrid, 2010.

238. «La reforma del despido en la Ley 35/2010», en AA.VV., «La reforma del mercado de trabajo: Ley 35/2010», Lex Nova, Valladolid, 2010.

239. «Mujer y trabajo. Contrato a tiempo parcial, reducciones de jornada, suspensiones y excedencias. Puntos críticos en materia de Seguridad Social» en AA. VV., «Trabajo, mujer y Seguridad Social», La Ley, Madrid, 2010.

240. «Introducción a un debate. Los despidos económicos en España: El sistema, su crisis y los límites de la reforma», en AA.VV., «Despido y crisis económica: los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el Derecho y la Economía», Lex Nova, Valladolid, 2011.

241. «La casación para la unificación de doctrina y el nuevo recurso mixto de unificación de doctrina y de interés de ley», en AA.VV., «Lecciones de jurisdicción social», Tirant lo Blanch, 2013.

242. «Los recursos de casación en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y en el Real Decreto 3/2012: en especial la casación de unificación de doctrina, Análisis de la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social», Tirant Lo blanch, Valencia, 2014.

243. Comentario a los artículos 115 a 119 de la Ley General de la Seguridad Social, en AA.VV., «Comentario a la Ley General de la Seguridad Social», Comares, Granada, 1999.

244. Comentarios al artículo 91.4 y a la disposición final 6.^a de la Ley Concursal en AA.VV., «Comentario a la Legislación Concursal» en Lex Nova, Valladolid, 2004.

245. Comentarios a los artículos 125 y 126 y a las disposiciones adicionales de la Ley 30/1992, en AA.VV., «Comentarios a la Ley la Ley 30/1992», Lex Nova, Valladolid, 2013.

246. «Las pensiones públicas entre la reforma y la sostenibilidad. Algunas reflexiones sobre la ley 23/2013», en AA.VV., «Protección social: Seguridad Social y discapacidad. Estudios en homenaje a Adolfo Jiménez», Editorial Cinca, Madrid, 2014.

247. «La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho» en AA.VV. (M. Godino Reyes, dir.), «Tratado del despido colectivo» por Tirant lo Blanch. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

248. «Empleo público y despidos: un recorrido por la jurisprudencia reciente», en AA.VV., «La política y el Derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo. Libro homenaje a la profesora Rosa Quesada Segura», consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016.

249. «Notas sobre concurrencia y sucesión de convenios colectivos en la doctrina jurisprudencial reciente», Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales», núm. 3/1997. «Problemas procesales del despido colectivo

en la doctrina del Tribunal Supremo» en *El Estatuto de los Trabajadores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios ofrecidos al catedrático y Magistrado Antonio Martín Valverde*. Tecnos, Madrid, 2015. María José Lopera Castillejo.

e) Comentarios jurisprudenciales y columnas de actualidad laboral:

250. «Posibilidad de causar derecho a las prestaciones en situación de baja», en *Revista de Política Social*. 1972, núm. 95.

251. «Régimen especial de la minería del carbón. Determinación de la base reguladora de la prestación por incapacidad permanente absoluta. Laguna en legislación vigente de 1 de abril de 1967 á 1 de marzo de 1973», en *Revista de política Social*, núm. 99, julio-septiembre 1973.

252. «Responsabilidad en materia de prestaciones. Supuestos de falta de ingreso de las primas», en *Revista de Política Social* 1973, núm. 97.

253. «Personal médico de la Seguridad Social. Retribución por antigüedad y cómputo de trienios», en *Revista de Política Social*. 1974, núm. 101.

254. «Cómputo de cotizaciones a los antiguos regímenes de previsión obligatoria». *Revista de Política Social*. 1975, núm. 105.

255. «Un conflicto que continúa abierto: ¿Cuál es el orden jurisdiccional competente para conocer sobre la responsabilidad patrimonial de los organismos gestores de la asistencia sanitaria de la seguridad social por los daños causados en la prestación de esa asistencia?, *Revista La Ley*, núm. 1/1996.

256. «La contradicción de sentencias en unificación de doctrina. Las sentencias idóneas para establecer la contradicción». *Revista La Ley*, núm. 1/1996.

257. «La contradicción de sentencias en unificación de doctrina (2). El alcance de la contradicción», *Revista La Ley*, núm. 1/1.996.. María Luisa Molero Marañón.

258. «Problemas de la protección por desempleo de los trabajadores mayores de cincuenta y dos años: límites de rentas y acceso a la pensión del seguro obligatorio de vejez e invalidez». *Revista La Ley* 1/1.996.

259. «¿Es necesario un proceso especial para la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito laboral? Una reflexión sobre la jurisprudencia reciente». *Revista La Ley* 2/1996.

260. «Un grave peligro para el orden social: la asunción de competencias sobre la impugnación de los actos administrativos laborales y de los actos de gestión recaudatoria de la Seguridad Social», *La Ley*, núm. 3, 1998.

261. «Dos decisiones importantes en materia de negociación colectiva: la derogación ante tempus de un convenio por otro del mismo ámbito y el re-

chazo de la doctrina del equilibrio interno del convenio», Revista La Ley núm. 6, 1998.

262. «La responsabilidad laboral de los administradores sociales: problemas de jurisdicción», Revista La Ley núm. 1/1999.

263. «De nuevo sobre el despido objetivo económico: balance y perspectivas de una tarea jurisprudencial», La Ley, núm. 1/1999.

264. «En el laberinto: desempleo asistencial y jubilación de los trabajadores migrantes, entre el derecho comunitario y «las Leyes de acompañamiento», Revista La Ley núm. 1/1999.

265. «Administración social y contrato de trabajo», Revista La Ley 12 de marzo de 1999.

266. «La sucesión de empresas y negociación colectiva en el túnel del tiempo: el caso de las Icastolas», Revista La Ley núm. 3 /1999, 28 de mayo de 1999.

267. «Las empresas de trabajo temporal en casación: negociación colectiva y contratos eventuales», Revista La Ley 7 de junio de 1999.

268. «Una encrucijada de regulaciones: la revocación de los actos de reconocimiento de las prestaciones de la seguridad social». Revista La Ley, núm. 3/1999, 7 de septiembre de 2000.

269. «Nuevas orientaciones jurisprudenciales en la seguridad social complementarias: la vigencia de la cobertura y la consideración de la enfermedad profesional». Revista La Ley núm. 6/2000, 26 de septiembre de 2000.

270. «Muerte y despido», Revista La Ley, núm. 4/2003, 24 de julio de 2003.

271. «Administradores sociales: últimas noticias contradictorias», Revista La Ley 5 /2003, 12 de noviembre de 2003.

272. «Cambio de rumbo en el recurso de suplicación: el nuevo concepto de afectación general», Revista la Ley, 22 de diciembre de 2003.

273. «¿Quién teme al orden social?, Revista La Ley 2 de febrero de 2004.

274. El accidente de trabajo del extranjero «sin papeles», Revista La Ley 2/2004, 12 de marzo de 2004. Francisco Ramos Moragues.

275. ¿El fin de la jubilación forzosa?, Revista La Ley 3/2004, 20 de mayo de 2004.

276. «Un derecho polémico: El derecho “universal” a la asistencia sanitaria», Revista La Ley 20 de septiembre de 2004.

277. «Una revolución en la Seguridad Social: de la protección de las rentas de trabajo a la protección de las rentas de capital», Revista La Ley, núm. 5/2004, 25 de octubre de 2004.

278. «Transmisión de empresas: final no demasiado feliz para una divergencia», Revista La Ley núm. 5/2004, 23 de diciembre de 2004.

279. «¿Otro cierre en falso? La prueba del derecho extranjero», Revista La Ley núm. 1/2005, 11 de febrero de 2005.

280. «Caducidad del despido y cambio legislativo: presentación de escritos al día siguiente del vencimiento y cómputo de los sábados», Revista La Ley núm. 1/2006, 17 de febrero de 2006.

281. «Los crímenes de la baraja y el concepto de accidente de trabajo», Revista La Ley, 4 de abril de 2006.

282. «¿Puede recurrir quien ha ganado el pleito? Varias respuestas y una indicación sobre las relaciones entre la la jurisdicción constitucional y el orden social», Revista La Ley núm. 3/2006, 9 de junio de 2006. Juan Martínez Moya.

283. «Accidentes de trabajo: una reforma necesaria», Revista La Ley, 11 de diciembre de 2006. María Teresa Igartua Miró.

284. «¿Olvido u obstinación? Los créditos de los beneficiarios de la seguridad social en el concurso», Revista La Ley núm. 1/2007, 15 de enero de 2007.

285. «Lesión de la libertad sindical e indemnización de los daños morales», Revista La Ley 2/2007, 10 de abril de 2007.

286. «¿Qué hacer con la incapacidad temporal?», Revista La Ley núm. 3/2007, 18 de mayo de 2007. Martínez-Gijón Machuca, Miguel Ángel.

287. «Dos visiones de la cosa juzgada», Revista La Ley, núm. 3/2007, 26 de junio de 2007.

288. «La crisis de la regulación de empleo: el debate sobre la jurisdicción», Revista La Ley núm. 4/2007, 3 de septiembre de 2007.

289. «La crisis de la regulación de empleo: el efecto destructor del tiempo», Revista La Ley, núm. 4/2007, 8 de octubre de 2007.

290. «Accidentes de trabajo: un paso adelante en la reparación», Revista La Ley, 20 de noviembre de 2007.

291. «El recargo de prestaciones y el complejo de Robin Hood», Revista La Ley, 15 de enero de 2008.

292. «El velo de Penélope», Revista La Ley, 25 de febrero de 2008.

293. «Las pruebas de reproducción de la imagen y el sonido en el proceso laboral: poderes empresariales e intimidad del trabajador», Revista La Ley, 15 de mayo de 2008.

294. «El desempleo del extranjero «sin papeles», Revista La Ley, 10 de julio de 2008.

295. «El despido de la embarazada y los límites de la justicia constitucional», *Revista La Ley*, 22 de octubre de 2008.

296. «La legislación como propaganda», *Revista La Ley*, 12 de enero de 2009. Carmen Viqueira Pérez.

297. «Incapacidad permanente y trabajo», *Revista La Ley*, 24 de febrero de 2009.

298. «Seguridad social: reformas posibles y reformas necesarias», *Revista La Ley*, 6 de mayo de 2009.

299. «La crisis de la regulación de empleo: las alternativas», *Revista La Ley*, 25 de junio de 2009.

300. «Contrato de trabajo y prostitución. Una reflexión sobre la sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2009», *Revista La Ley*, 10 de septiembre de 2009.

301. «Descentralización productiva y despido», *Revista La Ley*, 28 de octubre de 2009.

302. «El despido, la crisis y la reforma laboral», *Revista La Ley*, 8 de febrero de 2010.

303. «Ideas para una reforma del despido», *Revista La Ley*, 24 de marzo de 2010.

304. «El accidente de trabajo del extranjero con «papeles falsos», *Revista La Ley*, 3 de junio de 2010.

305. «Juego de espejos: retractaciones y ampliaciones en el despido», *Revista La Ley*, 28 de octubre de 2010.

306. «Huelga y cierre patronal: ejercicios de estrategia y reparación de años», *La Ley*, núm. 7535, 2010.

307. «Reformas que vienen, reformas que se van: un balance breve de la reforma laboral de 2010», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 832, 2011.

308. «Constitución y Seguridad Social. Reflexiones para un aniversario». *Revista La Ley* 15 de diciembre de 2003. María José Cervilla Garzón.

f) Recensiones:

309. «Sindicación en la Función Pública Española». Introducción y selección de textos», en *Cuadernos del Derecho del Trabajo*, núm. 3 1977.

310. «Álvaro López Núñez y los orígenes de la previsión social española» en *Cuadernos del Derecho del Trabajo*, núm. 3, 1978.

311. «La estructura del sistema español de Seguridad Social ante el clientelismo y la irracionalidad», *Revista de Seguridad Social*, núm. 14, abril-junio 1982.

g) Prólogos:

312. Prólogo al libro de Ana de la Puebla Pinilla, «La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía», Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

313. Prólogo al libro de Miguel Ángel Limón Luque, «Administradores y directivos de las sociedades mercantiles capitalistas», Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

314. Prólogo al libro «Tratado médico –legal de incapacidades», Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

315. «Seguridad Social. ¿Por quién doblan las campanas?», prólogo al libro de Borja Suárez Corujo «El sistema público de pensiones: crisis, reforma y sostenibilidad», Lex Nova, Valladolid, 2014.

h) Artículos periodísticos:

316. «Albert Camus o la extrañeza de lo real», Gaceta Illicitana, 7 de septiembre de 1963.

317. «La destrucción de la amnistía laboral» (en colaboración con L. E. de la Villa Gil «EL PAÍS», 19 de noviembre de 1978).

318. «Ni homologación, ni eficacia general del convenio», en «El País», 23 de febrero de 1980.

319. «Huelga y Constitución» en «El País», 14 de octubre 1980.

320. Una victoria del movimiento obrero: la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», Gaceta Sindical, núm. 13, junio 1981.

321. «La contratación temporal como medida de fomento del empleo: mito y realidad», Gaceta Sindical, núm. 19, junio 1982.

i) Recopilaciones legislativas:

322. «Leyes de Seguridad Social». Madrid 1985, en colaboración con L. E. de la Villa y E. Juanes.

j Traducciones:

323. Del portugués, «El actual régimen sindical portugués» de Bernardo da Gama Lobo Xavier, en Cuadernos de Derecho del Trabajo, núm. 1 y 2, 1975-1976.

324. Del francés, cuarta parte, «conflictos de trabajo» del libro de J. C. Javillier, «Derecho del trabajo», publicado por el Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social. Madrid 1982. Traducción a cargo del Departamento de Derecho de Trabajo de la Universidad Autónoma de Madrid.

X. OTRAS ACTIVIDADES RELACIONADAS CON EL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Ha sido secretario y miembro del consejo de redacción de la Revista Cuadernos de Derecho del Trabajo, de la Revista de Derecho del Trabajo y de Tribuna Social.

Ha sido miembro del Consejo Editorial de la Ley.

Miembro del Consejo de Redacción de la Revista Actualidad Laboral.

Miembro del Comité de Evaluación Externa de la Revista Justicia Laboral.

Miembro del Consejo de Redacción de la Revista Española de Derecho del Trabajo.

Ha sido miembro de las Comisiones Tripartitas para la reforma de la Seguridad Social creadas por el Acuerdo Nacional de Empleo, 1982 y por el Acuerdo Económico Social, 1985.

SEMBLANZA

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL
Catedrático Emérito de Derecho el Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid
Director del Bufete De la Villa

IN MEMORIAM*

AURELIO DESDENTADO BONETE,
DESCANSA EN PAZ

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL
Catedrático Emérito de la Universidad Autónoma de Madrid
Director del Bufete De la Villa
lev@abogadosvs.com

*Honesto e inteligente,
riguroso y progresista,
sobrio pero vitalista
erudito y diligente.
Virtudes en ramillete
de excepcional abogado,
era Aurelio Desdentado
el cuerpo de aquel Bufete.*

* Inicialmente publicado en la *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 59, correspondiente al mes de julio de 2021.

I. LA CARRERA DE AURELIO DESDENTADO BONETE

1. En lo que conozco, la carrera profesional de Aurelio comienza en 1967 cuando gana las oposiciones a Técnicos de Administración Civil del Estado. Es entonces cuando, como funcionario en prácticas, realiza éstas en la Escuela Nacional de Administración Pública (ENAP), en la que yo era Profesor Numerario de Administración Laboral. Había elegido Aurelio como primer destino el Ministerio de Trabajo —el mejor nombre de las varias docenas que el Departamento ha tenido y sigue recibiendo según la facundia del político de turno— y siendo así era yo el encargado de impartir a los funcionarios con destino a ese Ministerio un cursillo relativo a las singularidades de tan relevante sector de la Administración Pública.

Precisamente en ese mismo año había publicado yo un libro titulado *Administración Laboral y de Seguridad Social*¹, programado para desarrollar cursos generales y especiales dedicados a los funcionarios públicos que realizaban en la Escuela actividades de «formación y perfeccionamiento», a cuyo propósito ofrecía un extenso catálogo de temas aglutinados no en torno al concepto del trabajador, o del contrato de trabajo, sino de la total actividad del Estado en el mundo del trabajo, siguiendo de cerca la construcción de Wolfgang Siebert². Cinco eran las divisiones de este programa³, destinadas a familiarizar a los nuevos funcionarios con las competencias y las actuaciones del Ministerio al que pronto se iban a incorporar. Y como directriz metodológica se trataba de fomentar la intervención activa de los alumnos... «bien a través de la puesta en práctica del método de casos, bien a través de la realización de trabajos prácticos, generalmente en forma de Memorias, bien por último a través de sesiones íntegramente coloquiadas sobre un supuesto previo de debate»⁴. La naturaleza de la institución docente en el que se desarrollaban los

¹ Editado por la propia ENAP, núm. 8 de la Serie Cursos de Administración, 167 páginas, dedicado al profesor Eugenio Pérez Botija, primer laboralista español en utilizar el concepto de Administración Laboral... «entendemos por Administración Laboral —decía el maestro— el conjunto de servicios públicos relacionados con el trabajo y con la protección de los trabajadores», *apud*, *Curso de Derecho del Trabajo* (Técnicos), 6.ª ed. 1960, p. 337.

² ... «der gesamten Tätigkeit des Staates in der Ordnung der Arbeit», *apud*, *Die Entwicklung der staatlichen Arbeitsverwaltung* (Darmstadt), 1943, p. 7.

³ I. Teoría del intervencionismo y sus formas, II. Estudio del trabajo como institución central del Estado del bienestar, III. La regulación jurídica de los diversos supuestos en que se realiza una actividad como medio de vida, IV. Órganos competentes ante el ejercicio del trabajo como actividad profesional y V. Procedimientos establecidos para la defensa y garantía de los derechos nacidos del trabajo.

⁴ Cfr. *Administración laboral y de Seguridad Social*, cit. p. 72. Atribuyo especial importancia a los dos libros publicados por la ENAP con los trabajos realizados por los funcionarios en prácticas durante su estancia en la Escuela, bajo mi dirección. El primero fue el titulado *Estudios de Administración Laboral* (ENAP, Colección Alcalá, 1966, 235 pp, dedicado al Cuerpo Técnico de Administración Civil),

cursos obligaba a aplicar métodos distintos a los seguidos en la Universidad para la enseñanza del Derecho del Trabajo.

La realidad fue que para los cuatro funcionarios que, junto a Aurelio, iban destinados al Ministerio de Trabajo, organicé unas sesiones de casos prácticos para su discusión en clase durante las dos horas programadas, tiempo que se favorecía por el escaso número de personas que interveníamos en el debate. Lógicamente los supuestos reales, suficientemente complejos, se entregaban con varios días de antelación, facilitando referencias básicas de orden legal, jurisprudencial/judicial y doctrinal, advirtiendo que no se buscaba una solución única ni predeterminada, pues esos casos no suelen tener ese tipo de soluciones –como no la tiene nunca la vida–, por lo que no se trataba de acertar sino de «dialogar, argumentar y discutir», que en eso consiste la dialéctica. Y he de reconocer que no he dejado nunca de sorprenderme por la implicación de todos ellos en esta enseñanza que valoraron como «entretenida y jugosa» –así consta en unas viejas notas, conservadas dentro del libro de referencia– porque en ella hubo diversión, requisito imprescindible, creo, del éxito de cualquier actividad docente.

Dicho cuanto precede para situar al lector y llevarle al terreno que aquí interesa, he de añadir que desde el inicio de estas prácticas Aurelio desempeñó un papel estelar. Primero porque su conocimiento del Derecho del Trabajo era muy superior al nivel que generalmente aportaban los funcionarios en estas actividades posuniversitarias. Segundo por su gallardía para meterle el diente a cualquier supuesto teórico que se le propusiera, hasta el punto que de hecho no había allí un profesor y cinco alumnos sino dos profesores y cuatro alumnos, con el mayor respeto para la capacidad y habilidades de todos ellos. En todo caso ese mutuo conocimiento debió ser el origen de nuestro afecto y de la también mutua curiosidad por emprender aventuras de mayor recorrido.

2. En el año 1968, Aurelio actuaba ya como Jefe del Negociado de Normas de la Dirección General de Seguridad Social, en el Ministerio de Trabajo. Seguía yo en la Escuela y hasta allí llegó la anécdota que me decido a recordar

con las colaboraciones originales de los funcionarios en prácticas José Javier Álvarez Sanvicente, Alfonso Caldevilla Gómez, Francisco Delgado Gutiérrez, Begoña de Goyarrola López, Carlos López-Monís de Cavo, Ángel Fernando Mayo Antoñanzas y José Antonio Ucelay de Montero, precedidas de mi Estudio Preliminar. El segundo fue el titulado *La Seguridad social en la Administración Institucional* (ENAP, Colección Alcalá, 1968, 686 pp, dedicado al Cuerpo Técnico-Administrativo del Mutualismo Laboral), con las colaboraciones originales de los funcionarios en prácticas Higinio Martínez Fernández de la Vega, Roberto Milara Jordana, Luis Pérez Corral, Pedro Hernández Gascón, José Antonio Martínez Gutiérrez, María del Carmen Tuda Vega, Paulino Jiménez Moreno, Carlos Solinis Laredo, Crispina Martín Lucía, Luis Valiño Freire, Alfonso Cerdán Gómez, Alfonso Díez Íñiguez, Primitivo Barba Salvador, Alberto Sendín Blázquez, María del Carmen Martínez Guardia y Domingo Andrés Sánchez Navarro, con mi Estudio Preliminar.

y que explica el motivo por el que Aurelio desempeñara ese puesto bajo la jerarquía de Alberto de Pereda Mateos, un sabio funcionario conocedor de los entresijos y recovecos más ocultos del naciente sistema nacional de Seguridad social. Pero ese vínculo administrativo entre Pereda y Aurelio –que con el tiempo se haría profundamente amistoso y de colaboración científica⁵– se debió a la dentadura de Pereda, abundante y caracterizada por su enognatismo. En los medios mejor informados se conocía que el ‘florentino’ Oficial Mayor del Ministerio examinaba con detalle a los funcionarios que, tras las prácticas, llegaban a su presencia. Conforme a sus particularidades de todo orden, el *piscator* repartía los destinos y cargos entre las mil dependencias del Departamento. En el caso de Aurelio fue suficiente el apellido para el rápido envío al negociado sujeto a la tutela de Pereda. Después, él mismo se extasiaba explicando esta decisión a sus fieles subordinados... *os imagináis que un administrado pregunte por el Sr. Desdentado y salga a recibirle el Sr. Pereda...* La anécdota tiene su miga pues refiere el peso del azar en la vida de las personas, y cómo unos prominentes incisivos pueden ser la causa eficiente de una profunda especialización en el complejo ordenamiento de Seguridad social...

En 1969 fui nombrado Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, en la Universidad Literaria de Valencia. Nuestras dos carreras se distanciaban geográficamente, pero aun así ninguno de nosotros olvidó la experiencia compartida en la ENAP.

3. Terminado el curso académico 1971-1972 regresé a Madrid, contratado como catedrático supernumerario por el Colegio Universitario San Pablo CEU. Inmediatamente retomé el contacto con Aurelio, quien por entonces desempeñaba el cargo de Jefe de la Sección de Asuntos Generales y Asesor de la Dirección General de la Seguridad Social y del Servicio Social de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos, en el Ministerio de siempre. Tras unas cuantas reuniones lúdicas, en el año 1973 decidimos fundar un bufete al que bautizamos como *Bufete Laboral* y que funcionó con ese nombre, en la calle de Fuencarral, hasta 1993 y, con presencia de Aurelio, hasta 1982. A ese periodo de diez años, comprendido entre 1973 y 1982, es al que me gusta denominar *Década Prodigiosa* y a la que dedico el epígrafe siguiente. Pero no sin antes aclarar que, entre 1983 y 1986 –fecha del acceso de Aurelio a la Sala Social del Tribunal Supremo– continuó una visible colaboración científica en-

⁵ La primera colaboración publicada fue «Política de salarios y salarios de cotización y prestaciones a efectos de Seguridad social. En la *Revista de Trabajo*, 1970, núm. 31. De mucha mayor enjundia es el estudio que realizaron del primer texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, por el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo. Cfr. *Ley General de la Seguridad Social. Texto Refundido* (Ministerio de Trabajo), 1974, pp. 17-167.

tre nosotros dos, que saltó a varios años después, de lo que son muestra las siguientes actuaciones:

1.^a En el año 1983 la Fundación IESA (Investigaciones Económicas y Sociales Aplicadas) me encomendó un estudio sobre la reforma del sistema de Seguridad social que era gran preocupación nacional por aquellos días. Inevitablemente propuse a Aurelio la codirección del estudio que se finalizó y publicó en el mismo año, y en el que colaboraron Ignacio Cruz Roche, José Griñán Martínez, Emilio González Sancho e Ignacio Tejerina Alonso⁶. El riguroso análisis técnico, y las propuestas concretas de mejora de un sistema que venía aplicándose desde veinte años atrás, justificó la elaboración de una edición segunda, actualizada y revisada por dos catedráticos tan competentes como Tomás Sala Franco y Juan Manuel Ramírez Martínez⁷.

2.^a En el mismo año 1983, a la muerte del maestro y amigo Manuel Alonso García, director de la *Revista de Trabajo*, Serie Verde, fui designado para sustituirle. Esa serie finalizó con el célebre número 100, en 1990⁸ y, durante ese periodo de ocho años, gracias al Consejo de Redacción que designé –cinco figuras del Derecho del Trabajo, entre las que se encontraba Aurelio⁹, gracias a los cuales se publicaron, 31 números de la citada serie, dando paso a la Serie Rosa, de la que se publicaron otros 21 números más, hasta 1997, de cuyo Consejo de Redacción siguió formando parte Aurelio¹⁰. De manera que tuvo en estas revistas una actuación continuada antes y después de que fuese nombrado Magistrado de la Sala Social del Tribunal Supremo. Colaboración tan calificada finalizó cuando el nuevo Secretario General Técnico del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Julio Sánchez Fierro, resolvió convertir lo que siempre había sido una revista única, en cinco revistas diferenciadas, ofreciéndome la dedicada al *Derecho Social Internacional y Comunitario*, régimen mantenido hasta el 2021, fecha en la que el equipo de la Ministra Yolanda Díaz ha resuelto volver a la unidad, acreditando que el mito de Penélope tiene

⁶ *Informe sobre el sistema español de Seguridad social*. IESA, 1983, 154 pp.

⁷ *Informe sobre el sistema español de Seguridad social*. IESA, 2.^a ed. 1985, 256 pp.

⁸ El número 100 contiene, en sus 1.065 páginas, las respuestas de 21 Universidades, a los problemas y tensiones originados por la Ley 2/1991, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación, muy relevantes entonces pero que el paso del tiempo retrata como una batalla naval en el estanco del Retiro.

⁹ Eran los restantes miembros del Consejo, Manuel Carlos Palomeque López, Gabriel Garcia Becedas, Aurora Domínguez González y Miguel Colina Robledo. Como Secretarios de la Revista, me auxiliaban en el día a día Ignacio García-Perrote Escartín y Gregorio Tudela Cambroner.

¹⁰ Las novedades en el Consejo de Redacción de esta nueva serie, respecto de la Verde anterior, fue la incorporación de Bernardo Gonzalo González como Subdirector y la ampliación de vocales tan significativos como Santiago González Ortega, Ana Vicente Merino, José Antonio Panizo Robles, José Antonio Herce San Miguel, Fidel Ferreras Alonso y Blas Oliet Pala.

plena vigencia y que la historia de cualquier institución queda fatalmente condenada al *corsi y ricorsi* de Giambattista Vico, para quien el acontecer de la vida no es lineal sino recurrente.

3.^a En el año 1984, Aurelio y yo redactamos y defendimos públicamente, en las I Jornadas de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, una Ponencia sobre «La cobertura del desempleo», que fue publicada luego por la Facultad con ese mismo título¹¹.

4.^a También en el año 1984 acometimos la compleja tarea de recopilar las *Leyes de Seguridad social*, dentro de la colección que editaba Akal y que contaba en ese momento de dos tomos, respectivamente dedicados a las *Leyes Sindicales*¹² y a las *Leyes Laborales*¹³. Vencimos el reto de la ciencia sin raíces –de que hablaba Lorca en su *Poeta en Nueva York*– gracias a la sabiduría y amplísima experiencia de Aurelio y de Enrique Juanes Fraga, éste al frente durante años de la asesoría jurídica del INP/INSS. El libro se publicó finalmente en 1985, con un total de 1.680 páginas, constituyendo en ese momento, creo, la más completa recopilación de esas prolijas disposiciones legales¹⁴.

5.^a En el año 1986, me reuní de nuevo con Aurelio para programar un libro de casos, complementario del anterior, sacados de nuestra actividad profesional que, finalmente se editó con el título de *Ejercicios prácticos sobre Seguridad social*, en el que aquél aparece como Profesor Honorario de Derecho del Trabajo de la UAM¹⁵; obra que también contaba con dos libros antecedente publicados por la misma editorial¹⁶. En la *Presentación* confesamos creer... «que es bueno que el alumno sepa que no siempre son mejores las soluciones que han sido, y que perfectamente podrían haber sido otras». Invocabamos con estas palabras el método dialéctico utilizado en la ENAP, diez años antes, cuando Aurelio era funcionario en prácticas y participaba en el

¹¹ En las páginas 389 a 412.

¹² A mi cargo y de Gabriel García Becedas, se publicó en 1981 (681 pp.), libro precisamente dedicado a Aurelio y a Manuel Carlos Palomeque López.

¹³ A mi cargo y de Aurora Domínguez González, la primera edición se publicó en 1982 (1.072 pp.) y la segunda en 1986 (1.584 pp.), con un *Apéndice a las Leyes Laborales y Sindicales*, 1984 (127 pp.).

¹⁴ El libro estaba dedicado a nuestro joven y desgraciado compañero en el Bufete Laboral, Ramón Beamud Manrique, trágicamente fallecido en accidente de automóvil. Los versos de José Ángel Valente que abrían la obra –*entre mi ser y mi destino, un mu ro:/la imposibilidad feroz de lo posible/... el alma pende sí misma solo,/del miedo, del peligro, del presagio*– iban doblemente referidas al vuelo efímero de las normas de Seguridad social y a la suerte en la vida. Recuerdo que en el tanatorio de Las Rozas, mascullaba yo el sobrecogedor verso de Giacomo Leopardi... *fratelli, a un tempo stesso, Amore e Morte/ingenerò la Sorte...*

¹⁵ El libro se publicó por la editorial CEURA. Compuesto de 326 páginas, iba precedido por estos versos de Fray Luis de León tomados de sus *Esperanzas burladas...* *la noche aquí se vela, aquí se llora/ el día miserable sin consuelo/ y vence al mal de ayer el mal de agora...*

¹⁶ Eran el de *Ejercicios prácticos de contrato de trabajo*, que escribí en colaboración con Aurora Domínguez González (216 pp.) y el de *Ejercicios prácticos sobre Derecho sindical*, escrito en colaboración con Gabriel García Becedas (414 pp.).

Seminario de casos prácticos que yo había organizado y que sirvió de amistad de arranque entre nosotros.

6.^a En el año 2003 programé, con Lourdes López Cumbre, un curso de verano, en el Aula de Relaciones Laborales de la Universidad de Cantabria, sobre *Principios del Derecho del Trabajo*, para cuyo desarrollo invitamos a siete prestigiosísimos catedráticos de la disciplina, profesores Casas Baamonde, García Perrote, Martín Valverde, Mercader Uguina, Ojeda Avilés, Palomeque López, Rodríguez Piñero Bravo-Ferrer y Sala Franco. Aparte de dos magistrados del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sánchez Pego y Tolosa Tribiño, de la alta magistratura solo intervino Aurelio, al que encomendamos el principio peor configurado por la doctrina, el *Principio Pro Operario*. Aurelio nunca defraudaba y con una puntada seria y otra en broma, dejó resuelto el asunto para siempre. Primero eligió el pasaje filosófico de Hume según el cual... «todo conocimiento se degrada de este modo en probabilidad y esta probabilidad es mayor o menor según nuestra experiencia de la veracidad o engaño de nuestro entendimiento, y según la simplicidad o complejidad del tema». Y después recordó ese título interrogativo de la novela de Jardiel Poncela ¿Hubo alguna vez once mil vírgenes?, confesando haberse preguntado también él si había existido alguna vez aquel principio, encontrando como respuesta negativa estar frente... «a una reliquia histórica, a un ejercicio de arqueología jurídica, y me temo que ese ejercicio pueda resultar algo rancio. Habrá que abordarlo, por tanto, con algún humor»

II. LA DÉCADA PRODIGIOSA, 1973-1982

1. Las funciones de Aurelio como Jefe de la Sección de Asuntos Generales y Asesor de la Dirección General de la Seguridad Social se extendieron hasta el año 1977, en que pasó a desempeñar el cargo de Asesor Técnico de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo, desempeñado hasta 1979, en el que cambió de Ministerio al ser nombrado Jefe de la Sección de Informes de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Industria y Energía, hasta el año 1983. Pero en el año 1983, el fortalecimiento del régimen de incompatibilidades fue la causa de que Aurelio abandonara el Bufete Laboral que tan brillantemente había contribuido a engrandecer en los diez años que van del 1973 al 1982. Hasta entonces sus distintas actividades ministeriales no repercutían en la prolija e intensa actividad de un despacho de abogados que, en un año desde su fundación, adquirió enorme prestigio y abundante cliente-

la, pese a la autolimitación que nos impusimos de no defender más intereses que los de los trabajadores y los de sus representantes legales y sindicales.

En la década de los setenta tuvimos ocasión de celebrar la anécdota que paso a narrar, la que provocaba la hilaridad de Aurelio cada vez que la recordaba... Parece ser que a principios de 1976 redactó un informe para el Ministro del ramo, relacionado con un Decreto que el Ministro de la Presidencia del Gobierno presentaba al Consejo de Ministros. Al parecer el informe estaba redactado con la sinceridad y al alto sentido crítico que Aurelio proyectaba a sus trabajos. El Ministro de Trabajo era a la sazón, desde diciembre de 1975, Don José Solís Ruiz, conocido como «la sonrisa del régimen», que hacía del cuidado de las relaciones públicas la principal herramienta de su aplaudido *savoir faire*. Al parecer, llegado su turno, el Ministro de Trabajo dio lectura al informe que le había entregado su Secretario General Técnico... Horas después llegaba demudado a su sede e imputaba a éste el mal trago que le había hecho pasar al dirigir al Ministro de la Presidencia, todo un caballero, el montón de inconveniencias que contenía el informe. El Secretario General, nervioso y azarado, trataba de interrumpir el chaparrón de improperios que le caían encima, explicando que era un informe que había redactado Aurelio Desdentado... Pero el Ministro al parecer no escuchaba esa disculpa y seguía elevando el tono de su indignación... pero Desdentado, balbuceaba entrecortadamente el atribulado Secretario... no me digas nada y no vuelvas a ponerme en una situación tan ridícula... es que Desdentado... no tienes idea de lo que es el Consejo presidido por su Excelencia y lo mal que me has hecho quedar... perdona Ministro, te decía que Desdentado... Y ya a la cuarta o quinta vez de oír ese nombre, reparó por fin el Ministro en él y dijo... ¡pero quién es ese Desdentado! Y con su acento egabrense inquirió... ¿«ecizte eze tío»?...

2. El Bufete Laboral se dedicaba al asesoramiento y defensa de los clientes que nos iban llegando a un ritmo tal que pronto nos obligó a contar con algunos prestigiosos compañeros. Enrique Juanes Fraga, Rita Núñez Alonso, Bernardo Paredes Gómez, Aurora Domínguez González, Félix Herrero Alarcón, Ramón Beamud Manrique, Valentín Ugalde Drove... se fueron incorporando paulatinamente al Bufete, contribuyendo a su progresivo prestigio, con la ayuda de secretarías volcadas en su imprescindible tarea de diario apoyo. El nombre de María José Fernández Olalde no debe quedar en el olvido, como cabeza de la secretaría a la que progresivamente se fueron añadiendo otras diligentes secretarías.

El Bufete dedicaba especial atención a los pleitos que era necesario emprender para la defensa de los intereses que se le confiaban. Esta dimensión contenciosa era desde luego la predominante. Lo normal es que Aurelio, yo o

ambos conjuntamente recibiéramos a los clientes nuevos y calibráramos la dificultad de nuestros servicios. Nunca entonces hicimos presupuestos por escrito y los honorarios solían fijarse, según costumbre de la época, al menos en los Despachos laboralistas, en porcentaje de lo que se consiguiera, generalmente un 10%, conocida como «prima de éxito». Algunas veces se establecía un mínimo fijo y otras muchas ni siquiera eso, dado que los clientes eran siempre trabajadores, sindicatos o entidades sin ánimo de lucro o, al menos, sin enfrentamiento con trabajadores. El asunto pasaba luego a uno de los letrados del Bufete quien habitualmente se encargaba de la totalidad del trámite, hasta la resolución del caso por acuerdo, sentencia o, más raramente, desistimiento o renuncia. Los casos de mayor dificultad técnica, o mayor relevancia social, solían caer en manos de Aurelio, quien los estudiaba a fondo y redactaba la demanda o el informe. Pese a que se encontraba incorporado al Ilustre Colegio de Abogados de Madrid desde el mismo año 1973, fecha de la fundación del Bufete (número de carnet 12.084), no recuerdo una sola vez que se vistiera la toga ni defendiera en Juzgados y Tribunales ninguno de los pleitos que tan cuidadosamente había preparado. Esa función quedaba en mis manos, o en la de alguno de los restantes Letrados, hasta que la sentencia requería recurso, o impugnación del recurso de la parte contraria, en cuyo caso el asunto volvía a veces nuevamente a las manos de Aurelio. Pero no es extraño que, entre los cientos de pleitos que llevamos en los diez años de presencia de Aurelio en el Bufete, hubiera muchas excepciones al régimen expuesto, salvo en lo que respecta a la defensa en juicio, nunca practicada por él. En ese largo periodo defendimos a numerosos colectivos, casi siempre trabajadores o personal estatutario que pretendía el reconocimiento de su relación fija o estable, o bien trabajadores que habían sido cesados masivamente por la situación económica deteriorada a la muerte de Franco e inicio de la transición, por reconversiones, insolvencias, regulaciones de empleo o supuestos similares. En esos casos, era habitual que las importantes cantidades correspondientes a los cientos de personas que integraban los colectivos –por aquel entonces, el Fondo de Garantía Salarial hacía frente a la práctica totalidad de los débitos salariales o indemnizatorios devengados–, las cobrásemos en el Bufete directamente de la Caja Postal, convocando a los interesados para que pasasen por el Despacho a percibir lo que individualmente les correspondía, previo descuento del 10%.

La segunda dimensión era la del asesoramiento no contencioso, traducida en la realización de Informes y Dictámenes, o colaboración con las Administraciones Públicas en la preparación de proyectos legislativos de cierta relevancia, que eran minutados en proporción a su dificultad técnico-jurídica. En toda la década se realizaron varios cientos de estos trabajos, en los que inter-

veníamos sobre todo Aurelio y yo, aunque algunos otros llevaban la firma de letrados con amplia experiencia, sobre todo la muy visible de Enrique Juanes Fraga. De todos estos trabajos creo que es interesante dar cuenta de la actuación protagonista del Bufete en la creación de la Muface, la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado, única y obligatoria, que fue el origen de la desaparición de las docenas de Mutualidades departamentales y de cuerpos funcionariales especiales, causa de una enorme desigualdad en el segundo nivel de cobertura social de los funcionarios, complementando el sistema de clases pasivas. Pero vayamos al origen de esa encomienda, en el año 1971, en el que pronuncié una Conferencia en la UAM –a la que aún no pertenecía– bajo el título de «Configuración de un régimen especial de Seguridad social para funcionarios civiles del Estado», según la previsión de la Ley de Bases de 1963 y sus normas de desarrollo¹⁷. Se proponía allí, como posible alternativa, la creación de una única Mutualidad de funcionarios civiles. La ventaja de depender de Presidencia del Gobierno, en cuanto Profesor de la ENAP, favoreció que el Director General de la Función Pública conociera algunos informes y dictámenes posteriores salidos del Bufete, en desarrollo de esa idea de unidad mutualista, y con fecha 1 de septiembre de 1973 me comunicó por escrito la Orden del Ministro-Subsecretario de la Presidencia del Gobierno, de esa misma fecha, en la que se me designaba... «Asesor en Derecho del Trabajo y Seguridad social de la Dirección General de la Función Pública». Se me permitió designar a dos colaboradores retribuidos para realizar estudios sobre la posible unificación mutualista, facilitándome un piso en la calle de Velázquez, donde dispondríamos de una secretaria y de la documentación que aportásemos o solicitásemos. Ni que decir tiene que designé a dos funcionarios Técnicos de Administración Civil, Aurelio desde luego y otro exalumno de la ENAP, y en ese momento destinado en el Ministerio de Trabajo, mi buen amigo Isidoro López Pena, dominador de diversas artes. Los trabajos se extendieron algo más de dos años y arribaron a la propuesta articulada de una Mutualidad unificada de Funcionarios Civiles que, con las modificaciones más o menos intensas que en ella se introdujeron en el proceso legislativo, llevaron a la creación de MUFACE por Ley 29/75 de 27 de junio y al Decreto 843/1976, de 18 de marzo, aprobatorio del Reglamento General del Mutualismo Laboral. Dispongo del Oficio trasladado por el nuevo Director General de la Función Pública cesándome, a efectos económico-administrativos, el 31 de diciembre de 1976,

¹⁷ La conferencia se pronunció el día 27 de abril, dentro de la Semana de Estudios sobre la burocracia española», organizada por la Asociación Española de Administración Pública. Posteriormente se publicó como el capítulo IX de mi libro *Estudios sobre Seguridad social de los funcionarios públicos* (Enap, Colección Alcalá, 1971, pp. 303-331).

pero con el siguiente reconocimiento... «en nombre del Subsecretario de esta Presidencia del Gobierno y en el mío, te agradezco la colaboración que has prestado a esta Dirección General en los trabajos y estudios realizados sobre lo que hoy es la Ley de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles, así como en lo que se refiere al Reglamento de la Mutualidad General para los que puse al servicio de la Administración y de los funcionarios los grandes conocimientos que posees sobre la materia»... Conocimientos que, evidentemente, compartía y enriquecía con los no menores de Aurelio y de Isidoro, sin cuya ayuda fundamental esa propuesta que conseguimos no se habría materializado.

3. Al lado de las descritas, en el Bufete Laboral se realizaban simultáneamente otras actividades encaminadas a un mejor conocimiento y aplicación de los ordenamientos laboral y de seguridad social. De un lado, la publicación de libros y estudios y artículos en revistas especializadas y, de otro, la presencia en la sociedad civil mediante la impartición de diversas enseñanzas y difusión de conocimientos.

Al hablar de las publicaciones, cabe distinguir entre las que salieron del Bufete como tal, y las que fueron publicaciones individuales de los letrados del Bufete. Naturalmente se va a prescindir aquí de la enumeración de estas últimas, salvo aquellas que implicaron una colaboración entre Aurelio y otros letrados del Bufete o que se llevaron a cabo para su incorporación a soportes creados por el Bufete directamente o en colaboración con otras entidades, como la UAM o la Sociedad de Estudios Laborales (SELSA), fundada por Sagardoy y por mí, como sociedad anónima, en el mes de marzo de 1974, y en cuyo objeto social destacaba la realización de publicaciones especializadas sobre materias jurídicas y sociales.

a) Las publicaciones del Bufete Laboral representaron un esfuerzo gigantesco de creación doctrinal, habida cuenta de la exigente distribución del tiempo disponible entre la defensa de los clientes y esas otras actividades entendidas como complementarias. Una característica a destacar fue la participación de un buen número de los letrados del Bufete en un considerable número de ellas, expuestas a continuación por orden cronológico. Pero no me resisto a mencionar la común afición mía y de Aurelio por la poesía, lectores prisioneros de la misma casi diariamente. Por mi parte, desde el año 1965 había adoptado la costumbre de anteceder cualquiera de mis trabajos con una cita de un pensador o de un poeta¹⁸ lo que, según me comentó Aurelio, siempre le había pareci-

¹⁸ La primera apostilla de este tipo que recuerdo, precedía a un artículo sobre el «Proyecto de Ley de Derechos Pasivos de los funcionarios de la Administración Civil del Estado y los principios de Seguridad social», publicado en la *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, núm. 1 de ese año. La cita en ese

do una excelente idea, opinión que no compartía el gran maestro Alonso Olea, el cual un día que no recuerdo, comentándome positivamente un trabajo recientemente publicado, que tampoco recuerdo cuál fuera éste, me dijo que le perdonara la sinceridad, porque no le parecía bien la cita poética previa que yo incorporaba vez tras vez. Sin embargo, bastantes años después, en unas de las muchas ocasiones en las que coincidíamos, me felicitó por haber puesto de moda una práctica que ya empezaba a seguir buena parte de la doctrina. Bien, lo cierto es que casi todos los trabajos publicados por el Bufete Laboral llevan esa cita, siempre elegida de acuerdo con Aurelio, con la que buscábamos la imaginativa relación con lo escrito o simplemente una cierta provocación. A partir de 1977 –año significativo en el proceso de transición a la democracia–, las publicaciones se multiplicaron, con la particularidad de que en algunas de ellas el Bufete buscó la colaboración con otras entidades ajenas al mismo. Ello suponía un sacrificio enorme de la vida privada, que realizábamos generalmente cuando terminaba la extensísima jornada que allí se imponía y cuando la daban por finalizada todos los letrados y el personal auxiliar menos nosotros dos. Encerrados en un despacho programábamos y discutíamos lo que podíamos hacer y cómo debíamos llevarlo a cabo, generalmente fraccionando en partes o temas lo que habría de unirse luego, previa lectura rigurosa de quien no había escrito esa parte, hasta alcanzar el consenso que se plasmara en el texto escrito. Creo firmemente que esa intensa y prolongada colaboración disparó la prodigiosa inteligencia de Aurelio y cuajó la que ya era una formación jurídica multidisciplinar poco común, y que tantos frutos tangibles habría de dar en el futuro, particularmente desde su nombramiento de magistrado casacional.

1.^a A mediados de 1976 se emprendieron las reuniones para diseñar la obra más importante salida de nuestra colaboración, el *Manual de Seguridad Social* editado por Aranzadi al año siguiente¹⁹. En el *Prólogo* a esta primera

caso fue del sociólogo Gustave Le Bon, quien tenía escrito... «lo que se llama vejez de un pueblo, es una vejez mental mucho más que biológica». Quizá la primera cita poética fue la que incluí en el año 1971 en los Esquemas de Derecho del Trabajo que empecé a elaborar en la Facultad de Derecho de Valencia, y que editó como libro su Universidad 36 años después... Esquemas de Derecho del Trabajo. Curso 1971-1972 (Universidad de Valencia), 2007, 594 pp. En este libro sigue apareciendo la misma cita previa que en el ciclostil de 1971, del poeta y dramaturgo Bertold Brecht, quien en su Loa de la duda escribió... «pero la más hermosa de todas las dudas/es cuando los débiles y desalentados levantan su cabeza/y dejan de creer/en la fuerza de sus opresores», *apud*, p. 18.

¹⁹ El *Manual* está dedicado a Juan Antonio Sagardoy Bengoechea y a Alberto de Pereda Mateos. A su prólogo anteceden los fragmentos seleccionados de los tres conocidos poemas de León Felipe, *No me contéis más cuentos*, *Sé todos los cuentos* y *Quiero... sueño*, pertenecientes todos ellos al poemario *Llamadme publicano* (México, 1950). Los versos que figuran en el prólogo son, pues, éstos ... *la cuna del hombre la mecen con cuentos/los gritos de angustia del hombre los ahogan con cuentos/el llanto del hombre lo taponan con cuentos/los huesos del hombre los entierran con cuentos/el miedo del hombre/ha*

edición explicábamos nuestra decisión de acoger como núcleo de imputación de las normas de Seguridad social, no el riesgo social, ni las prestaciones, ni figuras referenciales como el accidente de trabajo, sino los medios económicos disponibles para la financiación de los fines programados en cada caso, pues... «son esos recursos financieros los que posibilitan el desarrollo de la acción social y limitan de hecho su virtualidad. Un acercamiento a los problemas económicos y financieros permite, en definitiva, diagnosticar y calificar, con escaso margen de error, el punto específico que ocupa un sistema dado de Seguridad social entre los polos extremos de la protección indiferenciada y el mito de la cobertura plenaria de los estados de necesidad»... Desde luego tuvimos particular cuidado en reconocer el valor de guía que nos habían prestado los escritos de Ucelay Repollés, Alonso Olea, Borrajo Dacruz y Almansa Pastor, y sobre todo quisimos reafirmar que este libro era... «resultado de muchos años de amistad y colaboración científica entre sus autores, desde hace tres años unidos en la labor de defensa de los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores. Por eso algunas de las posiciones teóricas que se mantienen en el Manual fueron contrastadas a menudo con la efectiva aplicación del ordenamiento normativo, lo que creemos confiere a la obra un estilo propio»²⁰.

Ese estilo propio fue reconocido por una crítica decididamente elogiosa, que no dudó en situar la obra en el altar de los libros clásicos en la materia, desde el mismo momento de su publicación. El profesor Vida Soria, queridísimo colega, y uno de los grandes tratadistas de Seguridad social, llegó a decir, en el *Estudio Preliminar* a la traducción de la admirable obra de Paul Durand²¹, que era el nuestro el mejor manual de cuantos se habían publicado en España. La segunda edición apareció, dentro de la misma editorial Aranzadi, en 1979, manteniendo su columna vertebral y sus principios, y con el decidido propósito de defender un sistema de Seguridad social progresivo. Por ello, en la *Nota* que abre la edición de 1979 –mucho más extensa que la anterior, con sus 758 páginas– insistíamos en que... «el carácter abiertamente valorativo que, como ha

inventado todos los cuentos/... no me contéis más cuentos... La verdad es que estos versos tuvieron una repercusión enorme y muchos críticos se fijaban más en ellos que en la obra misma, para calificarla de atrevida y realista.

²⁰ Al final de este «Prólogo» agradecíamos las ayudas recibidas en la construcción del *Manual*, por parte de nuestros amigos y compañeros Lidón Nebot, Ramón Beamud, José María Calvo, Aurora Domínguez, Ángeles Enciso, María José Fernández, José Antonio Griñán, Margot Gutiérrez, Antton Ibarguren, Enrique Juanes, Lucía Merino, Rita Núñez y María Luz Sánchez.

²¹ Cfr. *La política contemporánea de Seguridad social* (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), 1991, 740 pp., con un excelente *Estudio Preliminar* en el que se hace la opinión que recoge la cita del texto (*apud*, p. 30). La obra original, objeto de traducción, fue *La politique contemporaine de Sécurité sociale* (Librairie Dalloz), 1953.

resaltado la crítica especializada, asumíó este Manual desde su aparición, y el propio compromiso ideológico, aunque desde una posición independiente, se mantienen por supuesto en esta edición. Y, en este sentido, conscientes de que la pretendida neutralidad científica sirve en realidad los intereses de los grupos dominantes, en lo que se ha podido calificar de apología indirecta –aquella que muestra el Derecho existente como necesario e inalterable, como el único posible– esta edición no se limita a incorporar los nuevos datos normativos y jurisprudenciales y las aportaciones fundamentales de la doctrina científica, sino que aborda la crítica de las más recientes acciones normativas en cuanto respuestas que intentan imponer a la crisis una salida no ya conservadora, sino decididamente reaccionaría en el sentido más estricto del término». La única innovación de la obra, fuera de las numerosas actualizaciones requeridas por la profusión normativa de los dos años transcurridos, fue la adición de un capítulo XV sobre el ejercicio de los derechos de Seguridad social.

Muchas veces me han preguntado, y me siguen preguntando todavía –y me consta que a Aurelio también– por qué una obra tan relevante se dejó morir en una segunda edición. Y la verdad es que no hay misterio, pues lo que razonablemente pudiera haber sido una tercera edición, dos o tres años después de la segunda, encontró un ambiente rotundamente distinto del que permitió la elaboración de la obra, con el compromiso que se ha descrito. Por una parte, desde 1983, Aurelio dejó de pertenecer al Bufete para concentrarse en su ya destacadísima actividad administrativa, de manera que el método de trabajo que habíamos empleado hasta entonces resultaba inviable. A lo que se añadió que, desde 1986, Aurelio pasó a realizar una función judicial al más alto nivel, siendo claro que no todo aquello que suscribe un abogado laboralista desinhibido, es lo mismo que quiere, puede o debe suscribir un Magistrado del más alto órgano jurisdiccional, quien por cierto no resuelve con plena autonomía de opinión, sino sujeto a la opinión colectiva de la Sala. Por ese motivo, cuando en el año 2002 mi querido compañero y amigo José Luis Monereo Pérez –otro de los grandes expertos españoles de Seguridad social– me propuso resucitar el *Manual* en la editorial Comares, sin cambio alguno de su segunda edición, comprendí perfectamente que Aurelio no prestase la conformidad que yo desde luego hubiera podido prestar sin ninguna reserva.

2.^a También en ese año 1977, el Instituto de Estudios Sindicales nos publicó la obra que recogía doce casos reales defendidos en el Bufete Laboral entre 1973 y 1976. Titulamos la obra, firmada por nosotros dos, *Casos prácti-*

*cos de Derecho del Trabajo y Seguridad Social I*²², detallando en su *Prólogo* las peculiaridades de la obra. Se explicitaba en él igual compromiso que el plasmado en el *Manual*, afirmando ahora que... «los Casos Prácticos que se recogen aquí son, pues, el resultado de una tarea común y compartida por todos con la ilusión de que nuestro Bufete Laboral alcance a contribuir al movimiento de la clase trabajadora en la defensa y promoción de sus derechos legítimos». De los diversos modelos de casos prácticos utilizados en la docencia, optamos en esa ocasión por el que nos atrevimos a bautizar como «caso forense», de modo que el consultante dispusiera de la historia completa y de la totalidad de las actuaciones a que hubiera habido lugar, desde la primera visita del cliente hasta la terminación del pleito. Nos consta que el libro fue más utilizado en los Despachos que en las Universidades, pues lo cierto es que facilitaba un enorme número de escritos de todo orden (demandas, recursos ordinarios, recursos de suplicación y casación, impugnaciones, alegaciones, etc.). Nunca supimos, en cambio, si fue tenido en cuenta nuestro criterio de minimizar la pura observación de los hechos, para magnificar la significación social de cada supuesto. Y aunque el libro se concebía como el primer volumen de una serie periódica, diversas razones –no pequeña la desaparición del editor– convirtieron la obra en obra única.

3.^a En el mismo año 1977, la colaboración con el Departamento de Derecho del Trabajo de la UAM dio como fruto un libro titulado *La transición política y los trabajadores. Anuario de las Relaciones Laborales en España en 1977*²³. Colaboraron en él por la UAM, hasta doce profesores –entre ellos Manuel Carlos Palomeque López, Gabriel García Becedas e Ignacio García–Perrrote Escartín, por el Bufete Laboral Aurelio, Enrique Juanes Fraga y Aurora Domínguez González y yo lo hice tanto por una como por otro, jugando de enlace entre las dos entidades. Intervinieron asimismo en la redacción los sindicatos UGT, CC. OO, USO y CSUT, desatendiendo la invitación que les fue cursada la CNT y la CEOE. La redacción del capítulo sobre *Política de Seguridad Social* correspondió a Aurelio, quien en una primorosa exposición crítica de las reformas ensayadas a través de varios libros «de colores»²⁴ y en su fuerte estilo de llamar a las cosas por su nombre, acusaba a la propuesta de

²² Compuesta de 886 páginas y dedicada a los Bufetes Laboralistas, contó con la participación de los letrados y personal del Bufete, Ramón Beamud Manrique, Enrique Juanes Fraga, Rita Núñez Alonso, Antón Iburguren Jauregui, María José Fernández Olalde, Paquita Mas González, Aurora Domínguez González y Valentín Ugalde Drove.

²³ El libro se publicó por la Editorial De la Torre, compuesto de 395 páginas.

²⁴ El capítulo se desarrolla entre las páginas 161 y 182. Desde febrero de 1977 se gesta la preparación del Libro Blanco que supuso el cese del Subsecretario y Secretario General Técnico del Ministerio. De los 25.000 folios iniciales –cuenta Aurelio– se pasó a 1.800, que después se redujeron a 700, igualmen-

reforma «verde» de... «liberalismo delirante [próximo] al desmantelamiento de la Seguridad social y su conversión en un sistema mínimo de asistencia social, devolviendo a la iniciativa privada, a la ley del mercado, la libertad de contratación de unos seguros sociales obligatorios definidos por el Estado, pero administrados tanto o entidades públicas como privadas en régimen de libre concurrencia y competencia».

4.^a También en 1977 se produjo la colaboración del Bufete con el Ilustre Colegio de Licenciados y Doctores en Ciencias Políticas y Sociología, y también con el Departamento de Derecho del Trabajo de la UAM y con SELSA. Ese inhabitual entendimiento a cuatro bandas, propiciado por mi condición de Decano de la corporación²⁵, dio lugar a un libro agotado al poco de editarse por el propio Colegio, al ser el primer, y durante muchos meses el único comentario al Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo. El libro recogía el texto literal de las dos conferencias pronunciadas –yo asumí la del Despido y Jaime Montalvo la de la Huelga–, y el debate habido en una Mesa Redonda, en las Jornadas del 21 y 22 de marzo²⁶. En esta Mesa actuaron como subponentes, con temas específicos a su cargo, Sagardoy (Reestructuración de plantillas), Palomeque (Conflictos y Convenios Colectivos), Rodríguez Navarro (Huelga) y Aurelio (Despido). Negó éste la sinceridad de la explicación oficial de que la regulación del despido en el RDL 17/77 suponía una acomodación a los criterios vigentes en la CEE, contrastando la diferencia de unos sindicatos consolidados en ese ámbito, capaces de frenar las arbitrariedades en el despido, y la situación de España con sindicatos sumidos aún en la ilegalidad. Por cierto, que estas Jornadas, de las que nació el libro que se comenta, estuvieron precedidas de una anécdota inolvidable. Pocos minutos después de iniciadas las sesiones²⁷, un Inspector de Policía me exigió, como Presidente de la Mesa, que pusiera fin al acto pues había sido prohibido por la autoridad gubernativa. El profesor Palomeque es testigo de que inmediatamente salí a llamar por teléfono al Gobernador Civil de Madrid que, en aquella fecha, era Juan José Rosón Pérez –luego Ministro del Interior en 1980–, por fortuna Licenciado en Ciencias Políticas y colegiado de la corporación. Como Decano le aseguré que se trataba de un acto organizado por el Colegio para hacer el comentario técnico de una disposición legal de reciente aprobación, y

te inservibles. Para no ir a una huelga de cotizaciones, se ofrecía un Libro Verde presentado por los grupos de presión más cualificados.

²⁵ Ganador de las primeras elecciones democráticas celebradas en la Corporación en 1976, encabezando la candidatura de Profesionales Independientes-PSOE.

²⁶ Encomendamos la edición del libro a la sabiduría de Luis Sastrón y en pocos días el libro estaba en la calle con sus 279 páginas.

²⁷ En la sede de la Escuela de Magisterio María Díaz Jiménez, de Islas Filipinas,

no de un mitin político sobre la huelga como al parecer se presumía. Rosón me rogó que le pasara al Inspector y le debió dar una orden terminante porque de inmediato me pidió éste disculpas por la interrupción para que pudiera continuar con normalidad la sesión programada.

5.^a En el siguiente año 1978 salió a la luz nuestro libro *La amnistía laboral. Una crítica política y jurídica*²⁸, nacido de unos debates, en la sede del Bufete, entre sus letrados y algunos invitados a esas sesiones, tal como se narra más adelante (*infra*, sub. 5, 4.^a). Por una parte pretendíamos adquirir los conocimientos imprescindibles para la defensa adecuada de los pleitos que nos llegaban con aplicación de la Ley 46/77; pero también para facilitar una fuente de información fiable a cuantos andaban perdidos por los vericuetos creados por esa Ley, por la Circular 1/78 de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, por la Circular apócrifa de la Dirección General de Jurisdicción de Trabajo, con normas para la aplicación de la Ley por las Magistraturas de Trabajo –conocida solo a través de la prensa (¿?)– y por la profusa legislación sobre indulto y amnistía promulgada a partir del Decreto 2940/1975. Preparamos un cuestionario para que lo respondieran los sindicatos y los empresarios, lo que hicieron UGT, CC.OO., USO, CSUT y SU, y la patronal COPYME, guardando silencio CNT y CEOE.

6.^a La distribución de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia laboral y de seguridad social fue tema que abordamos Aurelio y yo entre 1978 y 1980, publicando tres trabajos sucesivos. El primero de ellos, cronológicamente hablando, es el titulado «Delimitación de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de relaciones laborales y seguridad social. De la experiencia republicana a la Constitución de 1978» que vio retrasada la publicación hasta 1980, en el núm. 4 de los *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, presentado como un monográfico sobre *Los trabajadores y la Constitución*. Porque además de nuestro citado estudio, recogía las Ponencias debatidas en unas Jornadas sevillanas, organizadas en 1978 por el profesor Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, sobre las relaciones laborales en la Constitución Española²⁹. Dieron continuidad a ese primer estudio

²⁸ Publicó el libro la editorial De la Torre, en su colección de bolsillo, con 222 páginas. El libro estaba dedicado a las centrales sindicales... *protagonistas de la lucha por la amnistía laboral*. Y la *Presentación* iba precedida de dos citas, una de Carnelutti («la seguridad jurídica tiene un costo terrible, ya que solo se consigue sacrificando la justicia») y otra del poeta H. M. Enzensberger... «mientras te quede tiempo, abre los ojos, no cantes,/vuelven los días en que clavarán/listas sobre las puertas y marcarán/el pecho de los que digan no»...

²⁹ El monográfico consta de 307 páginas y reproduce las ponencias de los profesores M. Rodríguez-Piñero, G. Lyon-Caen, J. M. Verdier, G. F. Mancini, G. Giugni, U. Romagnoli, W. Däubler (pp. 17 a 115) y A. Montoya, A. Martín Valverde, T. Sala, J. M. Ramírez, I. Albiol, L. M. Camps, F. Rodríguez Sañudo,

otros dos posteriores de nosotros dos, con títulos casi idénticos al anterior, publicado uno en los *Documentos y Estudios de la Fundación Friedrich Ebert* (1979, núm. 14) y otro en el libro de Autores Varios, *Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Constitución* (Centro de Estudios Constitucionales, 1980, pp. 413-441), dirigido por el profesor Alonso Olea.

En el estudio inicial –los dos posteriores eran variaciones sobre el mismo tema– hacíamos un guiño a la «armonía» entre los poderes públicos³⁰, tratando de conciliar el entrecruzamiento de sus competencias constitucionales. Arrepentidos siempre de no haberlo publicado como libro, no hemos dejado de valorarlo como el segundo trabajo en importancia, tras el *Manual de Seguridad Social*, de todos los producidos en colaboración en la *Década Prodigiosa*, porque fue precoz en llenar de contenido los conceptos indeterminados de los arts. 148 y 149 CE –como los de «Derecho del Trabajo» y «Relaciones Laborales»–, diferenciando igualmente, en propuesta inédita, niveles mínimo, medio y máximo en la delimitación de las competencias en materia laboral y en materia de seguridad social. Admito desconocer si las creativas conclusiones que alcanzamos hubieran sido las que fueron sin mi aportación al estudio; pero seguro estoy que, desde luego, no lo hubieran sido sin la clarividente aportación de Aurelio.

7.^a *Estatuto de los Trabajadores. Antecedentes normativos, concordancias, jurisprudencia y bibliografía* fue el título del libro que elaboró el Bufete, en 1982, por encargo de la Mutua Castilla, redactado, bajo mi dirección, por sus letrados Aurelio Desdentado, Enrique Juanes Fraga, Ramón Beamud Manrique y Rita Núñez Alonso y dedicado a nuestro compañero Ramón, vivo durante la elaboración y muerto cuando la publicación. El encargo no era exigente pues solo nos encomendaba una guía orientadora para el mejor manejo de los preceptos de la ley³¹.

8.^a La última publicación realizada por nosotros dos tiene asimismo lugar en 1982 y es un comentario jurisprudencial publicado en la *Revista Española de Derecho del Trabajo*³² y titulado «El peligro de injerencia de la au-

A. M. López López, F. Valdés y F. Durán López (pp. 181-266). El estudio de Aurelio y mío (pp. 117-180), no se discutió en Sevilla, pero iba destinado al núm. 4 de los *Cuadernos*, antes de que el profesor Rodríguez-Piñero nos pidiera «asilo» de aquellas ponencias en sus páginas.

³⁰ Iba precedido por unos sobrecogedores versos de Salvador Espriu, tomados de su poemario *La pell de brau*, esos que encomiendan a España... «fes que siguin segurs els ponts del diàleg/i mira de comprendre i estimar/les raons i les parles diverses dels teus fills»...

³¹ Compuesto por 377 páginas, se iniciaba con unos versos suficientemente expresivos del alcance de la obra, incluidos por Eugenio Montale en su afamado poemario *Huesos de Sepia*... «no nos exijas la fórmula que pueda abrirte mundos»...

³² Número 9, pp. 661-672.

toridad administrativa en el control de legalidad del convenio colectivo». En él se detallaba la defensa por el Bufete de la posición de los sindicatos UGT, CC.OO., FSIE y UCSTE, frente a FESITE, USO y la Dirección General de Trabajo.

9.^a También puede incluirse en este lugar el último trabajo realizado por Aurelio, como letrado del Bufete Laboral –al igual que Enrique Juanes–, en colaboración con el Departamento de Derecho del Trabajo de la UAM que yo dirigía, y la del profesor Palomeque, que en esas fechas profesaba ya en La Laguna. Con ese nutrido equipo realizamos la traducción al español y las notas a la segunda edición del *Droit du Travail* del profesor francés Jean Claude Javillier, editado en 1982 por el Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social³³. Aurelio tradujo, con mucha fidelidad, el capítulo dedicado a los conflictos colectivos (pp. 479 a 536)³⁴.

b) Entre las publicaciones individuales, son importantes las que realizó Aurelio para los *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, editados por SELSA, en los que él desempeñaba además las funciones de Secretario de Redacción. Como quiera que los *Cuadernos* se financiaban por el Departamento de Derecho del Trabajo de la UAM y también por el Bufete Laboral, no es paradójico concluir que Aurelio contribuía a la financiación de la revista, además de estar presente, con valiosos trabajos, en los tres primeros números publicados, y luego en el cuarto y último, convertido como se ha dicho en el monográfico sobre *Los trabajadores y la Constitución*.

La primera colaboración fue una larga reseña del libro de Álvaro López Núñez, titulado *Ideario de Previsión Social*, inicialmente publicado en 1920, con una segunda edición de 1947, muerto ya su autor³⁵. En esa reseña, Aurelio acreditaba un profundo conocimiento de la evolución legislativa de los seguros sociales y realizaba una valoración realista de ese clásico de la previ-

³³ El libro había sido editado, en 1981, por la Librairie Générale de Droit et Jurisprudence. Como quiera que nuestro colega francés se caracterizaba por su pragmatismo, elegimos para abrir la traducción unos versos de Patrice de la Tour du Pin, sacados del *Psaume XXVIII*, 10, que dicen así... «car la poésie n'est pas notre rêve ou une incarnation magique, elle est de notre vie active et du travail de nos mains»...

³⁴ Además de los citados en el texto, fueron traductores de la obra Miguel Colina Robledo, Aurora Domínguez González, Ignacio García-Perrote Escartín, Javier Matía Prim, Agapito Ramos Cuenca y Gregorio Tudela Cambroneró.

³⁵ Álvaro López Núñez, fundador del INP y artífice en su seno del retiro obrero, fue asesinado en las tapias del cementerio de la Almudena, junto a una hija adolescente, por un comando del pueblo, por frecuentar ésta la adoración nocturna. La edición de 1947 es del INP y consta de 164 pp. Otros amplios detalles en mi trabajo «El origen de los estudios sobre protección social en España: la obra de Álvaro López Núñez», en el libro *Estudios sobre Seguridad Social. Libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet* (Atelier), 2017, pp. 79-111. La reseña de Aurelio apareció en el núm. 0 de los Cuadernos, 1974, pp.129-139.

sión social en España, acreditando precozmente su denso conocimiento de la fundamentación filosófica de la previsión, la concepción unitaria del riesgo social, la teoría del salario diferido y la previsión como una función social del Estado, conceptos alejados del regeneracionismo tradicionalista y reaccionario del autor del *Ideario*, pese a todo un esfuerzo plausible, merecedor del mayor respeto.

La siguiente colaboración de Aurelio en los *Cuadernos* abordó «El problema del cómputo de la antigüedad del personal médico de la Seguridad social y el interés de la ley. Análisis de un conflicto jurisdiccional»³⁶, comentario de una sentencia del Tribunal Supremo que había corregido otra del Tribunal Central de Trabajo. Aprovechaba Aurelio la ocasión para penetrar en la naturaleza del recurso en interés de la ley, concluyendo que... «la funcionalidad social, y no solo técnica, que tiene atribuida el recurso en interés de ley (la corrección de la doctrina dañosa solo puede vincularse a un sentido tutelar de la interpretación) corre el riesgo de oscurecerse, configurándose así la acción unificadora del Tribunal Superior como un freno conservador frente a la evolución progresiva de los Tribunales Inferiores».

Siguió a las anteriores, una tercera colaboración en esta revista, dedicada ahora a la «Sindicación en la función pública española»³⁷, un trabajo en el que, bajo la apariencia inocente de presentar algunos documentos conocidos, se criticaba duramente el panorama sindical en la función pública, a parir de un elocuente cuadro de elaboración propia. Respecto de él afirmaba Aurelio que... «ese cuadro no necesita comentario; es suficientemente expresivo. La libertad sindical otorgada –que no conquistada– al sector público por el Decreto 1522/1977, ha sido utilizada para la autodestrucción sindical».

4. En el periodo que se vine tomando en cuenta, el Bufete Laboral organizó e intervino en diversas actividades pedagógicas, alguna de ellas institucionales y otras esporádicas relacionadas con el análisis de hechos o normas concretas.

1.^a En el año 1974 elaboró un programa de Perfeccionamiento Profesional en Relaciones Laborales para la Fundación Mediterránea, en colaboración con SELSA. El Programa constaba de tres ciclos anuales, en todos los cuales se incluían cursos de Derecho de Trabajo, Seguridad Social y lo que denominamos «Hechos y Leyes Obreras en España», respectivamente a cargo

³⁶ Publicado en el número doble 1 y 2 de los *Cuadernos*, correspondiente a los años 1975-1976, pp 273-291.

³⁷ *Cuadernos*, 1977, núm. 3, pp. 415-434.

de Juan Antonio Sagardoy, Aurelio y yo mismo. De los tres ciclos solo se completó el primero a lo largo de 1974-1975.

2.^a A finales de 1974 se organizó una Mesa Redonda en el Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, a la que fue invitado el Bufete Laboral. Correspondiendo a esa invitación Aurelio tituló su ponencia «Técnicas de financiación de los Servicios Sociales ¿Financiación contributiva o financiación fiscal?, titulándose la mía «Financiación de la Seguridad social y el reparto de la carga tributaria», publicadas posteriormente ambas en una obra de Autores Varios, que editó el Centro organizador de las Jornadas, bajo el título general de El reparto de la carga fiscal en España, dividida en tres volúmenes, en el segundo de los cuales se reprodujeron nuestros trabajos. En la exposición oral de estas ponencias, bien fuera por la crítica profunda que llevamos a cabo de la regresividad de la financiación de la protección social, o por la pasión derrochada en las intervenciones, lo cierto es que provocamos una respuesta irrespetuosa de dos fiscalistas presentes, de cuyos nombres no debo acordarme. Tan desagradable resultaba la crítica recibida que «se nos torció el morro» –Sagardoy *dixit*– y sucesivamente soltamos una andanada de argumentos mezclados con improperios, a los que puso término la afirmación de que la ignorancia resulta irresistible cuando no se atempera por la educación. Estaba presidiendo el acto el Abad Mitrado del Valle, Dom Luis María de Lojendio e Irure, y con un gesto condescendiente se dirigió a Aurelio y a mí y dijo ... *que Dios nuestro Señor les conserve el tonus* ... una frase que durante años hemos celebrado al alimón.

3.^a En octubre de 1975, se impartieron unos cursos, en la sede social de SELSA, organizados en colaboración con el Bufete Laboral, sobre negociación colectiva, huelga y lo que en esa ocasión titulamos «Poderes exorbitantes del empleador en la empresa», que corrieron respectivamente a mi cargo, a cargo de Sagardoy y al de Aurelio, quien por la singularidad del planteamiento tuvo necesidad de realizar un esfuerzo pedagógico tan exigente como innovador.

4.^a Durante los días 14, 24 y 30 de noviembre y 6 de diciembre de 1977, organizamos en la sede del Bufete un Seminario para el análisis de la reciente Ley 46/1977, de 15 de octubre de amnistía, en el que participaron todos los letrados de aquél y, como invitados Rita Alfaya Hurtado, Bernardo Gonzalo González y Emilio González Sancho, actuando como ponentes Aurelio y yo. De esas sesiones salieron ideas que, reelaboradas por nosotros dos, dieron lugar a la publicación, en 1978, del libro titulado *La amnistía laboral*, obra de la que ya se ha dado cuenta anteriormente [*supra*, sub. 4, a). 5.^a].

5.^a A partir de 1981, la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense me encomendó la organización de la Diplomatura de Derecho

del Trabajo, que realicé durante tres años seguidos, hasta 1983 inclusive, desde octubre a mayo de cada año, con un equipo constituido por letrados del Bufete Laboral, por profesores de la UAM y por algunos funcionarios y magistrados invitados. La Diplomatura tenía un total de 106 temas o lecciones, distribuidas entre cinco asignaturas. A cargo de Aurelio y del Técnico Superior del Mutualismo Laboral, Vicente de la Cruz Pacheco, corría la enseñanza de la Seguridad Social, con un total de 21 temas³⁸.

5. El Bufete Laboral quería y lograba estar presente en los medios, lo que procuramos hacer con frecuencia cada uno por nuestro lado³⁹. Pero en el crucial año 1978, firmamos conjuntamente dos artículos en *El País*, que alcanzaron extensa divulgación y contradicción. Se titularon «Medicamentos: medidas contra el pueblo» (*El País*, 3 de agosto de 1978), que además de nosotros dos firmaron F. Cobo, I. Cruz Roche y J. Vergés, y «La destrucción de la amnistía laboral» (*El País*, 19 de noviembre de 1978), suscrito por Aurelio y por mí únicamente, un complemento actualizado de nuestro libro, a medida que la aplicación de la Ley 46/77 creaba graves dificultades de interpretación y aplicación.

III. EPÍLOGO

1. Aurelio ingresó en el hospital Gregorio Marañón de Madrid, el 17 de marzo de 2021, con fuertes síntomas de coronavirus, y falleció dos días después, el 19 de marzo de 2021. Había nacido en Elche el 29 de marzo de 1944, por lo que su vida se extendió durante setenta y siete años menos diez días.

Una vida extraordinariamente fructífera que le convirtió en uno de los más importantes laboristas españoles de todos los tiempos, en sus dimensiones de funcionario, abogado, magistrado, investigador y publicista. Una persona caracterizada por siete condiciones de general reconocimiento, inteligencia, laboriosidad, modestia, austeridad, lealtad, independencia y capacidad para amar y para ser amado. Hago más, desde luego, las opiniones desprendidas de

³⁸ Las otras cuatro asignaturas eran Temas generales y contrato de trabajo (Luis Enrique de la Villa Gil y Rafael Martínez Emperador, 16 temas), Derecho colectivo de trabajo (Gabriel García Becedas, 12 temas), Administración laboral (Aurora Domínguez González y Enrique Heras Poza, 18 temas) y Derecho procesal de trabajo (Juan Antonio Linares Lorente, José Ramón López Fando y Enrique Juanes Fraga, 39 temas).

³⁹ Esta presencia en periódicos y revistas, entre 1973 y 1982, servían al paso de publicidad de las actividades del Bufete Laboral. Los artículos de Aurelio aparecieron preferentemente en *El País*, la *Gaceta Sindical* y *La Ley*. Los míos en los diarios *Ya*, *Pueblo*, *Diario de Barcelona*, *La Provincia*, *Diario de Las Palmas*, *Diario 16* y *El País*. Y, sobre todo, en las revistas *Gentleman*, *Contrapunto*, *Sábado Gráfico*, *Actualidad Económica*, *Triunfo*, *Guadiana*, *Gaceta Ilustrada*, *Discusión* y *Convivencia y Cambio 16*.

los *In Memoriam* ya publicados, que he tenido la oportunidad de conocer y de los que selecciono algunos fragmentos:

Según Manuel Carlos Palomeque López... «luminosa fue, que duda cabe, su aportación a la jurisprudencia laboral en los múltiples desarrollos materiales de que se ocupó, siempre con intuición y buen hacer, que mucho ha contado para la construcción general de nuestra disciplina. Hoy es lugar común, por cierto, hacer mención elogiosa del peso intelectual sobresaliente que el magistrado ejercía de modo habitual y reconocido dentro de su entorno jurisdiccional con la exposición de opiniones fundadas y de difícil refutación». Y destaca también el profesor Palomeque que Aurelio... «impartió docencia en las Universidades Autónoma y Carlos III de Madrid y fue un orador privilegiado por su capacidad pedagógica y claridad conceptual y expositiva»⁴⁰.

Magdalena Nogueira Guastavino y Jesús Cruz Villalón valoran a Aurelio como... «persona clave en la construcción del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social desde los momentos iniciales de la transición política... a partir de su nombramiento en 1986 como Magistrado del Tribunal Supremo... desplegó una tarea de enorme influencia en la conformación de la doctrina de la Sala Social hasta su jubilación en 2014. Durante casi tres décadas constituyó un referente indiscutible dentro de la Sala, con aportaciones imaginativas de respuesta a difíciles encrucijadas jurídicas que han dejado amplia huella en una de las etapas más brillantes de la jurisprudencia laboral»⁴¹.

Antonio Baylos Grau ha destacado que... «en su impresionante productividad científica, le gustaba trabajar en comandita, debatir con otros, hacerles partícipes de sus inmensos conocimientos, pero también y posiblemente sobre todo, debatir, comentar lecturas, contrastar puntos de vista». Proporcionando la información de que... «la asociación Juezas y Jueces para la democracia lo ha definido como una figura clave del iuslaboralismo español del siglo xx, y aunque Aurelio no estaría de acuerdo, es evidente la relevancia de su figura en la construcción de la cultura jurídica laboral entre 1986 y la crisis del 2010-2013»⁴².

2. En la que he llamado *Década Prodigiosa*, Aurelio era un hermano conviviente, pues pasábamos más tiempo en el Bufete que en nuestras casas. En esa tan próxima relación se implicaban esposas e hijos, una preocupación constante que nos llevó a suscribir un *Compromiso Moral por Escrito*, del siguiente tenor literal...

⁴⁰ Cfr. «Aurelio Desdentado, un jurista del trabajo de extraordinaria relevancia, *In Memoriam*», en la revista *Trabajo y Derecho* (Wolters Kluwer), 2021, núm. 77, pp. 1-2.

⁴¹ Cfr. «Aurelio Desdentado: la honestidad del buen jurista», en *El País*, 19 de julio de 2021.

⁴² En el Blog *on line*, Según Antonio Baylos.

«... En la ciudad de Madrid, a uno de abril de mil novecientos ochenta, reunidos Luis Enrique de la Villa Gil y Aurelio Desdentado Bonete, con sus respectivas esposas María Jesús de la Serna Ferrer y María Dolores Daroca Torres, expresando un sentimiento compartido y espontáneo, por ambas partes, acuerdan formalizar el compromiso que se plasma en las dos siguientes cláusulas:

Primera.— En vida de Luis Enrique de la Villa Gil y de Aurelio Desdentado Bonete, ambos realizarán las actividades y esfuerzos necesarios para mantener actualizadas las obras “Manual de la Seguridad Social” y “Leyes de Seguridad Social”, preparando, por consiguiente las ediciones sucesivas que exija el mercado, con independencia de las publicaciones propias que cada uno de ellos realice en el ámbito de su especialidad.

Segunda.— En el caso de fallecimiento de Luis Enrique de la Villa Gil o de Aurelio Desdentado Bonete, por cualquier causa y en cualquier tiempo, el que sobreviva de los dos, mantendrá la publicación de las obras, de acuerdo con las exigencias del mercado, figurando siempre en ellas, como coautor, el fallecido, y distribuyéndose los beneficios o derechos de autor que reporten, al cincuenta por ciento, entre el sobreviviente y la esposa o, en su caso, los hijos del fallecido. De este documento se hace una única fotocopia, a la que se atribuye idéntico valor que al original. Aquélla y éste se firman por Luis Enrique de la Villa Gil y por Aurelio Desdentado Bonete, al efecto arriba indicado»⁴³.

La vida tiene sus propias reglas, que impone a quienes la gozan y padecen, y poco a poco nuestra amistad, sin el menor deterioro, se hizo silenciosa. Aurelio tenía particular inquietud en que alguien pudiera pensar que sus años de abogado influían en su actuación de juez. Y yo he practicado en mis sesenta años de ejercicio profesional la norma de no presionar a ningún juez por mucha amistad que mantuviera con él, porque siempre he preferido perder un pleito que convertirme en un mendigo del favor ajeno. Pero por muy silenciosa que haya sido esta amistad, ocurrieron hechos demostrativos de que la hoguera seguía encendida. Algunos de esos hechos se han explicitado en estas páginas, otros son de conocimiento notorio, expresado en la profunda y continuada tutela que Aurelio ha prestado siempre a los jóvenes profesores que forman parte de mi Escuela UAM, como ellos han agradecido a corazón abierto. Y no

⁴³ Siguen las firmas de Luis Enrique de la Villa Gil y de Aurelio Desdentado Bonete, y existe adherida una fotografía de ellos y de sus esposas tomada en el chalet *Villa-Serna*, de la localidad madrileña de Chapinería. El original de este documento, cuyo compromiso no hubo, afortunadamente, necesidad de aplicar, se guarda en el archivo personal del primer firmante, del que no ha salido en los cuarenta y un años transcurridos.

puedo dejar de mencionar el cariño que Aurelio puso en los trabajos dedicados cuando mis discípulos exageraron ofreciéndome hasta cinco libros en homenaje, en tres de los cuales participó Aurelio con su solvencia y brillantez habituales⁴⁴. Pero quiero destacar especialmente su intervención en uno de ellos, cuando emprendió un viaje de mil kilómetros, en delicado estado de salud, para pronunciar la conferencia que luego se recogería en uno de los libros mencionados⁴⁵.

Quiero expresar por ello que uno de los momentos más plenos de estos últimos años fue el de poder ofrecer, en débil compensación a cuanto Aurelio me dio a lo largo del tiempo, la propuesta a su favor de Mejor Laboralista Español 2010, cuando todos los miembros que formaban el Jurado de ASNALA que yo presidía acogieron esa nominación con asentimiento unánime⁴⁶.

3. Cierro estas páginas con la narración de una anécdota destinada a los coleccionistas de objetos triviales, *Búhos* en el caso de Aurelio y *Gallos* en el mío, colecciones que nacieron y crecieron por separado, pero que fueron alimentadas a la par durante la *Década Prodigiosa*. Incluso en su momento, dibujé y dediqué a Aurelio un búho al pastel, que anduvo rondando por el Bufe-

⁴⁴ El primero de ellos fue el titulado «De nuevo sobre la contradicción de sentencias en el recurso de casación para la unificación de doctrina, páginas 167 a 202 del libro colectivo *El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil (Lex Nova)*, 2001, 1068 pp. Siguió a éste la Nota introductoria sobre Asistencia social, páginas 1573-1575, a mi trabajo «El contenido constitucional de la Asistencia social», de 2003, reproducido en las páginas 1577 a 1606 del libro *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. 50 Estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria (Centro de Estudios Financieros)*, 2006, 1974 pp. Por fin, el tercero es el titulado «La pensión de jubilación en la doctrina unificada del orden social», páginas 565 a 584 del libro colectivo *Tratado de jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación (Iustel)*, 2007, 2392 pp.

⁴⁵ Algunos de los trabajos incorporados al *Tratado de jubilación*, citado, fueron previamente expuestos como conferencias en la Escuela de Relaciones Laborales de Torrelavega por sus respectivos autores. Así ocurrió con la pronunciada por Aurelio el día 6 de julio de 2004, cuando se trasladó a esa localidad cántabra recién salido de una delicada intervención quirúrgica, para celebrar, dijo... «el privilegio de haber disfrutado durante años del magisterio del profesor De la Villa y en la seguridad de que durante muchos años más podamos seguir recibiendo su enseñanza». En mi libro *Hojas de Hiedra (Ediciones del Primor. La Séptima Palabra)*, 2010, compuesto de relatos cortos para corresponder a los esfuerzos de mis discípulos y amigos en los diversos homenajes por ellos organizados, incluyo el recuerdo de ese gesto de profunda amistad... «al magistrado del Tribunal Supremo, Aurelio Desdentado, quien, al acudir a esta convocatoria, ha pensado en mí mucho más que en él mismo» (p. 99).

⁴⁶ Una distinción que se concede anualmente por ASNALA entre Catedráticos de Derecho del Trabajo, Magistrados del Orden Social y Profesionales Abogados y Graduados Sociales, por un Jurado constituido por personas de esa misma triple procedencia. A partir de 2004, esta distinción ha recaído en José Luis García Bigoles (2004), Viliulfo A. Díaz Pérez (2005), Martín Godino Reyes (2006), María Emilia Casas Baamonde (2007), Luis Enrique de la Villa Gil (2008), Juan Antonio Sagardoy Bengoechea (2009), Aurelio Desdentado Bonete (2010), Efrén Borrajo Dacruz (2011), José María Antrás Badía (2012), Luis Gil Suárez y Abdón Pedrajas Moreno (2013, póstumo); Alfredo Montoya Melgar (2014), Antonio Martín Valverde (2015), Enrique Lillo Pérez (2016), Antonio Ojeda Avilés, Manuel Carlos Palomeque López y Tomás Sala Franco (2017, *ex aequo*), Fernando Salinas Molina (2018), María Jesús Herrera Duque (2019) y Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer (2020).

te hasta que lo perdí de vista. En cuanto a los gallos, por esos tiempos tenía yo dibujados más de doscientos, en estilo colorista y geométrico.

Dicho esto, y según la narración de Elena Desdentado Daroca, el día 17 de marzo de 2021 –en que era hospitalizado su padre por la Covid-19– apareció en la terraza de su casa de Madrid un búho, que iba y venía, pero que permaneció en la misma hasta algunos días después del fallecimiento. Pese a que el búho no es un ave urbanita ni amante de la luz solar, su presencia en tan inusual lugar pudo ser una casualidad. O pudo pertenecer a ese mundo subterráneo y esotérico que generalmente se prefiere tomar a broma para evitar la intranquilidad que se aparejaría al hecho de tomarlo en serio.

Dudo si, cuando la flecha de la muerte acierte en mi diana, podré escuchar a mis deudos, allí dónde me encuentre, contar la posible presencia, durante algunos días, de un Gallo en mis balcones.

TESTIMONIO PROFESIONAL

JESÚS GULLÓN RODRÍGUEZ

Magistrado Jubilado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo

Profundamente conmovido por el reciente e inesperado fallecimiento de Aurelio Desdentado, quiero redactar unas líneas para tratar de ofrecer de alguna manera –seguramente limitada e imperfecta– mi testimonio de vida, de afecto y admiración por el amigo, por el jurista, por el magistrado y compañero en la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Acostumbramos a describir nuestras etapas vitales y las de quienes nos han influido en ellas encuadrándolas en límites temporales, de forma que podamos reconocer cronológicamente aquellos sucesos que nos han conmovido a lo largo del camino y situarlos en momentos en los que nos han acompañado personas que de una manera u otra han tenido relevancia, han influido y han enriquecido nuestra existencia.

Aurelio fue una persona en la que desde el primer momento podías percibir una personalidad sólida y atractiva que expresaba a través de su inteligente conversación, de sus gestos, subiendo y bajando sus características gafas colgadas de un cordón en el cuello, a la vez que utilizaba el movimiento del cuerpo como parte de sus razonamientos, de sus opiniones. Así me pareció que era cuando le conocí en marzo de 1982 en un viaje que hicimos juntos a Ávila, ciudad en la que yo era entonces Magistrado de Trabajo, y así se mantuvo durante todos los años en que la vida nos permitió caminar cerca uno de otro, algunas veces de manera literal, por los caminos de El Escorial.

Aunque es cierto que la indiscutible dimensión de Aurelio como jurista y como especialista en Derecho del Trabajo y Seguridad Social es muy anterior, no creo equivocarme si digo que su más fructífera y extensa época dedicada a ese querido mundo del derecho la tuvo durante su ejercicio como magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a la que llegó en marzo de 1986, poco antes de cumplir los 42 años, edad muy poco frecuente para el acceso al Tribunal, pero que significa el reconocimiento de su gran talla jurídica ya entonces, ocupando la vacante que dejó otro insigne jurista y amigo, Enrique Ruiz Vadillo, tristemente desaparecido en 1998.

Su dedicación a la Sala, las sentencias de las que fue ponente, su interés por la docencia, la publicación de gran número de libros y artículos durante toda su vida hicieron que su trayectoria y su pensamiento fuesen muy conocidos y seguidos, justamente valorados y que se le ofrecieran fuera del Tribunal Supremo puestos muy relevantes que él rechazó, porque, como le gustaba decir con encantadora modestia, «esto es lo único que sé hacer medianamente bien».

Hombre inquieto intelectualmente, Aurelio participó en muchos proyectos jurídico-docentes, en alguno de los que tuve la suerte de colaborar de su mano cuando yo servía en las Magistraturas de Trabajo de Madrid. Pero junto con esa solvencia jurídica permanente, mostraba una voracidad y capacidad literaria formidables, lo que le hacía ser un escritor notable, y desde luego con una afición por la lectura impenitente y plural que le llevaba a sus habituales «excursiones de librería» a las que muchas veces le acompañé para curiosear libros, para comprar o regalar algunos, para conocer las últimas novedades (en la librería Machado de Fernando VI era bien conocido), disfrutando de sus consejos, de su experiencia y del obsequio de algún libro interesante, como aquel primero, *Breve historia del tiempo*, de Stephen Hawking, que inesperadamente tuvo la amabilidad de llevarme a casa en 1990 durante la convalecencia de un accidente de moto, cuando me recuperaba de una lesión parecida a la que él sufrió antes en una de sus excursiones por la montaña.

La poesía, la filosofía y el cine, entre otras artes, formaban parte de su inacabable avidez de cultura, en la que tal vez únicamente se podía echar en falta alguna habilidad en la cocina, probablemente porque su mujer, Lola, es una excelente cocinera, y como prueba de ello, puedo asegurar que en su casa he comido el mejor arroz con costra de mi vida. Aunque no cocinaba, Aurelio disfrutaba muchísimo de la buena mesa como un acontecimiento gastronómico y a la vez social, para compartir en amistad una conversación estimulante en cualquiera de los ámbitos de las relaciones humanas.

Desde 1999, durante 15 años, compartimos la condición de magistrados de la Sala de lo Social y fue en esos años en los que aprendí a valorar aún mejor sus formidables condiciones de jurista sólido, con una visión extraordinariamente amplia del Derecho, y con una capacidad nada común de relación y de ofrecer soluciones imaginativas a problemas de interpretación muy difíciles. Fueron muchas las discusiones de sala que compartimos durante esos años, algunos de ellos vividos por mí como presidente, puesto al que accedí apadrinado por él en la ceremonia tradicional. Elaboramos durante muchos años, literalmente, miles de sentencias, en las que se pusieron de relieve esas cualidades, con opiniones jurídicas consistentes y mantenidas con firmeza argumental, lo que, tras intensos debates, llevaba tanto a que él convenciera a quienes mantenían una posición inicialmente contraria a la suya, como a que él mismo se convenciera de los argumentos expresados por alguno de los demás compañeros y cambiase por ello su posición inicial.

Hoy, al echar la vista atrás y desde mi condición de jubilado, soy especialmente consciente del gran privilegio que he tenido de compartir mi vida profesional con Aurelio, de quien he aprendido mucho en extensas jornadas de deliberación, de intercambio de pareceres, de rigor científico, pero con quien también he disfrutado enormemente de su conversación ingeniosa, de sus ideas brillantes y de su gran humanidad, mostrada en todas las manifestaciones de la vida, especialmente en el ámbito de su queridísima familia y en el de la amistad.

La profunda huella jurídica que ha dejado Aurelio permanecerá siempre en sus sentencias, en sus creaciones jurisprudenciales, en sus libros, en sus artículos; pero también, y de manera si cabe más intensa, se perpetuará en nuestros corazones el recuerdo de esa gran dimensión humana de su persona, que permanecerá en quienes tuvimos la gran suerte de compartir una parte de nuestra vida con él y enriquecerla con su amistad. Nunca te olvidaremos, Aurelio.

AURELIO COMO COMPAÑERO DE TRABAJO

GONZALO MOLINER TAMBORERO

Ex Presidente de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo y del CGP

Yo no conocía personalmente a Aurelio hasta que no tomé posesión de mi puesto de trabajo como Magistrado en el Tribunal Supremo en mayo de 1998. Por supuesto que lo conocía por sus obras desde mucho antes pues no en vano llevaba él trabajando en la Sala IV desde años anteriores y había firmado como ponente numerosas sentencias de las que todos los que prestábamos servicios judiciales en la jurisdicción laboral teníamos noticia cumplida; conocía igualmente sus publicaciones y en especial su «Manual de Seguridad Social» publicado en 1977 con otro insigne laboralista, cuyo ejemplar todavía conservo y fue durante muchos años «libro de cabecera « mío y de muchos otros compañeros. Si he decir verdad tampoco tenía cuando trabajaba en la instancia especial interés en conocerle a él ni a ningún Magistrado del Tribunal Supremo porque los veía entonces, en mi autosuficiencia de joven magistrado sin otra aspiración que hacer bien mi trabajo de cada día, como seres distantes y de alguna manera separados de una realidad que nosotros estábamos conociendo de primera mano en los tribunales de instancia. Luego he sido Magistrado del Tribunal Supremo y, de alguna manera, con ciertas dudas sobre lo acertada de aquella opinión, he seguido pensando que el juez «de verdad « es el juez de instancia, aunque en términos estrictamente doctrinales tenga el Alto Tribunal el gran poder y mérito de crear jurisprudencia. Pero... con ello me estoy saliendo de mi cometido.

Cuando accedí a mi puesto de trabajo en la Sala IV del Tribunal Supremo ya conocía tan solo a dos Magistrados de los allí destinados, pero todos los

demás me fueron presentados el mismo día de mi toma de posesión, entre los que obviamente se encontraba Aurelio quien, como otros muchos se ofrecieron a ayudarme en mi nuevo cometido; he de decir que fui recibido por todos con mucha cordialidad pero fue él quien se brindó a ello con mayor énfasis, iniciándose desde el primer día una cercanía entre ambos que nunca desapareció. Quizás influyera en ello el hecho de que teníamos la misma edad, la misma procedencia mediterránea, y parecido talante personal o que nuestros despachos distaban escasamente diez metros el uno del otro, aunque fue desde luego y fundamentalmente su bonhomía natural la que facilitó esa cercanía.

Con independencia de esa buena relación entre ambos, que por otra parte no era especialmente nuestra sino muy generalizada en aquella Sala, lo que me impactó desde un principio fue su manifiesta y profunda dedicación al trabajo que teníamos encomendado con un interés que trascendía la buena resolución de las ponencias que le correspondían y que alcanzaban a todas las de los demás colaborando con su opinión a mejorar el resultado global de la Sala, función unificadora que en esencia correspondía al Presidente de la Sala –y que éste también cumplía– pero que él procuraba adelantar en la medida en que le era posible. En ese sentido recuerdo particularmente cómo en mi primera ponencia que me esmeré en trabajar y pulir por el solo hecho de constituir mi debut, fue él quien me ayudó a salir «victorioso» en aquella primera deliberación gracias a una observación que me hizo y que yo a pesar de mis esfuerzos no había tenido en cuenta.

En la exposición de sus asuntos en Sala era especialmente meticuloso como lo era en el estudio de los mismos, no importándole en absoluto recibir las propuestas de mejora o las críticas que otros le pudiéramos hacer con unas muestras de humildad que otros no teníamos. A este respecto he de decir que fue en aquellas deliberaciones donde yo entre otros muchos hubimos de tragarnos el orgullo inicial con el que solíamos acudir desde nuestras salas de origen en las que –este fue mi caso por lo menos– actuábamos como «líderes dogmáticos» sin serlo. En este aspecto era de admirar cómo algunos compañeros veteranos, entre ellos Aurelio, recibían con naturalidad esas opiniones o críticas. Eso es algo que a mi particularmente me costó aprender y a él entre otros se lo debo.

Un tema de discusión permanente y repetitivo, que siempre estuvo co-leando en la Sala, lo constituía el relativo a determinar el alcance de las condiciones de admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina en cuanto que de una interpretación laxa o estricta del mismo dependía el porvenir futuro de la Sala o, por otra parte, su mayor o menor implicación en la solución de muchos de los problemas que se plantean en el mundo del derecho

laboral. La Sala ya había decantado cuando yo llegué por la interpretación restrictiva pero con ello se llegaba a decisiones de inadmisión de recursos que a juicio de la mayoría de los que íbamos llegando nos parecía una solución inadecuada desde una visión de «estricta justicia». Fue en este punto en el que Aurelio hubo de implicarse día a día en convencernos de lo adecuado de aquella interpretación estricta del artículo 216 de la Ley Procesal de 1990, tomándolo como algo cuasi personal a pesar de que sobre el particular existía una reiterada doctrina de la Sala. Mis dudas sobre el particular me obligaron a estudiar con meticulosidad toda esa doctrina para llegar al convencimiento de que quizás era la acertada y fruto de ese estudio fue mi libro titulado «El recurso de casación para la unificación de doctrina» que Aurelio particularmente alabó como adecuado resumen su juicio de lo que había sido la interpretación oficial de ese precepto tan discutible por otra parte.

Además de buen magistrado y compañero tenía una vena pedagógica seguramente heredada de su época de profesor universitario que le llevaba en muchas ocasiones a ilustrar sus ponencias en una pizarra con un rotulador rojo en donde nos «dibujaba» el problema a resolver con sus propuesta de solución. La primera vez que vi su exposición gráfica pregunté si se estilaba en la Sala ese tipo de actuación y me dijeron que solo la hacía él y solo de cuando en cuando, en los supuestos en los que la ponencia tenía que ver con cálculos salariales o prestacionales, como había sido el caso; pero lo cierto es que yo he estado dieciséis años en la Sala y he visto a Aurelio utilizar aquella pizarra unas cuantas veces, y solo a él. Siempre me sorprendió la facilidad con la que hacía estas exposiciones, y yo nunca me atreví a hacerlas a pesar de que en determinados procedimientos, en los que se mezclan fechas o datos objetivos de cuya comprensión depende la solución del pleito, la pizarra podía ser una buena compañera si sabes utilizarla. Por supuesto que ni él pretendía «enseñarnos» nada con este proceder ni nosotros lo valorábamos como una «lección», pero siempre me llamó la atención esa afición a la pizarra como algo positivo. Conozco a un Catedrático Universidad amigo mío, otro ser muy capaz, que utiliza también la pizarra para explicar cualquier cosa y siempre me ha parecido un buen método expositivo con el que nunca me atreví a pesar de que yo también fui profesor universitario y siempre tuve una pizarra a mi disposición. No es el «power point» del que tanto se abusa; es otra cosa que solo los maestros saben utilizar con propiedad.

En cualquier caso, fue su enorme vocación de servicio una de sus características significativas, lo que se traducía en dos virtudes principales. La primera tiene que ver con el hecho de que él estaba siempre «al día» en el conocimiento y estudio de cualquier normativa nueva y con visión suficiente para

encontrarle el encaje adecuado en el organigrama previamente existente sin que la crítica que normalmente acompañaba a normas con las que llegara a discrepar le impidiera aplicarlas de acuerdo con su finalidad pues tenía muy claro que nuestra función constitucional como jueces no alcanzaba más que a aplicarlas dentro del margen de interpretación que ofrecen al Juez el Código Civil y la Constitución: «función aplicativa de derecho» contraria que la «función correctora» que tantas veces nos hubiera gustado utilizar. La segunda particularidad demostrativa de esa vocación de servicio la daba el hecho de que a pesar de su continua participación en conferencias, seminarios o revistas jurídicas tuvo siempre muy claro que lo prioritario era su trabajo en la Sala y ello lo demostró acudiendo siempre a las deliberaciones sin problemas de tiempo y dictando sus sentencias dentro del plazo legal, posponiendo si era preciso sus otras actividades, lo que no siempre se daba en otros compañeros. Esto lo comprobé muy personalmente en la época en que fui Presidente de la Sala en la que pude apreciar cómo Aurelio (como la mayoría de compañeros, aunque no todos) nunca fue el causante de ningún retraso en el funcionamiento de tal órgano judicial con lo que ello suponía de buen funcionamiento del servicio.

Coincidimos los dos durante cerca de dos años, él como Magistrado más antiguo y yo como Presidente de la Sala, en la conocida como Sala del artículo 61 de la LOPJ, en una época en la que tuvimos que celebrar juicios sobre la ilegalización de diversos partidos políticos y en la que hubimos de introducirnos en estudios penales y de derecho civil en los que también Aurelio hubo de demostrar su condición de jurista, sobre todo en la ponencia que le correspondió sobre la ejecución y venta de los bienes embargados a uno de aquellos partidos políticos ilegalizados (en concreto de las «herrico tabernas») de las que salió airoso a pesar de las muchas trabas y dificultades que hubo de sortear; en esta Sala se dio el caso de que a mi me correspondió otra ejecutoria de igual contenido lo que nos obligó a estudiar conjuntamente aquel problema y nos unió también en un mismo camino judicial inesperado.

Cuando yo me aparté de la Sala con motivo de mi nombramiento como Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, dejé de tener relación personal con mis antiguos compañeros abrumado como estaba por aquella jaula de grillos en que se había convertido el CGPJ, y cuando volví después de año y medio me encontré con Aurelio bastante desmoralizado en aquella Sala que, por diversas circunstancias ya no era la «balsa de aceite» que durante tantos años habíamos disfrutado gracias al buen hacer de todos; ahora se habían deteriorado de alguna manera las relaciones personales y modificado el modo de actuar de algunos compañeros. Como estábamos

en 2014, año en que cumplíamos los dos la edad de setenta años, se nos planteaba a ambos el dilema entre jubilarnos a esa edad o pedir la prórroga de dos años que nos permitía la ley. Yo venía muy «quemado» del Consejo y con la decisión tomada de no pedir la prórroga, así que cuando Aurelio me dijo que solo pediría la prórroga de los dos años si la solicitaba yo, como mi respuesta fue contundente en el no, decidió no pedirla él tampoco; así que nos jubilamos los dos setenta años, y por lo tanto antes del término obligado, contra lo que era y es usual. Hasta en esta materia tan delicada coincidimos aunque aquella decisión nos suponía perder la no despreciable cantidad de dinero mensual existente entre nuestra retribución en situación de activo y la pensión de jubilación.

Una vez jubilados dejamos de tener relación puesto que habíamos sido simplemente unos buenos compañeros de trabajo. Yo me vine a vivir tan ricamente a Valencia a disfrutar de los años de vida que me quedaran con mi familia y mis aficiones, abandonando definitivamente el mundo del derecho al que había dedicado casi cincuenta años de mi vida, rechazando ofertas de muy diversa índole que me llegaban en atención a mi *curriculum*. Aurelio se quedó en su casa de la capital siguiendo con su afición de siempre centrada en el estudio del derecho, bien como conferenciante bien como publicista. Nos vimos solo de cuando en cuando con ocasión de mis cada vez más espaciadas visitas a Madrid hasta que me vi sorprendido con la noticia de su fallecimiento que me sobrecogió. No pude asistir a sus exequias fúnebres a causa de la pandemia, pero me ha quedado el recuerdo imborrable de una gran compañero con el que tuve el honor de trabajar durante dieciséis años en este gran órgano judicial que es el Tribunal Supremo. Lo recordaré siempre.

LOS PROBLEMAS DEL ABUSO DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO

ELENA DESDENTADO DAROCA
Profesora Titular de la UNED

EVA DESDENTADO DAROCA
Catedrática de la Universidad Autónoma de Madrid

Comentario al trabajo de Aurelio Desdentado Bonete y Eva Desdentado Daroca, «Derecho de la Unión Europea y régimen español de empleo público. Una relación conflictiva», *European Inklings*, núm. 20, 2019.

I. PRESENTACIÓN

Tiene un significado especial para nosotras participar en este libro colectivo dedicado al recuerdo a nuestro padre y queremos, por ello, comenzar agradeciendo la iniciativa al profesor y magistrado D. Antonio Sempere, así como la participación de todos los autores que han aceptado su amable invitación.

Hemos querido participar comentando un trabajo de nuestro padre. Pero lo cierto es que resulta muy difícil elegir entre los numerosos trabajos que publicó, pues son muchos los temas que trató y todos tienen un extraordinario interés. Finalmente, nos hemos decidido por comentar el último trabajo que escribió con una de nosotras, como muestra de nuestra intención de continuar juntas esa colaboración intelectual que antes hicimos con él.

A nuestro padre le gustaban los trabajos colectivos y nosotras fuimos beneficiarias de ello. Hemos tenido la suerte de contar con un padre y maestro excepcional que ha estado siempre a nuestro lado, ayudándonos en nuestra formación académica y compartiendo inquietudes; ha sido y seguirá siendo para nosotras un gran ejemplo de pasión por la justicia y el conocimiento, por el trabajo esmerado, valiente y de criterio independiente. Nuestro padre gustaba del diálogo intelectual y hacer un trabajo con él implicaba siempre el privilegio de disfrutar de su mente clara y ordenada, de la solidez de sus criterios, de su actitud curiosa y abierta hacia otras opiniones, y de su gusto y respeto por el lenguaje. Tenía un gran interés por los temas transfronterizos que están siempre llenos de aristas complicadas y contaminados por la lente deformada de las respectivas especializaciones. El intercambio de opiniones y el estudio «codo con codo» era una ocasión inigualable para el crecimiento intelectual; un regalo que mantendremos siempre vivo en nuestro recuerdo y que ahora, comentando un trabajo conjunto con él, queremos rememorar, agradecer y honrar. Nos proponemos tomar el testigo y continuar ahora juntas el camino que él nos mostró.

El objeto del trabajo elegido aborda un tema interdisciplinar que sigue estando de plena actualidad, como evidencian las numerosas sentencias que se han dictado en los dos últimos años, tanto en el ámbito nacional como comunitario.

Nuestro padre observaba con gran preocupación el paulatino deterioro de nuestro modelo constitucional de función pública profesional como consecuencia de la creciente laboralización, el incremento de la temporalidad (tanto a través de figuras administrativas –eventuales, interinos– como laborales –artículo 15 y disposición adicional 15.^a ET–) y la prolongación indebida de esas situaciones supuestamente temporales, con la consiguiente erosión de los principios de igualdad, mérito y capacidad que deben vertebrar nuestro sistema de empleo público.

Desde el año 2016 hasta el año 2019, en que se publica el trabajo que comentamos, habían recaído varias sentencias importantes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, aplicando el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada incorporado como Anexo a la Directiva 1999/70/CE (AMTDD), afectaron al empleo público temporal laboral y administrativo.

II. LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO LABORAL

En el ámbito laboral, como se sabe, las irregularidades en la contratación temporal de las Administraciones públicas planteaban un conflicto entre la norma laboral (el artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores, que prevé en

estos casos la conversión del contrato en indefinido) y las normas constitucionales y administrativas sobre el acceso al empleo público, que, tras ciertos vaivenes, la jurisprudencia, finalmente, resolvió con la figura del indefinido no fijo: el trabajador se califica como «indefinido», pero no adquiere la «fijeza», aunque tiene derecho a mantener la relación laboral hasta que se cubra la plaza por los procedimientos reglamentarios. Se trata, sin duda, de una figura polémica, a la que nuestro padre había dedicado ya con anterioridad otro trabajo¹.

No es posible aquí, por razones de espacio, analizar toda la problemática que existe en torno a esta figura². Nos limitaremos a apuntar brevemente las dos cuestiones más conflictivas: su naturaleza jurídica y, vinculada a esta, su régimen extintivo.

La naturaleza jurídica de la relación laboral del indefinido no fijo ha ido evolucionando en la doctrina de la Sala IV, a veces de forma contradictoria. En un principio, se calificó como relación sometida a condición resolutoria, lo que llevó a entender que el cese por cobertura o amortización de la plaza se podía acordar directamente y sin indemnización³. Este criterio fue corregido, ciertamente, a partir de la STS 4.ª 24 de junio de 2014⁴, dictada en el caso Universidad Politécnica de Madrid, que califica la relación del indefinido no fijo como relación temporal sometida a término. Esta última doctrina coincidía con el criterio mantenido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵ y ofrecía la siguiente solución: en caso de cese por cobertura de la plaza la extinción se produce por cumplimiento del término con derecho a la indemnización propia de los contratos temporales; para la extinción sobrevenida por amortización de la plaza debe aplicarse el régimen del despido objetivo o, en su caso, colectivo.

El panorama parecía, por fin, claro. Pero la STS 28 de marzo de 2017⁶, dictada en el caso CSIC, vuelve a introducir cambios y confusión. La sentencia parte de una premisa cuestionable al afirmar que la relación del indefinido no fijo no es una relación temporal sino una relación «indefinida», figura esta que, según la sentencia, está reconocida expresamente en los artículos 8 y 11 del

¹ «Los indefinidos no fijos. ¿Una historia interminable o una historia terminada?», *Información Laboral*, núm. 10, 2018.

² Para un estudio completo de esta figura remitimos a las monografías de I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, *Indefinido no fijo. Una figura en la encrucijada*, Bomarzo, Albacete, 2021, y F. CAVAS MARTÍNEZ, *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, Laborum, Murcia, 2018.

³ STS 4.ª 22 de julio de 2013, r. 1380/2012.

⁴ R. 217/2013.

⁵ ATJUE 14 de noviembre de 2014, C-86/14 –caso Ayuntamiento de Huétor Vega–, y STJUE de 25 de julio de 2018, C-96/17 –caso Vernaza Ayovi–.

⁶ R. 1664/2015.

Estatuto Básico del Empleado Público. La premisa es cuestionable porque, como el propio Tribunal Supremo había aclarado en su sentencia 22 de julio de 2013⁷ y volvió a afirmar después en la sentencia del caso Amaya⁸, la mención legal al «indefinido» se hace exclusivamente en referencia a los profesores de religión. Esta premisa se utiliza por la sentencia para descartar, en el supuesto de cese por cobertura de la plaza, la indemnización prevista en el artículo 49.1.c) del ET y aplicar, por analogía, la indemnización propia del despido objetivo. En definitiva, se quiere excluir la indemnización de 12 días para aplicar la de 20 días, porque, como apunta la sentencia, «no debemos olvidar que el origen de la figura del indefinido no fijo es precisamente un uso abusivo de la contratación temporal», por lo que «resulta necesario reforzar la indemnización» y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales lícitos. Este último razonamiento tiene mayor interés, especialmente al hilo de las últimas resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que insisten en la necesidad de adoptar medidas que eviten los abusos en la contratación temporal. Pero la vía adecuada no puede ser la de negar el carácter temporal de la relación laboral del indefinido no fijo, adjudicándole un estatus intermedio entre el personal temporal y el fijo que no existe y que no debe existir.

En esta línea, sin embargo, se mantiene poco después la sentencia del caso Amaya⁹, que, aunque rectifica, en cierto modo, reconociendo que la relación del indefinido no fijo es temporal, mantiene la tesis de la sentencia del CSIC en lo fundamental: debido al origen abusivo de la relación, el indefinido no fijo no puede equipararse por completo al temporal. Hay algunas afirmaciones especialmente expresivas en esta sentencia. Se dice que el indefinido no fijo «tiende a alejarse de la interinidad por vacante y a aproximarse hacia la del trabajador fijo» y que solo se diferencia del personal fijo en que la pervivencia de su contrato está condicionada a la cobertura de la plaza; en todo lo demás debe ser tratado de forma igual. Partiendo de estas afirmaciones, la sentencia admite con carácter general que el indefinido no fijo concurra a procesos de promoción profesional que impliquen cambio de puesto, aunque dicho cambio «no lo convertirá en fijo». Esta solución resulta difícil de mantener en la práctica. El indefinido no fijo debe estar vinculado a la plaza¹⁰, que ha de

⁷ STS 4.ª 2 de abril de 2018, r. 1380/2012.

⁸ STS 4.ª 22 de julio de 2013, r. 1380/2012.

⁹ STS 4.ª 22 de julio de 2013, r. 1380/2012.

¹⁰ Puede ser que, por una irregularidad en la gestión de personal de la Administración, quien posee la condición de indefinido no fijo no esté cubriendo formalmente una determinada plaza vacante. Pero, como señalaba nuestro padre, «la plaza existe materialmente, porque hay un puesto de trabajo que se desempeña y se retribuye», existiendo además una sentencia firme que impone a la Administración la

cubrirse conforme al procedimiento reglamentario, momento en que la relación del indefinido no fijo se extinguirá. El indefinido no fijo debe tener los mismos derechos que el personal fijo, pero siempre y cuando estos derechos sean compatibles con su especial naturaleza y en este caso no existe compatibilidad: si se reconoce al indefinido no fijo el derecho a una «carrera» vertical que implique cambio de puesto se habrá desnaturalizado esta figura, que, en su propia definición lleva implícita la relación entre el mantenimiento provisional del vínculo y la cobertura reglamentaria de la plaza que ha de considerarse vacante. Como decía nuestro padre, «si esa conexión se rompe, el indefinido no fijo deja de serlo» o «se convierte en portador «errante» de una especie de interinidad perpetua que «contamina» cualquier puesto de trabajo que desempeñe»¹¹.

En fin, parece que, tras la sentencia Amaya, el indefinido no fijo vuelve a considerarse trabajador temporal, pero «especial» por su origen (la irregularidad en la contratación), con las siguientes consecuencias: 1. En caso de cese por cobertura de la vacante, se aplica, por analogía, la indemnización del despido objetivo (20 días/tope 12 meses). 2. Si el cese se produce por amortización de la plaza, procede la aplicación completa del régimen del despido objetivo o, en su caso, colectivo.

Así queda, por el momento, esta figura que, en su origen, se creó por la jurisprudencia social para, en los casos de contratación temporal irregular, llegar a una solución intermedia que superara el conflicto entre la norma laboral y las normas constitucionales y administrativas de acceso al empleo público. ¿Ha logrado su objetivo? Volveremos sobre esta cuestión más adelante. Antes es necesario centrar nuestra atención brevemente en los contratos laborales de interinidad y en los problemas específicos que ha planteado su uso abusivo.

Sin duda, los casos de abusos en la contratación temporal laboral más llamativos se han producido a través de los contratos de interinidad. Como se sabe, el contrato de interinidad puede ser por sustitución, para sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo [modalidad prevista en el artículo 15.1.c) del ET] o por vacante, para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva (modalidad prevista en el artículo 4.1 del Real Decreto 2720/1998). Se

obligación de reconocer formalmente este puesto, dotarlo, ofertarlo e incluirlo en las convocatorias de provisión («Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?», cit.). Si la Administración no lo hace debe amortizar el puesto con la indemnización correspondiente. Lo que no se debe permitir es que la situación irregular se mantenga en el tiempo, permitiendo, incluso, que el indefinido, a través de procesos de promoción interna, cambie de puesto.

¹¹ «Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?», cit.

trata de contratos a término, que se extinguen por la expiración del tiempo convenido: el retorno del trabajador sustituido o la cobertura de la vacante por el proceso reglamentario.

La interinidad por sustitución no es especialmente problemática, pues, dada su naturaleza, no es propicia a generar abusos. Cuestión distinta es que el artículo 49.1.c) del ET excluya, para los casos de cese por reincorporación del sustituido, el derecho a una indemnización a favor del trabajador interino. Se podrá estar a favor o no de semejante opción legislativa, pero lo que está claro es que esa norma no es contraria al AMTDD, a pesar de la grave confusión que, en su momento, produjo la STJUE 14 de septiembre de 2016¹² dictada en el caso Diego Porras 1 y que fue aclarada tras la STJUE 21 de noviembre de 2018 C-619/17¹³ –caso Diego Porras 2– y la STS4.^a 13 de marzo de 2019¹⁴.

El problema real se suscita en las interinidades por vacante. Esto es así porque, mientras que en el sector privado la duración de estos contratos tiene un límite de tres meses desde el comienzo del proceso de selección hasta la cobertura de la vacante, cuando se trata de «los procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones públicas para la provisión de puestos de trabajo, la duración de los contratos coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica» [art. 4.2.b) del Real decreto 2720/1998]. Esta flexibilidad de la que disfrutaban las Administraciones públicas ha permitido en muchas ocasiones la inactividad de la Administración a la hora de proveer las plazas vacantes, alargando de forma injustificada los contratos de interinidad. El problema se intensificó durante la crisis económica, cuando se «congelaron» las ofertas de empleo público y los procesos de selección. Las Administraciones no podían cubrir las vacantes conforme al procedimiento reglamentario debido a los límites establecidos en las leyes de presupuestos, pero, en vez de amortizar esas plazas, lo que hubiera permitido cumplir con el objetivo de ahorro de la legislación presupuestaria, lo que hicieron fue mantener las plazas ocupadas con los interinos. Las interinidades de larga duración fueron cada vez más frecuentes.

¹² C-596/14.

¹³ C-619/17.

¹⁴ R. 3970/2016. Nuestro padre dedicó tres trabajos al caso de Diego Porras: «¿Un miércoles de ceniza para la contratación temporal española? Reflexión breve sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso de Diego Porras», *Información Laboral*, núm. 10, 2016; «Los problemas procesales del caso de Diego Porras. Una reflexión crítica sobre la congruencia en el proceso social», *Revista de Jurisprudencia. El Derecho*, núm. 2, febrero 2019; «Saliendo del laberinto: el fin del caso de Diego Porras. Historia y prospectiva», *Actum Social*, núm. 145, marzo 2019. En la doctrina científica han sido muchos los trabajos que se han publicado en relación con el caso de Diego Porras. Por razones de espacio y por la propia naturaleza de este trabajo, no podemos aquí citar todas contribuciones doctrinales, por lo que remitimos a la nota 25 del estudio que ahora comentamos.

Sobre este problema advirtió la STJUE 5 de junio de 2018¹⁵, dictada en el caso *Montero Mateos*, que provocó un nuevo cisma en la doctrina judicial nacional. La sentencia, tras aceptar que no es contraria a la normativa comunitaria la norma española que no prevé indemnización en caso de cese del interino por cobertura de la vacante, añade, en su apartado 64, una «encomienda» a los tribunales nacionales: «incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo» (indefinido no fijo, se entiende).

La «encomienda» generó un amplio debate¹⁶. ¿Cuándo procede la conversión del contrato en indefinido no fijo? ¿Basta con que la duración de la interinidad sea «imprevisible» e «inusualmente larga»? ¿O es necesario que se haya producido un abuso? ¿Y cuándo hay que entender que se produce el abuso? En el centro de este debate ha estado el artículo 70 del EBEP, que establece un plazo de 3 años para la ejecución de la oferta de empleo público. Para algunas sentencias de suplicación, la superación de este plazo debía llevar, de forma objetiva, a recalificar el contrato como indefinido no fijo, reconociendo, en caso de cese por cobertura de la vacante, la indemnización de 20 días correspondiente al despido objetivo. Otras sentencias rechazaban esa aplicación automática del plazo de los 3 años, considerando necesaria una valoración casuística de las circunstancias concurrentes. Este último criterio es el que termina adoptando la Sala IV del Tribunal Supremo, que unificó doctrina en su STS 24 de abril de 2019¹⁷, seguida por numerosas resoluciones posteriores. Para estas sentencias, a la hora de determinar si existe un uso abusivo del contrato de interinidad por vacante por parte del ente público empleador lo importante es valorar, en cada caso, las circunstancias concurrentes, pues es posible que la interinidad no sea de larga duración y, sin embargo, sea fraudulenta o abusiva, y también puede suceder que la interinidad tenga una duración inusualmente larga pero ello se deba a causas justificadas, lo que, a juicio de estas sentencias, sucede cuando la Administración no puede cubrir la plaza

¹⁵ C-677/16.

¹⁶ En la doctrina científica, además del trabajo comentado en este estudio y del trabajo de nuestro padre ya citado «Saliendo del laberinto...», sobre este debate puede consultarse los comentarios de M. A. ESTEVE SEGARRA, «La valoración jurisprudencial de contratos de interinidad por vacante con duraciones inusualmente largas: luces y sombras», *Trabajo y Derecho*, núm. 59, 2019, y P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «A vueltas con el derecho a indemnización a la extinción de los contratos de interinidad de la Administración. Balance de la doctrina judicial nacional tras la sentencia *Montero Mateos*», *Trabajo y Derecho*, núm. 48, 2018.

¹⁷ R. 1001/2017.

conforme al procedimiento reglamentario debido a las limitaciones cuantitativas de dicha oferta introducidas por la legislación presupuestaria.

Esta doctrina consolidada se ha corregido recientemente debido al impacto de la STJUE 3 de junio de 2021¹⁸, dictada en el caso IMIDRA. Esta sentencia resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la que se pregunta al tribunal comunitario si la normativa española, «tal y como está siendo interpretada por la Sala IV del Tribunal Supremo» es contraria a las cláusulas 1 y 5 del AMTDD. El auto expone la jurisprudencia de la Sala IV de una forma cuestionable, pues se da a entender que dicha jurisprudencia permite que la Administración prorogue *sine die* la duración de los contratos de interinidad, dejando en definitiva esa duración «al arbitrio del empleador». Esto, como se ha visto, no es cierto. Pero, como ya se pudo constatar en el caso de Diego Porras, la forma en que se plantean las cuestiones ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tergiversa el debate y esto es lo que vuelve a suceder ahora. El Tribunal de Justicia entiende que una normativa que, en su aplicación, se interpreta de tal forma, se opone a la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco. Además, y esto es más importante, se afirma que dicha cláusula «debe interpretarse en el sentido de que consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis económica de 2008, no pueden justificar la inexistencia, en el Derecho nacional, de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada».

La recepción de esta doctrina se produce en la STS4.^a 28 de junio de 2021, del Pleno¹⁹, dictada en el caso Alhambra. La Sala IV, tras reprochar la forma errónea en que el tribunal comunitario ha entendido su doctrina –que, dice, no reconoce como propia–, y a pesar de considerar que sus criterios son plenamente conformes con la Directiva, señala que, a la vista de esta sentencia del TJUE y de otras anteriores –especialmente, la de 11 de febrero de 2021, caso Topikis Aftodioikisis²⁰– resulta conveniente «efectuar una nueva reflexión sobre nuestra doctrina», especialmente «sobre las circunstancias de su aplicación». Y, en este sentido, la Sala IV hace las siguientes precisiones. En primer lugar, se aclara que cuando una situación de interinidad se prolonga innecesariamente en el tiempo, ya no estamos ante un único contrato, «porque la realidad es que el efecto útil del contrato suscrito inicialmente ha perdido todo su valor en atención al incumplimiento de las exigencias de provisión que toda vacante conlle-

¹⁸ C-726/19.

¹⁹ Sentencia núm. 649/2021.

²⁰ C-760/18.

va». En segundo lugar, se corrige el criterio anterior que justificaba la larga duración de la interinidad por las restricciones presupuestarias, para pasar a adoptar un criterio más estricto de acuerdo con el cual «salvo muy contadas y limitadas excepciones, los procesos selectivos no deberán durar más de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad, de suerte que, si así sucediera, estaríamos en presencia de una duración injustificadamente larga». No es que el plazo del artículo 70 del EBEP sea aplicable en todas las situaciones, que no lo es, sino que dicho plazo se aplica por analogía, a falta de regulación específica, y con carácter general, pues, según el Tribunal Supremo, «es el que mejor se adecua al cumplimiento de los fines pretendidos por el Acuerdo Marco». La sentencia termina enlazando con su anterior doctrina, que considera «corregida» pero no eliminada, señalando que el plazo de tres años no es «inamovible», pues, en atención «a diversas causas», podría apreciarse antes de su cumplimiento la existencia de una situación irregular y, a la inversa, podría entenderse que no existe tal irregularidad aun cuando se hubiera superado el plazo, aunque esta última posibilidad se matiza ahora, pues se restringe a supuestos «excepcionales» por «causas extraordinarias».

La solución que ofrece la Sala IV en el caso Alhambra creemos que es razonable en el marco actual del empleo público laboral y con los límites de ajuste que tiene la jurisprudencia. Los problemas en realidad son mucho más profundos, pero no son los tribunales sino el legislador el que debe corregirlos. Volveremos después sobre ello.

Recapitemos ahora para resumir la situación actual del interino laboral: 1. En la interinidad por sustitución, el cese por reincorporación del trabajador sustituido se produce conforme a lo dispuesto en el artículo 49.1.c) del ET, sin que la extinción dé derecho a ninguna indemnización. 2. En la interinidad por vacante, hay que distinguir dos supuestos: a) Si el contrato de interinidad se ha producido de forma regular, cumpliendo en su cobertura el plazo general de 3 años, el cese tras la cobertura de la vacante será correcto sin que proceda ninguna indemnización a favor del interino²¹. b) Si en la interinidad, con o sin larga duración, se aprecia abuso o fraude, se reconocerá el

²¹ Esta conclusión es criticable. Hay que tener en cuenta que la falta de indemnización solo está prevista en el Estatuto de los Trabajadores para la interinidad por sustitución y, en este sentido, no parece razonable equiparar esta figura contractual a la interinidad por vacante. No son figuras equivalentes a estos efectos, pues no hay que olvidar que en la interinidad por sustitución lo que se está protegiendo es el interés del trabajador sustituido a volver a su puesto de trabajo, mientras que en la interinidad por vacante lo que se protege es el interés del empresario en gestionar sus procesos de selección manteniendo, mientras tanto, cubierta su necesidad de prestación de trabajo. En la interinidad por vacante, el cese por cobertura de la plaza debería conllevar el derecho a la indemnización prevista con carácter general para los contratos temporales [art. 49.1.c) ET].

carácter indefinido no fijo de la relación laboral y el cese por cumplimiento del término tendrá una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con el tope de 12 mensualidades. A la hora de valorar la existencia o no de abuso en el uso de este tipo de contrato, se tendrá en cuenta que los procesos selectivos no deben durar más de tres años, salvo casos excepcionales en los que el retraso se deba a causas «extraordinarias», entre las cuales no se han de incluir las restricciones presupuestarias. 3. Cuando la interinidad por sustitución o por vacante finalice antes del término convenido por amortización de la plaza, resultará aplicable el régimen de los artículos 51, 52 y 53 ET (con las especialidades previstas para las Administraciones públicas).

Este es el marco general en la temporalidad del empleo público laboral. ¿Resulta satisfactorio? Claramente no. Existe un abuso preocupante de la temporalidad laboral en el empleo público, que se facilita por una deficiente y permisiva legislación (especialmente, a través de las excepciones al régimen común previstas en la disposición adicional 15.^a del ET y en algunas regulaciones especiales).

La figura del indefinido no fijo no solo no ha conseguido frenar esta situación de abuso, sino que, por el contrario, ha ayudado a perpetuarla. En sus orígenes, como se ha visto, esta figura pretendía llegar a una solución de equilibrio, permitiendo el mantenimiento del trabajador en su puesto, pero solo hasta que se cubriera la plaza por el procedimiento regular, al que podía concurrir el trabajador. Sin embargo, como advirtió nuestro padre, esta solución quiebra «desde el momento en que la Administración no procede en un tiempo razonable a proveer la plaza y los afectados no reaccionan frente a esta situación, quizá para evitar, a su vez, la competencia en un sistema abierto de ingreso»²². El indefinido no fijo se perpetúa y la irregularidad se enquistaba, más aún si, con la doctrina Amaya, desvinculamos al indefinido no fijo de la plaza.

Ante estas circunstancias, hay que aceptar que la solución del indefinido no fijo creada en su día por la jurisprudencia ha fracasado. Si queremos proteger el modelo constitucional de empleo público, hay que corregir la actuación de la Administración y esto solo se puede hacer a través de una reforma legislativa. Se deben corregir, en primer lugar, las normas que permiten, fuera del marco general, una contratación laboral temporal excesivamente permisiva (baste como ejemplo la contratación del profesorado universitario o del personal investigador). Pero también se deben establecer con claridad las consecuencias de la irregularidad en la contratación temporal. En relación con esta última cuestión, creemos que la opción correcta no puede pasar por mantener

²² «Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?», cit.

la relación laboral; esta debe extinguirse con la indemnización correspondiente. Nuestro padre propuso como solución la anulación del contrato, con una reparación del daño provocado por la temporalidad irregular a través de la correspondiente indemnización²³, que podría ser la del despido improcedente. Otra solución posible sería la declaración del despido como improcedente, pero sin posibilidad de readmisión, debiendo la Administración indemnizar en todo caso. Por otra parte, el legislador debería establecer mecanismos que garantizarasen el cumplimiento por la Administración de sus obligaciones en materia de gestión de personal, estableciendo un régimen riguroso de responsabilidad y creando, si fuera necesario, un organismo independiente que vigilara la actuación de la Administración en esta materia, dado que por parte de la Administración afectada y del propio trabajador a veces no existe interés en cambiar la situación existente.

En los contratos de interinidad, como se ha visto, se plantean algunos problemas específicos, debido a la exclusión de la indemnización que establece el artículo 49.1.c) del ET. Creemos, como ya señaló nuestro padre, que en el contrato regular de interinidad por vacante la extinción por la cobertura de la plaza debería dar lugar a la indemnización prevista para los contratos temporales, pues no hay razones en este supuesto para excluirla²⁴. En cuanto a la interinidad por sustitución, aun cuando la diferencia de trato pudiera estar justificada quizás sería recomendable también reconocer el derecho a esa indemnización, al menos cuando se trata de una sustitución larga.

III. LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO ADMINISTRATIVO

En el ámbito del personal temporal de régimen administrativo, el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el abuso de la temporalidad ha sido de gran calibre, ha creado fisuras en el modelo y ha abierto importantes interrogantes.

²³ Según su propuesta, el contrato deviene nulo, debiéndosele conferir a la nulidad un efecto extintivo directo, sin necesidad de pasar por los trámites de otra causa del artículo 49 ET, en particular, la de los artículos 51 o 53 («Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?», cit.). Sobre esta propuesta, vid también J. GORELLI HERNÁNDEZ, «La extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo: el difícil equilibrio entre intereses laborales y de derecho público», *Trabajo y Derecho*, núm. 10, 2015.

²⁴ Los argumentos que da la STS 4.^a 13 de marzo de 2019, en el caso Diego Porras, para justificar la ausencia de indemnización solo aplican a la interinidad por sustitución. Sobre este tema remitimos a la nota 21.

La valoración del recurso a la temporalidad que han hecho los órganos judiciales nacionales y el TJUE no siempre ha sido coincidente. En el caso *Viejobueno*²⁵, que se comentó en el trabajo con nuestro padre, se evidenciaron las divergencias entre la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y el TJUE en relación con la práctica administrativa de cesar a los profesores interinos con efectos de 30 de junio (fecha de terminación del periodo lectivo) en lugar de con efectos de 31 de agosto (fecha de terminación del curso). El Tribunal Supremo había entendido que no existían razones objetivas que justificaran las diferencias de trato con los funcionarios de carrera, pero el TJUE llegó a la conclusión contraria. Con todo, el órgano judicial comunitario consideró que el caso planteaba un problema sobre la procedencia o no de la extinción y no una cuestión de discriminación, por lo que la resolución del TJUE no obligaba al Tribunal Supremo a modificar su doctrina. Sin embargo, el giro jurisprudencial se ha producido en sus últimas sentencias [SSTS 3.ª 9 de julio de 2019, 16 de julio de 2020, 12 de noviembre de 2020, 16 de abril de 2021 y 12 de mayo de 2021²⁶], avalando, así, una práctica que puede estar poniendo de manifiesto la existencia de necesidades permanentes que deberían dar lugar a la convocatoria de plazas estructurales.

Desgraciadamente, el abuso de la temporalidad en régimen de Derecho Administrativo no es infrecuente, pero es preciso advertir que no responde –pese a lo que afirma el TJUE en el caso *Pérez López*, evidenciando las dificultades del «diálogo» con los órganos judiciales españoles–, a que la regulación administrativa española permita un recurso indiscriminado a la temporalidad o no establezca ninguna obligación de crear puestos estructurales. El recurso a los nombramientos temporales está limitado en los artículos 10 y 12 EBEP y de los artículos 10.4, 69, 70, 74 y 78 EBEP, en relación con los artículos 14 y 15 de la Ley 30/1984²⁷, se deriva la existencia de una obligación de ajustar el empleo público a las necesidades reales y permanentes del personal.

El problema no reside en la ausencia de obligaciones legales, sino en las prácticas administrativas que, en ocasiones, discurren por cauces extralegales: la prolongación injustificada de la temporalidad se produce en sectores con déficits estructurales de plantilla, sometiendo, a veces, al personal a un elevado número de nombramientos sucesivos. Esto es posible porque, como se ha se-

²⁵ STJUE 21 de noviembre de 2018 (C-245/17).

²⁶ Rs. 1930/2017, 793/2018, 6469/2018, 4294/2019 y 4438/2019.

²⁷ En particular, el artículo 10.4 establece que las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización». Y el artículo 70 impone la aprobación anual de la oferta de empleo público y la obligación de convocar los procesos selectivos en el plazo máximo que se fije, debiendo la oferta desarrollarse en un plazo máximo de tres años.

ñalado en el caso Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez²⁸, la regulación no garantiza que se cumplan las obligaciones legales y se celebren, efectivamente, los procedimientos de selección, lo que evidencia que la normativa es susceptible de mejora desde la perspectiva de su efectividad.

Cuestión distinta y también compleja es la de si nuestro ordenamiento jurídico-administrativo cuenta con medidas proporcionadas, efectivas y suficientemente disuasorias para evitar la utilización abusiva de las relaciones temporales, puesto que ni prevé la transformación en indefinidos no fijos, ni contempla indemnización por cese, como ocurre en el ámbito laboral. En los casos Martínez Andrés y Castrejana López, el TJUE admitió que la transformación en indefinido no fijo podía ser una solución adecuada²⁹. Pero, la Sala III del Tribunal Supremo, en sus conocidas sentencias de 26 de septiembre de 2018³⁰, rechazó que pudiera acudir a la figura laboral del indefinido no fijo –con las consecuencias indemnizatorias que la jurisprudencia social ha previsto para esta figura–, optando –a partir de la normativa administrativa– por una solución similar pero no idéntica que podemos llamar «funcionario interino indefinido no fijo»³¹. Esta peculiar figura consiste en la subsistencia de la relación de empleo temporal, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ello, hasta que la Administración valore si procede la amortización o la creación de una plaza estructural, pero sin ese sistema indemnizatorio aplicado en el ámbito laboral.

No obstante, en el trabajo que comentamos ya se señalaba que es muy discutible que esta figura pueda considerarse una medida efectiva y persuasiva. Sobre ello se ha pronunciado recientemente el TJUE en los casos Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez³², y Sindicatos Único de Sanidad e Higiene (SUSH)

²⁸ STJUE 19 de marzo de 2020 (C-103/18 y C-429/18).

²⁹ No obstante, en la contestación a la segunda pregunta del caso Huétor Vega, el TJUE acepta la conclusión del órgano judicial nacional según la cual la conversión de la relación temporal irregular en un vínculo indefinido no fijo no es una sanción eficaz contra la contratación temporal abusiva. Se trata, sin embargo, de una afirmación que hay que poner en relación con el caso concreto planteado, pues, en realidad, lo que estaba rechazando el tribunal comunitario era el tratamiento que la jurisprudencia nacional hacía de los supuestos en los que el contrato indefinido no fijo se extinguía por amortización de la plaza, supuestos en los que nuestra jurisprudencia, al principio, no reconocía indemnización alguna. Esta jurisprudencia nacional, de hecho, ya había cambiado cuando se dictó la sentencia del TJUE, reconociendo la indemnización, por lo que no había realmente contradicción.

³⁰ Rs. 785 y 1305/2017.

³¹ Vid. M. SÁNCHEZ MORÓN, «La consagración del funcionario interino indefinido», *RAP*, núm. 208, 2019, pp. 223-238.

³² Sobre esta resolución, *vid.*, también J. FUENTETAJA, «La utilización abusiva de los funcionarios interinos ante el Derecho europeo: entra la transformación en funcionarios de carrera y el derecho a la indemnización», *RAP*, núm. 212, 2020, pp. 201-230.

de la Comunidad de Madrid y de Sanidad de Madrid de la CGT³³ (en adelante, SUSH-CGT). El TJUE ha contestado que la convocatoria de procesos selectivos no es una vía efectiva para sancionar debidamente la utilización abusiva de la temporalidad, puesto que no tiene efecto negativo alguno para el empleador y el empleado tampoco tiene garantizado el acceso al puesto de trabajo de forma indefinida³⁴. Es más, el TJUE alerta de que no existen medidas que garanticen que se celebren realmente los procesos selectivos, por lo que podrían prolongarse las situaciones de interinidad. Y, en el caso SUSH-CGT extiende el mismo reproche a la disposición transitoria cuarta del EBEP ya que, por un lado, solo prevé la facultad, pero no la obligación, de la Administración de abrir los procedimientos de consolidación y, por otro lado, esos procedimientos están también abiertos a personal que no ha sido víctima del abuso. Los mismos motivos llevan, además, al TJUE, a descartar que la figura del «indefinido no fijo» pueda ser una medida efectiva (vuelta a Huétor Vega), siendo esta valoración plenamente extensible a la figura equivalente de régimen administrativo que consagran las SSTS 3.ª de 26 de septiembre de 2018.

Es evidente que la solución no puede ser reconocer la fijeza, puesto que ello resulta manifiestamente contrario a nuestro modelo constitucional³⁵. ¿Sería entonces una solución adecuada la convocatoria de procedimientos restringidos para el personal que ha sufrido el abuso de temporalidad? Esta es la vía por la que han optado algunos legisladores autonómicos, pero, como ha recordado recientemente nuestro Tribunal Constitucional (STC 38/2021, de 18 de febrero), enjuiciando precisamente una norma regional, tal salida es inviable en nuestro sistema, al incurrir en un vicio de inconstitucionalidad mediata, aunque la finalidad de tal previsión «sea solucionar, a la luz de las exigencias normativas y jurisprudenciales de la Unión Europea, el abuso en la contratación temporal sucesiva del personal público», pues «dicho propósito se debe lograr sin vulnerar tal norma básica estatal que proscrib[e], salvo excepciones tasadas, las pruebas de acceso restringidas o específicas (STC 38/2004, de 11 de marzo³⁶)».

³³ ATJUE 2 de junio de 2021. En este caso, el problema se ha planteado en relación con una Orden de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid que establecía instrucciones para el procedimiento extraordinario de transformación del personal estatutario eventual en personal interino por vacante, afectando a 9.126 personas.

³⁴ Vid. L. CANAL FERNÁNDEZ, «Y si los procesos de estabilización no fueran suficientes para hacer frente a las exigencias de la Directiva 1999/70?», *Actualidad Administrativa*, núm. 12, de 1 de diciembre de 2019.

³⁵ La fijeza ha sido descartada, como no podía ser de otra forma, en la reciente SAN de 30 de marzo de 2021, r. 8/2018.

³⁶ RTC 2004, 38), FJ 5.

En consecuencia, todo parece apuntar a la indemnización como solución más efectiva frente a los abusos de la temporalidad. Sin embargo, el problema entonces es qué indemnización puede considerarse medida efectiva y proporcionada. Las SSTS 3.^a de 26 de septiembre de 2018 dejaron abierta únicamente la vía a la solicitud de una indemnización por la anulación del cese indebido consistente en el reconocimiento de los derechos profesionales y económicos procedentes desde la fecha del cese y, por tanto, similar a los salarios de tramitación laborales, porque estas sentencias se inclinan por la vía de la anulación del cese y la continuación de la relación de empleo hasta que se amortice o convoque y cubra la plaza. No obstante, es interesante señalar que, en estas sentencias, el Tribunal Supremo también hacía referencia a la posibilidad de acudir a lo previsto en el artículo 7.2 del Código Civil en los casos en los que, por lo prolongado de la situación abusiva y por la actitud renuente de la Administración a observar medidas legales equivalentes, se pudiera afirmar la existencia de un abuso manifiesto, aunque no llegó a aplicar este precepto al no haber sido objeto de análisis en los procesos.

En el caso *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez*, se ha preguntado al TJUE si podría considerarse medida efectiva y proporcionada el otorgamiento de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente si el empleado temporal no consolida su situación en un eventual procedimiento selectivo. El tribunal comunitario ha contestado que «para constituir una «medida legal equivalente», en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, la concesión de una indemnización debe tener específicamente por objeto compensar los efectos de la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada», correspondiendo al órgano judicial valorar si es o no una medida adecuada.

Por otra parte, en el ámbito nacional, la jurisdicción contencioso-administrativa se ha enfrentado también a situaciones de abuso sin cese en que los afectados solicitan su reconocimiento como indefinidos no fijos y la declaración del carácter estructural de sus plazas. Algunos tribunales inferiores han estimado estas pretensiones³⁷. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en sentencias recientes (entre otras, SSTS 3.^a de 9 de diciembre de 2020, 16 de diciembre de 2020 y 17 de febrero de 2021³⁸), ha descartado esta vía de solución y rechazado tanto la declaración del carácter estructural de la plaza, como que pueda reconocerse la condición equivalente a la laboral de indefinido no fijo

³⁷ *Vid.*, por ejemplo, STSJ de Galicia 16 de enero de 2019, posteriormente casada por STS de 17 de febrero de 2021.

³⁸ Rs. 7976/2018, 2081/2019 y 3321/2019.

—que podría comportar derecho a indemnización en caso de cese aplicando analógicamente el Derecho del Trabajo—, insistiendo en que la solución es la que ya estableció en sus sentencias de 26 de septiembre de 2018. Sin embargo, esta solución no parece que pueda considerarse ni efectiva ni proporcionada a la luz de las últimas resoluciones del TJUE en los casos Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez, y SUSH y CGT.

La línea doctrinal restrictiva de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo se refleja también en las divergencias con el TJUE en la propia interpretación del concepto de «sucesivas relaciones laborales de duración determinada». La Sala III del Tribunal Supremo, en diversas sentencias³⁹, ha excluido de este concepto y, por tanto, de la aplicación del Acuerdo Marco, aquellas relaciones en las que ha habido un único nombramiento, aunque la relación se haya prolongado en el tiempo cubriendo necesidades permanentes y habiendo transcurrido amplios periodos de tiempo sin convocatoria de plazas, mientras que de las últimas resoluciones del TJUE parece deducirse que esta interpretación no es acorde con el objetivo del Acuerdo de evitar los abusos de la temporalidad (caso Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez y caso IMIDRA⁴⁰).

La evolución jurisprudencial de la Sala III del Tribunal Supremo parece haberse estancado, dejando la cuestión sin resolver de forma satisfactoria y reflejando una gran reticencia a acoger las últimas interpretaciones del TJUE, que ciertamente no tienen un fácil encaje en nuestra regulación administrativa.

Puede que la solución más adecuada se encuentre en el artículo 7.2 del Código Civil al que hacían referencia las SSTs 3.^a de 26 de septiembre de 2018, aunque no llegaran a aplicarlo. Hay que tener en cuenta que, como hemos dicho más arriba, de la doctrina del TJUE se deriva que para que la indemnización se considere medida efectiva debe responder específicamente a la utilización abusiva de la temporalidad y no a una determinada causa legal, lo que apunta a una compensación por abuso que encaja a la perfección en el artículo 7.2 CC. Además de este precepto se deriva otra consecuencia importante: el recurso al mantenimiento de la relación (sea por la vía laboral del indefinido no fijo, sea por la figura administrativa equivalente) ha de tener límites. En efecto, el artículo 7.2 CC exige que se adopten las medidas judiciales y

³⁹ Por ejemplo, SSTs 3.^a de 24 de septiembre de 2020 y 29 de octubre de 2020 (rs. 2302 y 1868/2018).

⁴⁰ SSTJUE 3 de junio de 2021 (C-726/2019). Aunque se trata de una resolución relativa a un contrato laboral de interinidad, la *ratio decidendi* de la resolución es plenamente aplicable a las relaciones temporales administrativas, aunque en ellas haya un único nombramiento, cuando se prolongan indebidamente en el tiempo por la inactividad en la configuración de las ofertas de empleo o la convocatoria de procedimientos selectivos.

administrativas que pongan fin al abuso, mientras que la subsistencia y continuidad de la relación de empleo temporal lo único que hace es perpetuarlo.

Lo procedente sería, por tanto, eliminar la relación abusiva y reconocer un derecho a compensación, que podría equipararse a la indemnización prevista en el Derecho laboral por despido improcedente. Otra solución podría consistir en el mantenimiento transitorio de la relación de empleo (en la línea de las SSTS 3.^a de 26 de septiembre de 2018) pero acompañado de una declaración del carácter estructural de la plaza y la obligación de incluir la misma en la oferta pública de empleo y convocar el procedimiento de selección en un plazo no superior a tres años, además de, lógicamente, reconocer el derecho a indemnización en caso de que el empleado temporal no consolide su situación en la Administración. La planificación de los servicios públicos y la potestad de autoorganización de las Administraciones públicas no pueden ser obstáculo para una declaración judicial en ese sentido cuando se constata, en el proceso, el carácter permanente de las necesidades a las que responde la relación de empleo.

Es cierto que la solución de la indemnización no es plenamente satisfactoria. En primer lugar, porque el empleado temporal no siempre sufre un abuso⁴¹. En segundo lugar, porque es bien conocida la escasa efectividad de la potestad disciplinaria y de las acciones de regreso en el ámbito de la Administración. Y, en tercer lugar, porque el carácter disuasorio de las indemnizaciones cuando se hace frente a ellas con dinero público siempre es menor. Por otra parte, la declaración judicial del carácter estructural de la plaza y la condena a la inclusión en la oferta de empleo público y la convocatoria de la plaza, tienen el alcance necesariamente limitado propio de las decisiones jurisdiccionales cuya finalidad es la resolución del caso concreto, pero que no tienen lógicamente, porque no es su cometido, capacidad para solucionar los problemas estructurales de nuestro empleo público.

Por ello, sería conveniente que interviniera el legislador y que la indemnización se completara con otras previsiones. Por un lado, con medidas que refuercen el efecto preventivo o disuasorio de la indemnización⁴², ya sugeridas por la doctrina o presentes en otros países de nuestro entorno, como la respon-

⁴¹ En efecto, ocupar, de forma prolongada en el tiempo, un puesto público sin haber superado procedimientos rigurosos de selección es más que un abuso, un privilegio al que solo acceden unos pocos. A lo que hay que añadir que luego esos años de experiencia les favorece también en los procedimientos selectivos que, habitualmente, consideran ese desempeño un mérito –a veces de gran peso– a valorar para la adjudicación de plazas estructurales.

⁴² También a favor de la indemnización, J. MATEOS MARTÍNEZ, «El derecho a la no discriminación de los funcionarios interinos: estado de la cuestión tras la más reciente jurisprudencia», *RVAP*, núm. 117, 2020, pp. 387-419.

sabilidad disciplinaria, patrimonial⁴³ o penal⁴⁴ de las autoridades o funcionarios que adopten medidas que impliquen un abuso de la temporalidad. Y, por otro lado, con medidas que garanticen un ajuste efectivo del empleo público a las necesidades permanentes y la convocatoria en plazo de los procedimientos selectivos. Convendría reformar el EBEP recuperando la idea del Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público de 2005 de amortización automática de las plazas que no se hayan incluido en las ofertas de empleo público o convocado debidamente⁴⁵. Y quizás otra medida complementaria podría ser la atribución de funciones que garanticen el ajuste efectivo del empleo a las necesidades permanentes a entes técnicos e independientes de control, supervisión y convocatoria de plazas para alejar la decisión del círculo de interesados y evitar las dinámicas internas que contribuyen, frecuentemente, a congelar y «capturar»⁴⁶ el empleo público. A estos mismos entes independientes podría asignárseles, además, la potestad para exigir las responsabilidades disciplinarias y patrimoniales a las autoridades o funcionarios que permitan, favorezcan o acuerden las irregularidades, reforzando así su efectividad.

Indudablemente el pago de indemnizaciones tendría, ahora, de forma inmediata, un alto coste económico, pero puede que ello lejos de constituir un problema sea el camino hacia la solución: la sanción, el efecto aflictivo que representa el pago indemnizatorio, puede que finalmente convenza de que nuestro empleo público no puede continuar por los actuales derroteros del abuso de la temporalidad, ni por la claudicación ante las presiones de colectivos y sindicatos, y de que el legislador debe intervenir para mejorar la regulación y establecer mecanismos serios de garantía de nuestro modelo constitucional. La pertinaz erosión de nuestro sistema de empleo público sí que es un coste inasumible.

IV. LA NECESIDAD DE UNA REFORMA LEGISLATIVA

Una mirada conjunta al empleo público laboral y administrativo nos lleva a hacer unas últimas reflexiones críticas.

⁴³ En esta línea, *vid.* lo dispuesto en la DA 43.^a de la Ley 6/2018, de 3 de julio, que, aunque se refiere únicamente a la contratación laboral irregular, podría aplicarse analógicamente al abuso de la temporalidad.

⁴⁴ Podría ser interesante prever un tipo específico de prevaricación para reforzar el reproche a este tipo de conductas.

⁴⁵ Para otras medidas posibles, *vid.*, también M. SÁNCHEZ MORÓN, *Régimen jurídico de los funcionarios interinos*, Aranzadi, 2020, pp. 154 ss.

⁴⁶ *Vid.*, M. SÁNCHEZ MORÓN, «Sobre la captura del empleo público», *Revista Vasca de Gestión de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 1, 2011, pp. 71-79.

La solución al problema del abuso de la temporalidad en el empleo público requiere de una reforma legislativa tanto de las normas laborales como de las administrativas.

El legislador debe poner límites estrictos a la contratación y al nombramiento de personal temporal, con plazos máximos de duración, señalando con claridad las consecuencias que debe tener el uso abusivo de la temporalidad. Esas consecuencias no deberían llevar a perpetuar relaciones irregulares. Por el contrario, si se quiere preservar el modelo constitucional de empleo público, evitando, como advertía nuestro padre, «los males endémicos tradicionales del *spoils system*, la desprofesionalización y el clientelismo en sus diversas formas»⁴⁷, la solución requiere de la extinción indemnizada de dichas relaciones. Las plazas vacantes que no se cubran con personal fijo por los procedimientos reglamentarios dentro de los plazos máximos previstos deben amortizarse y así ha de quedar claro en la ley⁴⁸.

Pero esto no es suficiente. El legislador debe también introducir otras medidas que refuercen el efecto preventivo o disuasorio. Es necesario, en este sentido, establecer un régimen de responsabilidades de los titulares de los órganos competentes en materia de personal por las irregularidades que se produzcan en la contratación y en el nombramiento de los empleados temporales. Otra medida a considerar sería, como ya se ha señalado, la atribución a entes técnicos e independientes de funciones que garanticen el ajuste efectivo del empleo a las necesidades permanentes controlando y supervisando las convocatorias de plazas.

Mientras ponemos fin a este trabajo, el Ministerio de Política Territorial y Función Pública ha comunicado la existencia de un «Plan de choque para reducir la temporalidad en las administraciones públicas», que –tras varias modificaciones– parece que va a incluir procesos de consolidación del empleo, el establecimiento de plazos máximos de duración en las relaciones temporales y, en caso de incumplimiento por la Administración de dichos plazos, la exigencia de la responsabilidad «que proceda» e indemnizaciones a favor del empleado (con dudas respecto de estas últimas). Es pronto para valorar esta iniciativa, pues no tenemos una información completa. Pero insistimos en la necesidad de hacer una reforma legislativa general, que afecte por igual al empleo temporal laboral y administrativo, estableciendo plazos máximos de

⁴⁷ «Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?», *cit.*

⁴⁸ En este punto es interesante la idea ya comentada anteriormente del Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público de 2005 en la que defendía la amortización automática de las plazas que no se hayan incluido en las ofertas de empleo público o convocado debidamente.

duración claros, un régimen de responsabilidad general y unas consecuencias para el empleado similares en ambos casos. En cuanto a los procesos de consolidación, las Administraciones deberán tener en cuenta que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, aunque en estos procedimientos se puedan valorar los méritos contraídos en el servicio, la valoración no debe hacerse hasta el punto de impedir el acceso al empleo público de cualquier ciudadano que no haya prestado antes servicios en la Administración⁴⁹.

⁴⁹ *Vid.* sobre sobre estos procesos de consolidación y sus límites el excelente trabajo de M. SÁNCHEZ MORÓN, *Régimen jurídico de los funcionarios interinos*, cit., pp. 135 a 152.

PRIMERA PARTE: COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

LA DURACIÓN DEL CONTRATO

MARÍA DEL PUY ABRIL LARRAÍNZAR
Abogada. Doctora en Derecho

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2003 (RCUD 4895/2002) [ECLI: ES: TS:2003:7249].

II. INTRODUCCIÓN

Todavía recuerdo el día que conocí al Profesor Desdentado en el Master Oficial de Investigación *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a través de la Jurisprudencia* impartido por la Universidad Rey Juan Carlos.

Parece que fue ayer cuando nos comunicaron que D. Aurelio iba a impartir una ponencia sobre el despido. En ella abordaría toda la jurisprudencia del Alto Tribunal sobre dicha materia, sistematizándola y explicando los puntos más conflictivos. Recuerdo la ilusión que me hizo pensar que le iba a conocer –cual fan adolescente con su ídolo musical–.

Y llegó el día. Y el Profesor Desdentado superó con creces cualquier expectativa. En hora y media expuso el tema de una forma tan brillante que resulta indescriptible, contándonos incluso alguna anécdota y entresijo que amenizaron todavía más aquel rato. Pero probablemente, lo que más me sorprendió de D. Aurelio fue el clima que generó en aquel aula. Su cercanía, amabilidad,

sencillez y humildad acrecentaron todavía más la admiración y respeto de cuantos estábamos allí.

Sin duda, aquel día entendí lo que era una *Charla Magistral*. Lástima que solo en pocas ocasiones posteriores pude asistir a verle actuar en alguna otra ponencia. Afortunadamente nos dejó un legado de valor incalculable a través de sus sentencias y publicaciones. Un honor, por tanto, poder comentar una de ellas.

Desde este pórtico introductorio ya se advierte al lector que la sentencia objeto de este comentario resulta totalmente extrapolable al momento actual. Y es que en ella, D. Aurelio abordaba qué tipo de convenio colectivo estaba legitimado para ampliar la duración del contrato eventual. O lo que es lo mismo, las diferencias entre un convenio estatutario de sector, un convenio de empresa y un convenio extraestatutario.

Veamos pues el caso y la doctrina sentada.

III. COMENTARIO

1. Hechos relevantes

a) La trabajadora había prestado sus servicios profesionales por cuenta de la empresa demandada, con categoría profesional de ayudante especialista, en virtud de contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción suscrito el 8 de marzo de 2001 por un periodo inicial de seis meses.

b) Dicho contrato fue prorrogado por otros seis meses.

c) La relación laboral se regía por lo establecido en el convenio de empresa y supletoriamente (por remisión de este último) por lo establecido en el convenio colectivo extraestatutario sectorial de siderometalurgia de la provincia de Álava.

d) La Empresa extinguió la relación laboral por el transcurso del plazo de los doce meses.

2. Normativa aplicable

Artículo 15.1.b) del RDLeg. 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET de 1995)¹ y artícu-

¹ En la redacción dada por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida.

lo 3.2.b) del RD 2720/1998, de 18 de diciembre por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada.

Por cuanto ahora interesa, baste recordar que ambas normas permitían (y permiten) que, por «convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior» se modifique la duración máxima del contrato eventual.

3. Cuestión jurídica debatida

Expuestos así los términos del debate, la cuestión jurídica debatida consistía en determinar si una norma colectiva distinta del convenio colectivo estatutario sectorial estaba legitimada para ampliar la duración del contrato eventual. En concreto, si el convenio colectivo de empresa o un convenio colectivo sectorial extraestatutario podría autorizar tal ampliación.

4. Sentencia recurrida

La Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ País Vasco de 24 de octubre de 2002 entendió que ni el convenio de empresa ni el convenio extraestatutario estaban facultados para autorizar tal prórroga.

5. Sentencia de contraste

Como sentencia de contraste se aportó la Sentencia del TSJ del País Vasco de 23 de julio de 2002 en la que en un caso idéntico (otra trabajadora de la misma empresa) se llegó a la solución opuesta.

6. Doctrina sentada

La Sala Cuarta acogió la tesis de la sentencia recurrida y sentó, de forma clara y contundente, que el convenio colectivo sectorial no es equiparable al convenio de empresa ni al convenio colectivo sectorial extraestatutario. En concreto, afirma cuanto sigue:

i. El convenio de empresa carece de competencia para entrar en la ampliación de la duración del contrato eventual. La Ley es clara cuando reserva

esa facultad al convenio colectivo *sectorial*. Lo que significa que el convenio de empresa no puede abordar esa regulación directamente, ni indirectamente remitiendo a un convenio extraestatutario.

ii. Tampoco el convenio extraestatutario sectorial puede acordar dicha ampliación.

Tal conclusión parte de la premisa de que el convenio estatutario y extraestatutario no son instrumentos de regulación que se puedan equiparar, pues la diferente eficacia jurídica de uno y otro son radicalmente distintas (mientras el convenio estatutario tiene eficacia jurídica normativa y general, el extraestatutario solo tiene eficacia personal limitada y eficacia jurídica contractual).

Por ello, cuando la ley contempla un efecto tan excepcional como el desplazamiento de una norma legal por una norma convencional, hay que entender que se está refiriendo a un desplazamiento que tiene que realizarse necesariamente a través de un convenio estatutario, que es el único que garantiza tanto la representatividad de los sujetos negociadores que acuerdan una medida de tanta trascendencia, como la eficacia general y normativa de la regla que ha de sustituir a la regulación legal.

IV. EVOLUCIÓN POSTERIOR

La doctrina expuesta se ha mantenido inalterada a lo largo del tiempo. La misma fue reiterada en ocasiones posteriores, como en la STS de 20 de noviembre de 2003 (Rec. 4579/2002) y de 19 de enero de 2004 (Rec. 1363/2003).

Igualmente, también en la doctrina judicial encontramos supuestos en los que a misma ha sido aplicada. Así sucede, por ejemplo, con la Sentencia del TSJ de Castilla y León, Valladolid, de 14 de septiembre de 2020 (Rec. 1029/2020), en la que se descartó la competencia del convenio de empresa para ampliar la duración del contrato eventual.

V. APUNTE FINAL

A fecha del presente comentario el diálogo social se encuentra inmerso en pleno debate sobre la supresión de las modalidades contractuales de duración determinada contempladas en el artículo 15 del ET. Y es que el gobierno está proponiendo un único contrato de duración determinada basado en causas organizativas y productivas.

Sin embargo, como se avanzaba en líneas precedentes, la doctrina comentada resultaría plenamente extrapolable a nuestros días por dos razones fundamentales.

En primer lugar, porque el texto actual sobre el que se está trabajando mantendría la posibilidad de que por convenio colectivo de ámbito sectorial se ampliara la duración de seis meses en el contrato basado en causas productivas.

En segundo lugar, porque la doctrina expuesta traspasa, sin ninguna duda, las fronteras del contrato temporal. Y es que son muchas las remisiones a los convenios colectivos que pueden encontrarse en el ET.

Por ello, a la hora de interpretar a qué convenio se remite el legislador en cada momento, resultará de suma utilidad recordar lo que claramente afirmó D. Aurelio: «cuando la ley contempla un efecto tan excepcional como el desplazamiento de una norma legal por una norma convencional, hay que entender que se está refiriendo a un desplazamiento que tiene que realizarse necesariamente a través de un convenio estatutario».

CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES EN EMPRESA DE *TELEMARKETING*

RAQUEL AGUILERA IZQUIERDO

Profesora Titular de la Universidad Complutense de Madrid

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2003 (RCUD 3054/2001)
[ECLI: ES: TS:2003:4146]

La sentencia comentada desestima los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por una empresa de telefonía y una empresa de *telemarketing*, y confirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de octubre de 2001, que declaró que el contrato suscrito por la empresa principal (empresa de telefonía) y la empresa auxiliar (empresa de *telemarketing*) encubría una ilícita cesión de trabajadores vedada por el artículo 43.1 ET.

II. INTRODUCCIÓN

Se enfrenta esta sentencia al complejo problema de la delimitación del ámbito de la cesión de trabajadores, regulada en el artículo 43 ET, frente a las contratas, cuya licitud, como forma de descentralización productiva, reconoce el artículo 42 ET. Para ello, con la claridad expositiva que siempre caracteriza-

ba al magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete, la sentencia realiza un recorrido por la jurisprudencia precedente sobre cesión ilegal de trabajadores y sus fronteras con las contratas, para después, apoyándose en esa jurisprudencia y sin tratar de ser novedoso, aplicarla al caso concreto teniendo en cuenta el conjunto de los datos disponibles en relación con las características de la actividad desarrollada.

La doctrina sentada en esta sentencia tiene una indudable trascendencia más allá del caso concreto, dada la frecuencia con la que las empresas de telefonía móvil conciertan con empresas de *telemarketing* la prestación de servicios de atención telefónica.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

Una empresa de telefonía concierta con una empresa de *telemarketing* un «contrato de prestación de servicio de marketing telefónico en campañas de emisión y recepción de llamadas». Se estableció una duración inferior a un año y este contrato venía a suceder a otros que la empresa de telefonía había ido firmando con distintas empresas de *telemarketing* con duración variable.

Según consta en los hechos probados de la sentencia de instancia, la empresa de *telemarketing* amonestaba e imponía sanciones a los trabajadores que prestaban servicios en la campaña de la empresa de telefonía. Contaba con material propio, establecía las normas a seguir para las peticiones por los trabajadores de vacaciones, realizaba la hoja de acceso y salida del personal. También realizaba tareas de selección de personal y formación y cotizaba a la Seguridad Social por sus trabajadores.

En el anexo primero del contrato suscrito por las partes se establecía, a propósito de la organización de servicios, en su cláusula segunda: «Para la prestación del servicio el adjudicatario aplicará el equipo humano necesario y cuantas facultades y obligaciones atribuye la legislación a un empresario respecto a sus trabajadores». Constaba, igualmente, en la cláusula tercera, que, «toda la infraestructura material y personal necesaria para el desarrollo del contrato será asumida por el adjudicatario, no obstante y de forma provisional, hasta que el adjudicatario consiga una ubicación adecuada para la prestación del servicio», la empresa de telefonía, «facilitará al adjudicatario los siguientes elementos, quedando facultado para sustituirlos de acuerdo con las necesidades del servicio: –local adecuado suficiente dotado respecto a las exigencias legales de hi-

giene y seguridad para la ubicación del personal del adjudicatario; –el equipo informático y telefónico, así como los manuales e información necesaria para la adjudicación del servicio pactado. El resto del material necesario para la prestación del servicio establecido en el presente contrato será por el adjudicatario; –un supervisor o supervisores, del adjudicatario, atenderá las consultas y facilitará las asistencias necesarias para la correcta prestación de los servicios».

De este modo, para la prestación de servicios utilizaron las instalaciones, material y demás instrumentos necesarios, tales como pantallas de visualización de datos, libretas de instrucciones de protocolo de actuación, sillas, mesas, locutorios, etc. puestos a su disposición por la empresa de telefonía, propietaria de los mismos, que también corría con los gastos de instalaciones y suministros tales como teléfono, luz, agua, mantenimiento, etc. La empresa de telefonía consta detallaba instrucciones en comunicados que utilizaron los operadores para la prestación del servicio.

Existía un supervisor perteneciente a la empresa de *telemarketing* por turno de trabajo, que transmitía a los trabajadores los cuadros horarios de aplicación elaborados por la empresa de telefonía, según sus necesidades y atendía las solicitudes y problemas planteados por éstos.

Incoado expediente sancionador de ambas empresas, la de telefonía y la de *telemarketing*, en virtud de actas de infracción extendidas por la Inspección de Trabajo por cesión ilegal de trabajadores, tras propuesta de imposición de sanción por falta muy grave y después que las empresas efectuasen pliegos de descargo, el Director General de Relacions Laborals del Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya, en resolución de 19 de mayo de 2000, acordó la suspensión del procedimiento sancionador y la formulación de demanda de procedimiento de oficio.

La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 11 Barcelona de 4 de octubre de 2000 estimó la demanda y declaró que el contrato suscrito entre las empresas demandadas encubría una ilícita cesión de trabajadores. Contra esta resolución interpusieron las empresas demandadas sendos recursos de suplicación que fueron desestimados por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de octubre de 2001. Frente a esta sentencia interpusieron recurso de casación para unificación de doctrina, que dio lugar a la sentencia aquí comentada.

2. La jurisprudencia sobre cesión ilegal de trabajadores y contrata

La sentencia de 16 de junio de 2003, FJ Tercero, recuerda que como ya señaló la sentencia de 14 de septiembre de 2001, de la que también fue ponente

el magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete, «cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, no es fácil diferenciarla de la cesión, lo que se agrava porque en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular un acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer, en las circunstancias de cada caso, el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita».

Por ello, la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador. Entre ellos, la sentencia cita los siguientes:

- la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios (STS de 7 de marzo de 1988);
- el ejercicio de los poderes empresariales (SSTS de 12 de septiembre de 1988, 16 de febrero de 1989, 17 de enero de 1991, 19 de enero de 1994; y,
- la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva...). Así, por ejemplo, se aprecia la concurrencia de la contrata cuando «la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables» (STS de 17 de enero de 1991), aparte de «mantener a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección».

Ahora bien, como también recuerda la Sentencia de 14 de septiembre de 2001, esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevante, pueda darse la cesión ilegal de trabajadores. Así la sentencia de 16 de febrero de 1989 estableció que la cesión puede tener lugar «aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta» y la sentencia de 19 de enero de 1994 establece que, aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización «no se ha puesto en juego», limitándose su actividad al «suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo» a la empresa arrendataria.

La actuación empresarial en el marco de la contrata, es, por tanto, un elemento clave de calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión que aquél no es más que un delegado de la empresa principal.

Por lo tanto, la jurisprudencia sigue un método indiciario y casuístico para delimitar cuándo nos encontramos ante una contrata y cuándo ante una cesión ilegal de trabajadores. Los principales criterios o datos para apreciar la ausencia de contrata son la falta de infraestructura empresarial de la supuesta contratista, la carencia de facultades en orden a la dirección y gestión del negocio, la no asunción de un verdadero riesgo empresarial o la falta de gestión empresarial respecto de sus propios trabajadores.

En consecuencia, es necesario ponderar las circunstancias concretas de cada supuesto para determinar quién es el empresario efectivo.

3. Aplicación de la doctrina jurisprudencial al caso concreto

La sentencia comentada, tras resaltar en el FJ Cuarto las dificultades de calificación que el presente supuesto plantea, concluye que «del análisis del conjunto de los datos disponibles en relación con las características de la actividad desarrollada se llega a la conclusión de que prevalece el suministro de trabajadores sobre el desarrollo de una actividad empresarial propia por parte de la contratista dotada de la necesaria autonomía». Las razones que llevan a extraer esta conclusión son las siguientes:

a) Los elementos esenciales para el desarrollo de la actividad contratada, a excepción de los trabajadores, son de la empresa de telefonía, que aporta el local en el que se realiza el trabajo y el equipo telefónico e informático preciso para la ejecución de las tareas de información y captación de clientes. Aunque es cierto que hay determinadas contratas, como las de limpieza y seguridad, que se prestan siempre en los locales de la empresa principal, se trata de supuestos en los que la propia naturaleza del servicio concertado exige esa localización, pero en el presente supuesto la prestación del servicio en la principal revela la ausencia de soporte empresarial en la empresa que actúa como contratista.

b) La aportación por la empresa principal de los instrumentos de producción esenciales, pues no puede considerarse empresario a quien no controla los medios indispensables para la realización de su actividad empresarial.

c) La forma de retribución de la contrata que solo pondera elementos característicos de la prestación laboral.

d) Por último, que la empresa de *telemarketing* retenga ciertas facultades empresariales (de vacaciones, de carácter disciplinario, de control de acceso y salida del personal) respecto de las personas por ella contratadas, es com-

patible con la existencia de una cesión, como se demuestra en el caso de las empresas de trabajo temporal, que realizan una actividad de cesión legalmente exceptuada.

IV. APUNTE FINAL

Las circunstancias concurrentes en cada supuesto son las que van a determinar si nos encontramos ante una contrata o una cesión ilegal de trabajadores. La jurisprudencia ha recurrido a la aplicación de diversos criterios de valoración que tienen un valor orientador para determinar quién es realmente el empresario efectivo. En cada caso hay que examinar las circunstancias concretas que rodean la prestación de servicios del trabajador y las relaciones que existen entre el trabajador y cada una de las empresas. Y esto es lo que hace la sentencia comentada, de manera que ese análisis detenido de las circunstancias concurrentes y la valoración de todo lo acontecido lleva a hacer evidente una realidad confusa.

De esa valoración tan clara que realiza la sentencia de lo acontecido en este supuesto, se extraen criterios orientadores que han podido ser aplicados posteriormente en otros muchos asuntos. En este sentido, dos son, a mi juicio, los criterios valorativos más relevantes que se derivan de esta sentencia: la localización física de las tareas en los locales de la empresa principal, como elemento revelador de que existe una ausencia de soporte empresarial, y la falta de control de los medios indispensables para realizar la actividad.

Como hemos señalado, la sentencia comentada no trata de ser original ni novedosa, sino que se apoya en la jurisprudencia existente para resolver el asunto planteado. Ahora bien, la claridad con la que se analizan y valoran las circunstancias del caso parecen convertir en una tarea sencilla una realidad tan compleja como es la de delimitar si hay o no una cesión ilegal de trabajadores. Esa era una virtud de D. Aurelio Desdentado Bonete: hacer sencillo y fácil de entender todo lo complicado.

EL DERECHO FUNDAMENTAL DE HUELGA Y EL «ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO»

CARMEN AGUT GARCÍA

Catedrática de la Universidad Jaume I

Letrada Coordinadora del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2012 (RCUD 110/2011) [ECLI: ES: TS:2012:5579]. Mantenimiento de los servicios esenciales en EUSKAL TELEBISTA: emisión de publicidad previamente grabada. Voto particular: «esquirolaje tecnológico».

II. INTRODUCCIÓN

Tuve el inmenso placer de conocer al Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo D. Aurelio Desdentado Bonete, «Aurelio» inmediatamente después de su presentación, como consecuencia de mi incorporación, en abril de 2011, como Letrado de refuerzo, el número 10, al magnífico equipo de Letrados del Gabinete Técnico de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (GT-TS). Aurelio, consciente de la relevancia para la Sala IV del trabajo desempeñado en el seno del GT, y al margen las pautas recibidas de los Coordinadores o de la colaboración proporcionada por los compañeros, se aprestó a ofrecermme, a su vez, las directrices básicas (auténticas lecciones magistrales), de la actividad que iba a desarrollar; enseñanzas que, sin duda, fijaron las bases

de mi actuación para todos los años siguientes en los que disfruté de mi pertenencia al GT (hasta 2020).

Como ya quedó claro desde el primer momento, Aurelio era una persona afable y cercana, a lo que añadía su cualidad de trabajador incansable, que se desvivía por el buen funcionamiento de la Sala, poseedor de una indiscutible calidad jurídica. Ello suponía que eran frecuentes las conversaciones con él sobre los expedientes a mi cargo en los que era necesario concretar o dilucidar algún punto conflictivo; y digo conversaciones, porque así y no de otro modo articulaba Aurelio, esto es, desde el respeto al trabajo hecho y una modestia no justificada, la forma de aproximarse a los extremos cuestionables.

Junto a lo anterior, no puedo pasar por alto la deferencia que Aurelio, siempre ávido de nuevos conocimientos y perspectivas, tenía con otros compañeros del GT y conmigo misma, facilitándonos los borradores de trabajos científicos que elaboraba para su posterior publicación, solicitándonos expresamente que realizáramos las observaciones que consideráramos convenientes; observaciones que en muchas ocasiones daban lugar a un estimulante debate.

Aurelio, además, era un gran erudito, simpático, afable, cordial y tremendamente divertido en su trato, según tuve el privilegio de apreciar cuando durante su ejercicio como Magistrado, pero también después de jubilado, nos invitaba a los Letrados a un café o a un aperitivo en alguno de los establecimientos próximos al Tribunal.

A ese periodo posterior a su jubilación corresponde la imagen, para mi entrañable, de Aurelio, ejemplo para todos de inquietud intelectual, acudiendo a la Biblioteca del TS en busca de bibliografía con la que completar los innumerables trabajos que continuaba elaborando sobre temas del Derecho del Trabajo que le preocupaban especialmente.

Creo que puedo decir que conté con el afecto y la confianza de Aurelio, de lo que me enorgullezco enormemente, dado el profundo respeto que como persona y como profesional llegué a profesarle. La tristeza por su pérdida es mayor, si cabe, por lo repentino de su partida; incomprensible, como tantas en estas fechas.

Lo anterior no obsta para que discrepara de determinadas decisiones y doctrinas por él elaboradas. Entre las doctrinas, y sin perjuicio de que haya obtenido, de algún modo, el reconocimiento legislativo, como tuve ocasión de indicar al tiempo de su fijación¹, nunca he compartido la introducción de la

¹ Vid. AGUT GARCÍA, C., y TIRABOSCHI, M., «Assunzioni a termine nella Pubblica Amministrazione: un recente “revirement” della giurisprudenza spagnola», *Diritto delle Relazioni Industriali*, núm. 2, 1999. El tema, dada su peculiaridad, suscitó la curiosidad de los prof. Biagi y Tiraboschi de la Univ. de Modena, proponiendo un trabajo de elaboración conjunta, cuyo resultado fue la publicación indicada.

figura del «indefinido no fijo» en la Administración Pública. Entre las resoluciones se encuentra, precisamente, la que aquí se comenta a continuación.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

Diversas centrales sindicales, entre ellas, las demandantes en los autos, LAB y ELA, convocaron una huelga general en las CCAA del País Vasco y Navarra para el día 29 de junio de 2010, en protesta contra la reciente reforma laboral. Por su parte, el 24 de junio de 2010 la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco dictó Orden por la que se garantizaba el mantenimiento de los servicios esenciales que se habían de prestar, en la que, teniendo en cuenta que la actividad de Euskal Irrati Telebista/Radio Televisión Vasca (EITB) tenía, de conformidad con la Ley 5/1982, de su creación, la consideración de servicio público esencial, y la incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales a comunicar y recibir libremente información veraz [art. 20.2.d) CE], se determinaba que la prestación de los servicios mínimos en EITB debía ser: únicamente los servicios informativos diarios en su horario habitual. No hubo acuerdo entre las partes para la concreción de los servicios mínimos a garantizar.

A raíz de la programación emitida por Euskal Telebista-Televisión Vasca, S.A.U. (ETB) el día de la huelga, LAB y ELA presentaron ante el TSJ del País Vasco sendas demandas de tutela del derecho de libertad sindical, que fueron estimadas en lo sustancial, declarando el Tribunal la nulidad de la actuación de ETB y EITB, y el reconocimiento público y expreso mediante la lectura pública del texto que se detallaba en el fallo, de que la demandada vulneró el derecho fundamental de huelga de los demandantes al incluir en esa jornada los programas Egun On Euskadi² y Euskadi Directo³ y emitir publicidad de manera continuada, pues con ello se rebasó el límite de los servicios esenciales decretados por la Orden de 24 de junio de 2010.

² Se emitía de lunes a viernes, en el segundo canal de ETB, en lengua castellana, en horario matinal, a las 8,30 horas, siendo sus bloques de contenidos habituales: noticias varias, entrevista y tertulia o análisis. El día 29 de junio de 2010 se emitió con su esquema habitual de contenidos.

³ Se emitía de lunes a viernes, en el segundo canal de ETB, en lengua castellana, a las 13,30 horas, teniendo por contenido la emisión de reportajes de actualidad. El día 29 de junio de 2010 se emitió siguiendo su esquema habitual, siendo los reportajes, entre otros, batalla del vino de Haro, fiestas de Lekeitio, detective privado, cementerio muy viejo,

2. Doctrina sentada

ETB y EITB presentaron sendos recursos de casación ante el TS, articulados en torno a dos motivos, ambos similares, que fueron resueltos conjuntamente. El segundo motivo se centró en la emisión de los programas antes indicados, oponiéndose las empresas recurrentes a la consideración no tener contenido propiamente informativo; pero fueron desestimados, si bien por razones diversas de las sostenidas por el TSJ. En efecto, el TS en su sentencia, con formación ordinaria de cinco Magistrados, de la que fue Ponente D. Aurelio Desdentado Bonete⁴, concluye, en esencia, que la empresa, desde el momento en que los sindicatos demandantes pusieron en cuestión que algunos de los contenidos de tales programas pudieran no ser informativos, tenía que probar que sí se insertaban dentro de la finalidad propia de la garantía, pero no fue así, ...*sino que se está más cerca de lo que la doctrina constitucional considera programas de «entretenimiento» y sería banalizar el derecho fundamental a la información considerar este tipo de programas como un servicio esencial a la comunidad.*

Más interesante resulta la decisión de la Sala IV respecto del primer motivo, en el que se analiza la emisión de publicidad ordinaria y de la llamada Teletienda de manera continuada entre los programas que ETB consideró servicios esenciales; dicha publicidad se hallaba preprogramada y su emisión se produjo de manera completamente automática, sin intervención humana directa, ingresando la empresa por tal concepto una cantidad cercana a los 6.000 euros. La STSJ había resuelto teniendo en cuenta la doctrina fijada por la STC 183/2006, pero el TS considera que ... *la sentencia recurrida incurre en una confusión sobre el alcance y la función de la garantía de los servicios mínimos y su proyección sobre el ejercicio del derecho de huelga.* El razonamiento de la sentencia es sobradamente conocido, en síntesis: *Ese derecho solo se vulnera si los trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos se utilizan para cumplir servicios no esenciales, pero no si los servicios no esenciales se ejecutan por trabajadores no huelguistas o por medios automáticos./La STC 183/2006 no lleva a conclusión contraria, porque la misma decide un supuesto que no guarda la debida identidad con el que aquí se examina, pues se trataba de la impugnación de la consideración, por el Real Decreto 531/2002, como servicio mínimo de la emisión de una programación previamente grabada. Afirmando ... que no existe ningún precepto que prohí-*

⁴ Junto con D. Gonzalo Moliner Tamborero, D. Luis Fernando de Castro Fernández, D.^a M.^a Lourdes Arastey Sahún y D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel.

ba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa. En definitiva, un pronunciamiento en línea con otros anteriores de la propia Sala, así, SSTS de 27 de septiembre de 1999 (R. 1825/1998), 4 de junio de 2000 (R. 75/2000), 9 de diciembre de 2003 (R. 41/2003), 15 de abril de 2005 (R. 133/2004).

3. Relevancia del asunto

La importancia de esta sentencia estriba, en realidad, en la contestación que recibe la solución dada al indicado primer motivo en el Voto Particular que formula el Magistrado D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel, y en marcar un punto de inflexión en la secuencia de resoluciones posteriores del propio TS, así como del TC.

El Voto particular, a su vez, conlleva, de un lado, que esta sea la primera resolución de la Sala IV que utiliza la expresión «esquirolaje tecnológico» para referirse a una tercera posibilidad de equirolaje, distinta del externo y del interno, luego ya ampliamente utilizada en la doctrina científica⁵ y judicial⁶. De otro, sustrae el debate doctrinal de la limitada consideración de la legalidad aplicada: *...la legitimidad del esquirolaje interno no puede extraerse sin más a partir de una interpretación a contrario sensu de la prohibición explícita del esquirolaje externo [contenida en el artículo 6.5 RDL 17/1977], y lo remite a su lugar natural, a la necesaria ponderación de los derechos constitucionales enfrentados: ...el derecho fundamental de huelga consagrado en el artículo 28.2 CE que, por su ubicación en la Sección 1.ª del Capítulo II, debe considerarse prevalente, y la libertad de empresa que se reconoce en el artículo 38 CE, ubicado en la Sección 2.ª de dicho Capítulo II.*

4. Evolución posterior

Igualmente relevante es que pocos meses después (seis), resolviendo un asunto prácticamente idéntico al aquí analizado⁷, la Sala IV reunida en Pleno,

⁵ Vid., por todos, SALA FRANCO, T., «El esquirolaje tecnológico», en AA.VV., *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25.º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo)*, Tirant lo Blanch, 2020; y TASCÓN LÓPEZ, R., *El esquirolaje tecnológico*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

⁶ Vid., por todas, STS de 27 de enero de 2021 (R. 140/2019).

⁷ Se trataba del desarrollo en ETB de la huelga general del 27 de enero de 2011, y en particular, de la emisión de *Egun on Euskadi y Euskadi Directo*, así como de publicidad de manera continuada, habien-

en su STS de 5 de diciembre de 2012 (R. 265/2011), analizando también la emisión llevada a cabo por ETB de publicidad previamente grabada y sin intervención humana, viene, en primer lugar, a reconocer el «esquirolaje tecnológico», al que define como: *sustitución de medios humanos por medios mecánicos o automáticos*. Y, en segundo lugar, procede a modificar la doctrina a la que antes se ha hecho mención, entendiendo ahora: *No sólo en el supuesto de que se utilicen medios humanos (trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos) para la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales, se lesiona el derecho de huelga, sino que también se lesiona este derecho cuando una empresa del sector de radiodifusión sonora y televisión emite programación o publicidad por medios automáticos, en el caso de que dicha actividad empresarial, aún cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos o tecnológicos, priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial...* Ello sin perjuicio de que el motivo empresarial fuera finalmente estimado porque no existía en la STSJ recurrida alusión ni valoración alguna con respecto a la incidencia que pudo tener en la huelga la actividad empresarial analizada, *en el sentido de producir un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio*. La consecuencia fue que el fallo de la sentencia, no obstante el cambio doctrinal, fuera coincidente con el de la STS de 11 de junio de 2012 (R. 110/2011).

Dicha sentencia de Pleno, contaba, a su vez, con dos Votos Particulares: el primero formulado por D. Aurelio Desdentado Bonete⁸. En él D. Aurelio discrepa abiertamente del alcance dado por la sentencia al «esquirolaje tecnológico» y, entre otros, elabora un interesante esquema de los extremos que deberían tomarse en consideración, distinguiendo dos situaciones: 1.^a la utilización de medios ya existentes en la empresa para el mantenimiento de determinadas actividades automatizadas sin sustitución de los huelguistas y sin empleo de trabajadores afectados a los servicios mínimos cuando esas actividades no tienen ese carácter; 2.^a la utilización de esos medios para sustituir a los huelguistas, con dos variantes: (a) el empleo para esa finalidad de medios ya existentes en la empresa y (b) la adquisición de esos medios para hacer frente a los problemas planteados por la huelga. Entendiendo que solo en esta segunda situación cabría plantear el problema de la compatibilidad con el derecho de huelga y su extensión por vía analógica a partir del artículo 6.5 RDL 17/1977.

do sido fijados los servicios mínimos para salvaguardar los servicios esenciales por la Orden de 21 de enero de 2011 de la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales, en: *los programas informativos diarios en su horario habitual*.

⁸ Al que se adhirieron D.^a María Milagros Calvo Ibarlucea y D. José Luis Gilolmo López.

El segundo Voto Particular se elabora por D. Antonio Martín Valverde⁹. En él se disiente de la postura mayoritaria, y se comparte la del Voto anterior, profundizando aún más en las razones. A lo que se añade la disconformidad sobre el enfoque central de la sentencia de la mayoría, porque se está fijando doctrina no para el caso controvertido, en el que estima el recurso de la empresa, sino para futuros hipotéticos casos de huelga en medios de comunicación, aprovechando la ocasión para corregir lo que la propia Sala había establecido en un supuesto litigioso anterior.

IV. APUNTE FINAL

La cuestión no ha quedado ni mucho menos cerrada. Sin perjuicio de que los avances técnicos pongan de manifiesto en el futuro otras muchas y variadas formas de prestación de servicios sin intervención humana que afecten a otro tipo de empresas y que obliguen a los Tribunales a efectuar nuevas concreciones de los derechos enfrentados, lo cierto es que en la que, a la fecha, parece ser la única sentencia dictada por el TC en la que expresamente se aborda un tema similar, la STC 17/2017, de 2 de febrero, el Alto Tribunal parece haber seguido un hilo argumental muy próximo al que manejaba la STS de 11 de junio de 2012 (R. 110/2011), que aquí se comenta. Sentencia del TC que, a su vez, cuenta con el Voto particular que formula el Magistrado D. Fernando Valdés Dal-Ré¹⁰.

En concreto, el TC analiza el alcance de la emisión de un partido de la Champions League por Telemadrid el día de la huelga, el 29 de septiembre de 2010, habiéndose utilizado medios técnicos con los que contaba la empresa, pero que no eran de uso habitual, y seguido un procedimiento diferente al normalmente previsto para poder retransmitir el partido. Y viene a concluir que *... exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa supone imponer al empresario una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente. La utilización de medios ya existentes en la empresa es compatible con el derecho de huelga y no puede extenderse, por vía analógica, a este supuesto la prohibición prevista en el artículo 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, que se refiere al empleo de los recursos humanos en la empresa, pero no a la utilización de sus recursos materiales y tecnológicos.*

⁹ Al que se adhirieron D. José Manuel López García de la Serrana y D. Jesús Souto Prieto.

¹⁰ Si bien dicho Voto se centra más en el esquirolaje interno, que también se cuestionaba, que en el que aquí nos ocupa. Al mismo se adhirieron D.^a Adela Asua Batarrita y D. Juan Antonio Xiol Ríos.

DIFERENCIAS EN EL TRABAJO EN DOMINGOS Y FESTIVOS

HENAR ÁLVAREZ CUESTA
Profesora Titular de la Universidad de León

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2003 (RCUD 786/2002) [ECLI: ES: TS:2003:5662].

II. INTRODUCCIÓN

La sentencia comentada ayuda, con su lectura, a realizar un rápido recorrido histórico sobre el tiempo de trabajo, los descansos semanales y las modalidades contractuales de prestación de servicios y, al tiempo, vislumbra el futuro sobre la expansión de la jornada y la distribución flexible de la misma.

Fiel a su estilo claro y directo sin perder por ello la necesaria profundidad en el tema que analiza, el Magistrado ponente, D. Aurelio Desdentado, examina la posible causa de discriminación o desigualdad derivada de la compensación monetaria del trabajo voluntariamente aceptado en domingos y festivos como condición más beneficiosa para determinados trabajadores contratados en un momento histórico donde no se contemplaba prestar servicios en esos días, frente a la distribución más flexible de la jornada durante toda la semana sin pago añadido para cuantos empleados fueron ya incorporados a la empresa teniendo en cuenta la posibilidad de realizar actividad en tales días por parte del establecimiento comercial demandado.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

La Sentencia comentada resuelve un recurso de casación para unificación de doctrina frente a la STSJ Madrid de 15 de enero de 2002 (Rec. 4010/2001), que a su vez resuelve un recurso de suplicación interpuesto frente a la SJS, núm. 2, Madrid, de 4 de abril de 2001 sobre reclamación de cantidad, en concreto, sobre el reconocimiento de la compensación económica por el trabajo en domingos y festivos.

En el caso analizado, la empresa, desde 1987 y en virtud de la posibilidad de flexibilizar los horarios comerciales y abrir ciertos festivos y domingos, venía pagando una compensación económica a los trabajadores que aceptaban voluntariamente prestar servicios en esas jornadas y descansar otro día de la semana.

Con posterioridad, se estableció una indemnización inferior para cuantos empleados tuvieran prevista su prestación de servicios en domingo en el propio contrato, si bien en 1990, fue igualada, salvo para «las contrataciones eventuales y las que se realicen específicamente al efecto».

En 1992, coincidiendo con la generalización de la apertura de los centros comerciales los domingos y festivos, la empresa acordó seguir solicitando la colaboración voluntaria de los trabajadores de la plantilla en las condiciones anteriores y, al tiempo, introducir en los nuevos contratos dos cláusulas: una, estableciendo la distribución de la prestación de servicios de lunes a domingo con los correspondientes turnos y otra, con la previsión de que tanto los trabajadores contratados específicamente para prestar servicios los domingos, como aquellos para los que se incluye el trabajo en domingos como un día más de su jornada en virtud de la distribución pactada, no perciban ninguna retribución compensatoria.

La sentencia recurrida ha rechazado la pretensión de los contratados después del cambio de régimen de prestación de trabajo en domingos y festivos, de obtener idéntica compensación porque entendió que la diferencia aplicable está justificada por el establecimiento de un nuevo régimen contractual derivado de la liberalización de los horarios comerciales y por la decisión de respetar la condición más beneficiosa que venía disfrutando el personal contratado con anterioridad en régimen ordinario.

La controversia jurídica planteada ante el Tribunal Supremo consistía en decidir si el hecho de que algunos trabajadores contratados antes de 1992 percibieran compensación económica por trabajar en festivos y a otros, contrata-

dos después de 1992, no se les abonara cantidad alguna constituye causa de discriminación.

2. Doctrina sentada

En la sentencia analizada se discute sobre la posible discriminación o aplicación de un trato desigual entre los trabajadores en función de las condiciones de su contrato y, en el fondo, la fecha de su incorporación en la empresa.

A la hora de analizar el caso, el magistrado ponente D. Aurelio Desdentado Bonete procede, en primer lugar, a definir como discriminación aquella actuación que consista en «utilizar un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia», tomando en consideración «condiciones cualificadas que históricamente han estado ligadas a formas de opresión y de segregación o que constitucionalmente se excluyen como elementos de diferenciación por considerarse incompatibles con determinados valores constitucionales».

Por ello, como ya ha manifestado en sentencias precedentes el propio Tribunal Supremo, afirma que «no toda desigualdad es, sin más, conculcación del artículo 14 CE, pues es necesario una valoración de los elementos diferenciales entre las situaciones en contraste y si existe base objetiva y razonable que en función de los efectos perseguidos justifique tratamiento legal diverso entre situaciones aparentemente idénticas, no exige tal precepto extender a la situación que se estima discriminada el tratamiento de la situación que se apeló para denunciar la desigualdad»¹. Así lo entendió también el Tribunal Constitucional, quien, ante el simple hecho de retribuciones salariales distintas entre trabajadores de la misma empresa considera justificada la diferencia «como resultado de la eficacia del principio de la autonomía de la voluntad, que si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del Trabajo por virtud, entre otros factores, del principio de igualdad, no desaparece dejando un margen en que el acuerdo privado a la decisión unilateral del empresario en el ejercicio de sus poderes de organización, puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales, decisión empresarial que únicamente tiene el límite de que la diferencia salarial posea un sentido discriminatorio»².

¹ STS de 7 febrero 1992 (rcud. 1399/1991).

² STCo 34/1984, 9 de marzo.

Siguiendo tal argumentación, entiende que la fecha de ingreso en la empresa o la fecha de contratación no es un factor de discriminación a los efectos del segundo inciso del artículo 14 CE, porque no se encuentra enumerado en dicho precepto (nacimiento, sexo, raza, convicciones ideológicas y religión), ni en las ampliaciones de los artículos 4.1.c) y 17.1 ET (estado civil, edad, condición social, afiliación sindical, lengua, parentesco y minusvalías). Ante las dudas que pudiera suscitar su incorporación tácita, considera que «tampoco puede incluirse en la referencia final del último inciso del artículo 14 CE (cualquier otra condición o circunstancia personal o social), porque..., pese a la aparente amplitud de esta expresión, la misma ha de entenderse referida a condiciones que guarden analogía con las específicamente enumeradas en el artículo 14 CE y es claro que esta analogía no concurre en este caso, pues la fecha de la contratación no tiene las implicaciones y el significado que, como factores de exclusión o marginación típicos, tienen o han tenido históricamente el nacimiento, el sexo, la raza, la ideología o la confesión religiosa». Como conclusión, y por todo lo manifestado, niega la calificación como discriminatoria de la diferencia establecida, así como la vulneración de los artículos 14 CE, 4.2.c) o 17.1 ET.

Aún no siendo calificado como discriminatorio, resulta necesario justificar el trato diferente entre los trabajadores, tal y como recuerda el Tribunal Constitucional³. En el caso objeto del pronunciamiento, la razón de la diferencia se encuentra en el «respeto a la condición más beneficiosa otorgada al personal contratado con anterioridad a noviembre de 1992», en tanto para ellos «existía era una compensación económica que mejoraba el régimen convencional aplicable para los trabajadores de la empresa —excepto para los eventuales y los contratados específicamente para trabajar los domingos y festivos— y esa mejora se había incorporado a sus contratos de trabajo».

Conforme indica el magistrado D. Aurelio Desdentado, acudiendo a la esencia misma de las instituciones clásicas, y marcando el camino por el que discurrirá la misma en el supuesto concreto: «lo que ha hecho la empresa es respetar la mejora, que sin duda no podía desconocer sin recurrir a la vía del artículo 41 ET, para atender las necesidades derivadas de la ampliación de la actividad comercial en domingos y festivos mediante unas nuevas contrataciones, en las que ya no se aplica la mejora, que queda así a extinguir, según la técnica del respeto a los derechos adquiridos».

³ El Tribunal Constitucional parte de una premisa básica: «el principio genérico de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad, pero sí exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato», STCo 200/2001, de 4 de octubre.

IV. APUNTE FINAL

Esta sentencia permite recordar la historia laboral española de los últimos tiempos, en tanto el debate jurídico último encuentra acomodo en los cambios legales operados en cuanto hace a la apertura de establecimientos comerciales en domingo y la consiguiente prestación de servicios en domingos y festivos.

En el fondo subyace un cambio de cultura social que se tiene que reflejar en el ámbito laboral: en principio no podía abrirse los días festivos, y de ahí que tal posibilidad no se incluyera en los contratos. Es a partir del Decreto Boyer de 1985, cuando comienza a permitirse de modo esporádico, y más tarde se permitió una mayor liberación de los horarios y por consiguiente una mayor apertura en domingos y festivos.

Como trasunto laboral del *iter* transcrito, al comienzo el trabajo en tales días no está pactado con el personal y se requería su colaboración de modo voluntario y con compensación económica; y cuando se prevé mayor liberación, la empresa decide que la prestación de servicios en tales fechas será realizada por personal contratando exclusivamente para tales jornadas y, al tiempo, incluyendo en los futuros contratos de trabajadores una jornada de lunes a domingo y festivos sin compensación económica alguna.

Las condiciones laborales pactadas con los nuevos trabajadores son distintas (y peores) que aquellos derechos adquiridos por cuantos fueron contratados antes de 1992 (cuando no se contemplaba la actividad en domingos y festivos) quienes colaboraron voluntariamente para cubrir esas necesidades imprevistas y fueron compensados.

En esta sentencia de referencia el Magistrado Aurelio Desdentado Bonte contribuye a clarificar y (en unos tiempos tan necesitados del retorno a las instituciones clásicas) difundir el concepto y la compleja delimitación jurídica que comporta la condición más beneficiosa, cómo se crea, se aplica y queda a extinguir.

LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS EN LA COMISIÓN NEGOCIADORA DEL CONVENIO COLECTIVO

ICÍAR ALZAGA RUIZ

Catedrática de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1993 (RCUD 1780/1991) [ECLI: ES: TS:1991:12945]

II. INTRODUCCIÓN

La cuestión debatida se centra en determinar cuál es la interpretación correcta que ha de darse a lo dispuesto en el artículo 89.3 ET –versión de 1980–, en el que se establecía lo siguiente: «Los acuerdos de la comisión requerirán en cualquier caso el voto favorable del sesenta por ciento de cada una de las dos representaciones». La problemática es doble: por una parte, conocer el momento al que ha de referirse la representatividad y, por otra, si el principio de proporcionalidad representativa ha de ser tenido en cuenta en la composición de la comisión negociadora del convenio colectivo. Esta cuestión había ya sido abordada por el Tribunal Central de Trabajo, que dictó varias sentencias manteniendo una posición oscilante: *a)* Un primer grupo de sentencias se inclinaba por calcular el cómputo del 60 por 100 sobre cuotas o porcentajes de

representatividad¹; b) Un segundo grupo optó por el cómputo sobre miembros de las respectivas representaciones de la comisión negociadora²; y, c) Un tercer grupo hacía depender la decisión del caso de la composición de la comisión negociadora del convenio colectivo, adoptando el criterio del cómputo por miembros si se había respetado la proporción entre componentes y resultados electorales, y el criterio del cómputo por porcentajes representativos en el caso contrario³.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

Con fecha 19 de febrero de 1991, se constituyó la Comisión negociadora del convenio colectivo del sector de la pizarra de Orense, integrada por trece miembros (uno de USGA, tres de CC.OO, tres de UGT y uno de CIG). El 6 de marzo de 1991, se iniciaron las deliberaciones y el 4 de abril, ante la imposibilidad de llegar a acuerdos, CC.OO, UGT y CIG abandonaron la mesa negociadora, continuando la negociación los representantes empresariales y USGA, quienes finalmente llegaron a un acuerdo. Con fecha 24 de abril, se remitió telegrama por las Centrales que abandonaron la negociación colectiva, a la Dirección General de la Consejería de Trabajo y Bienestar Social de la Junta de Galicia, en el que se hacía constar que ante el posible acuerdo entre la patronal de la Pizarra y la formación denominada USGA, ésta carecía de la representatividad necesaria para llevarlo a efecto. Los resultados y porcentajes de las elecciones a representantes de trabajadores celebradas en el período de cómputo determinado por la Comisión Nacional de Elecciones para 1990 fue el siguiente: USGA, 74 representantes, porcentaje 52,49%; CC.OO, 25 representantes, porcentaje 17,73%; UGT, 31 representantes, porcentaje 21,99%; CSI-CSIF, 6 representantes, porcentaje 4,26%; CIG, 2 representantes, porcentaje, 1,42%; grupos trabajadores, 3 representantes, porcentaje, 2,13%; total representantes elegidos 141, porcentaje 100%. De acuerdo con estos resultados USGA no alcanzaba en el momento de constituirse la comisión negociadora el 60% de la representación del banco de los trabajadores, siendo su resultado inferior al legalmente exigido. Posteriormente, se produjeron

¹ Entre ellas, SSTCT de 11 de junio de 1982 y 7 de noviembre de 1986.

² SSTCT de 28 de julio de 1982 y de 30 de junio de 1986.

³ SSTCT de 24 de septiembre de 1984, 20 de septiembre de 1985 y 26 de diciembre de 1985.

variaciones en la composición del número de representantes en el banco de los trabajadores, aumentando el número de representantes de USGA y afectando a su representatividad en el momento de la firma del convenio colectivo.

La Consejería de Trabajo y Servicios Sociales de la Junta de Galicia promovió impugnación del convenio colectivo en el que solicitaba se dictase sentencia por la que se declarase la nulidad del convenio colectivo, al adolecer dicho convenio de un requisito esencial para la formación de la voluntad negociadora al aparecer firmado por un sindicato que no ostentaba la representatividad exigida. Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se ratificó en la misma. Con fecha 9 de julio de 1991 se dictó sentencia con el siguiente fallo: «Que debemos desestimar y desestimamos la demanda de oficio formulada por la Consejería de Trabajo y Servicios Sociales de la Junta de Galicia y, en consecuencia, no ha lugar a declarar la nulidad del Convenio del Sector de la Pizarra suscrito el 11 de abril de 1991 y con aplicación a la Provincia de Orense y a las Empresas de la de Lugo que en el mismo se hace constar».

Los sindicatos UGT y CIG denuncian, en esencia, infracción de los artículos 87, 88 y 89.3 ET y del artículo 9 CE y centran el recurso en la legitimación decisoria del sindicato USGA.

2. Relevancia del asunto

La comisión negociadora del convenio colectivo está configurada en el Título III del ET como un órgano de deliberación y decisión bilateral, que se compone de dos colegios representativos: la representación laboral y la representación patronal. Los miembros de dicha comisión son representantes de los sujetos colectivos legitimados para ser parte del convenio colectivo. Frente al criterio de representación exclusiva por el sindicato o asociación mayoritarios, preferido en otros sistemas de relaciones laborales, la legislación española ha optado por el criterio de representación proporcional al grado de representatividad de los sujetos colectivos. Este principio normativo tiene plena aplicación en la determinación de los sujetos legitimados para negociar convenios colectivos estatutarios.

La cuestión debatida en este litigio es si ese principio de proporcionalidad representativa debe tenerse también en cuenta en la composición de la comisión negociadora del convenio y el momento al que ha de referirse el cómputo de la representatividad: el momento de constitución de la comisión negociadora o un momento ulterior.

3. Doctrina sentada

La sentencia comentada entiende que «si el artículo 89.3 ET exige para la aprobación del convenio «el voto favorable del 60% de cada una de las dos representaciones» es evidente que se está remitiendo a la configuración de esas representaciones al constituirse la comisión negociadora (art. 88.1.2.º ET), la cual a su vez ha de tener en cuenta los niveles de representatividad existentes en el momento de iniciarse la negociación, pues es en ese momento en el que ha de fijarse la legitimación inicial del artículo 87.2 ET, que otorga el derecho a participar en la negociación colectiva formando parte de la comisión negociadora (art. 87.5 ET). Es, por tanto, el nivel de representatividad existente en ese momento el que debe tenerse en cuenta a efectos del cómputo de las representaciones previsto en el artículo 89.3 ET. La aplicación del criterio contrario no solo rompe la necesaria correspondencia entre la legitimación inicial y el nivel de representatividad de la comisión negociadora, de una parte, y la determinación de la denominada legitimación decisoria, por otra, sino que, como razona con acierto la parte recurrente, resulta contrario a la seguridad jurídica al introducir incertidumbre sobre los niveles de representatividad con un cuestionamiento constante de éstos incompatible con el desarrollo normal y estable de un proceso de negociación».

El momento en que ha de concurrir la legitimación es, pues, cuando se constituye la comisión negociadora del convenio, siendo indiferentes las variaciones que se produzcan posteriormente.

La cuestión de la validez del voto ponderado había sido tratada, aunque sin solución expresa, por el Tribunal Constitucional, que entendió en relación al cómputo de la mayoría requerida para la validez de los acuerdos de la comisión y, en concreto si había de calcularse sobre los miembros de la comisión negociadora o sobre los porcentajes representativos que acreditara cada sindicato presente en dicha comisión, que se trataba de una cuestión que correspondía decidir al intérprete ordinario⁴. Pues bien, en el presente supuesto, el Tribunal Supremo

⁴ STC 137/1991, de 20 de junio (RTC 1991, 137). Pero en *obiter dicta* el TC pareció inclinarse por el criterio mayoritario doctrinal y jurisprudencialmente, de entender que lo más adecuado sería acatar el sistema de la proporcionalidad en función a la representatividad de los sujetos negociadores, al señalar que «puede extraerse la consecuencia, ya puesta de relieve desde ángulos parcialmente coincidentes por la STC 187/1987, y, en menor medida, por la STC 235/1988, de que en nuestra legislación no existen reglas claras y precisas para decidir de forma pacífica e indiscutida el peso que debe corresponder en la comisión negociadora de los convenios colectivos a cada sindicato legitimado para participar en la negociación, cuestión que, por lo tanto, se deja en manos del intérprete. Y de la interpretación doctrinal y jurisprudencial mayoritarias de los preceptos legales en juego puede, a su vez, inferirse el criterio de que, en los convenios colectivos de ámbito empresarial negocien las representaciones unitarias o negocien las secciones sindicales, en ambos casos el porcentaje de representantes electivos con que cada Sindicato cuente en la empresa ha de reflejarse en la composición de la comisión negociadora del convenio y en la aprobación del convenio».

entra a dirimir esta cuestión y concluye que «el cómputo del 60% debe realizarse atendiendo a la representatividad de las organizaciones profesionales, porque este es el criterio más conforme con el sistema adoptado por el Estatuto de los Trabajadores que configura a partir del mismo tanto la legitimación inicial (art. 87.2) como la plena (art. 88.1.2.º), y que en el artículo 89.3 remite al voto favorable de cada una de las dos representaciones». El cálculo ha de realizarse ponderando los porcentajes de representatividad de las distintas organizaciones que integran la representación de los trabajadores en la comisión negociadora; no, por tanto, sobre los miembros de esa representación en la comisión⁵.

La sentencia cuenta con un voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde, al que se adhiere el Excmo. Sr. D. Benigno Varela Aufrán y en el que se defiende la opción del cómputo de votos personales en base al siguiente razonamiento: «el canon de la interpretación literal inclina a resolver tal dilema en favor del cómputo del 60% de cada representación de la comisión negociadora por los miembros o personas que la integran. El criterio de cómputo por cuotas o porcentajes representativos (que es en definitiva un supuesto especial de voto ponderado) solo debería jugar si la ley lo hubiera puntualizado de manera taxativa, lo que no hace el precepto en cuestión [...]. Garantizada la pluralidad de puntos de vista en las deliberaciones, y la ponderación de la representatividad en el seno de la comisión, el cómputo del *quorum* de los acuerdos según cuotas o porcentajes de representatividad queda privado de significación; y resulta además netamente disfuncional para una deliberación racional, atribuyendo un poder de veto desde fuera de la comisión negociadora que puede interferir continuamente la comunicación en el seno de la misma, y malograr en muchos casos los acuerdos alcanzados».

4. Evolución posterior y apunte final

La reforma de 1994⁶ rebajó la mayoría cualificada del 60% a una mayoría absoluta con la finalidad de favorecer la adopción de acuerdos en el seno de la comisión negociadora. Hoy en día, el criterio mantenido por el Tribunal Supremo sigue siendo el mismo. El cómputo de la representatividad ha de venir referido al

⁵ Defiende el voto personal, entre otros autores, LAHERA FORTEZA, J.: «El nuevo procedimiento negociador tras las reformas de 2011 y 2012», en AA. VV.: *La reforma laboral de 2012 en materia de negociación colectiva*, Dirs. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y Fernando Valdés Dal-Ré, La Ley, Madrid, 2012, pp. 201 y ss.

⁶ Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

momento en que se constituye la comisión negociadora y no a un momento ulterior⁷. La razón es sencilla: «al atender al resultado de posteriores elecciones [...] se entraría en una dinámica de incertidumbre sobre los niveles de representatividad incompatible con el desarrollo normal de un proceso de negociación⁸. Y así, «el momento en que ha de existir y probarse la legitimación es el del inicio de las negociaciones del convenio colectivo, esto es, cuando se constituye la mesa negociadora, por lo que hay que excluir de cómputo las variaciones posteriores»⁹.

En relación a la exigencia del voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones en el seno de la comisión negociadora para la validez de los acuerdos, el criterio elegido continúa siendo el de la proporcionalidad (y no el del voto personal)¹⁰. El fundamento de la naturaleza jurídica de las normas que regulan el procedimiento de negociación colectiva se halla en la eficacia general que se otorga al convenio colectivo estatutario¹¹. Son normas de Derecho necesario absoluto y esta naturaleza también es predicable de las normas relativas a la composición de la comisión negociadora.

IV. APUNTE FINAL

El Tribunal Supremo considera ahora, como consideraba entonces y a nuestro juicio de manera acertada, que la legitimación «negociadora» o «deci-

⁷ SSTS de 18 de diciembre de 1995 (RJ 9308), 7 de julio de 1997 (RJ. 6251), 3 de junio de 2008 (RJ 3466) y 22 de diciembre de 2008 (RJ 7172, entre otras. En extenso, STS de 23 de enero de 2012 (RJ 2146) en la que se señala lo siguiente: «a) Que cuando los que negocian lo hacen en seno de una instancia representativa de distintas opciones sindicales la interpretación que más se acomoda a las exigencias de una auténtica Comisión Negociadora representativa de los intereses de los trabajadores es la del voto –sistema– proporcional [en función de la representatividad de sus integrantes] y no el voto –sistema– personal [en atención a las personas de los componentes del banco social] [SSTS de 23 de noviembre de 1993 (RJ 8932); 22 de febrero de 1999 (RJ 2017)]. Y b) Que la solución –ofrecida por los precedentes jurisprudenciales para convenios de ámbito superior de empresa y Comisión Negociadora integrada por representantes sindicales– es igualmente aplicable a convenio de empresa suscrito por Comisión delegada del Comité de Empresa, si los miembros de éste lo son «en función de su pertenencia a una plataforma sindical», pues «la legitimación real para negociar la tienen en función de su representatividad, y por lo tanto para entender que un Convenio ha sido aprobado en interés y representación de la mayoría de los trabajadores hace falta que los integrantes de la comisión representen esa mayoría, pues lo contrario llevaría a aceptar convenios aprobados por representantes de minorías, lo que no puede estimarse querido por el legislador en cuanto que en la configuración tanto de la legitimación inicial, como de la plena – artículos 87 y 88 ET – está exigiendo siempre unas determinadas mayorías».

⁸ Entre otras, SSTS 11 diciembre 2012 (RJ 11243), 25 noviembre 2017 (RJ 1019) y 7 de abril de 2021 (RJ 1810).

⁹ STS de 11 junio de 2020 (RJ 2418).

¹⁰ NIETO ROJAS, P.: «La adopción de acuerdos por la representación legal. Tensiones derivadas de la pluralidad de sujetos legitimados», *DL*, núm. 109, 2017, pp. 197 y ss.

¹¹ RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: *La comisión negociadora del convenio colectivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 14 y ss.

soria» mediante la que se determina quién puede aprobar finalmente el convenio estatutario viene delimitada en el artículo 89.3 ET¹². Dicho precepto ha de ser entendido en el sentido de que «solamente alcanzarán eficacia acuerdos que estén avalados con el voto favorable de cada una de las dos representaciones, interpretado jurisprudencialmente, en su caso, como voto proporcional o «mayoría representada en la mesa de negociación y no al número de los componentes de cada uno de los bancos que integran la mesa»¹³. Y así, si bien para la aprobación del convenio colectivo es exigible el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones, «el artículo 89.3 ET ha de interpretarse de acuerdo con la constante doctrina jurisprudencial de que la exigencia es del voto favorable de la mayoría de las representaciones y no de la mayoría de los sujetos negociadores elegidos por las partes»¹⁴.

¹² El Tribunal Supremo viene distinguiendo una triple legitimación para negociar los convenios colectivos estatutarios: *a)* La capacidad para negociar, poder genérico para negociar o legitimación «inicial o simple» para negociar; *b)* La legitimación propiamente dicha o legitimación «plena o interviniente o deliberante o complementaria»; y, *c)* La legitimación «negociadora» o «decisoria». Entre otras, SSTS de 20 de junio de 2006 (RJ 5358), 29 de noviembre de 2010 (RJ 2430), 24 de junio de 2014 (RJ 3979).

¹³ SSTS de 17 de enero de 2006 (RJ 3000), 3 de junio de 2008 (RJ 3466) y 1 de marzo de 2010 (RJ 1478).

¹⁴ STS de 11 de junio de 2020 (RJ 2418).

LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA

MARÍA ARETA MARTÍNEZ
Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos

I. RESOLUCIÓN JUDICIAL COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 (RCO 56/2013) [ECLI: ES: TS:2014:504].

II. INTRODUCCIÓN

Comienzo manifestando mi gratitud por la invitación recibida para participar en esta obra colectiva que tributa sentido homenaje a D. Aurelio Desdentado Bonete; y hago constar, desde el máximo respeto y consideración, mi sincero agradecimiento al homenajeado por su legado imperecedero.

Una de las múltiples facetas del quehacer profesional de D. Aurelio es la desarrollada en su condición de magistrado de la Sala IV del Tribunal Supremo desde 1986 hasta 2014; muestra de ello es la STS de 20 de enero de 2014 (RCO núm. 56/2013), de la que fue Ponente.

III. COMENTARIO

La cuestión de fondo consiste en determinar la calificación judicial que merece (justificada, injustificada, nula) la modificación sustancial de condiciones de trabajo adoptada por una empresa incluida en el ámbito de aplicación del Conve-

nio Colectivo General de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo 2008-2011 (Código convenio núm. BOE núm. 297, de 10 diciembre 2008).

Durante más de treinta años, los trabajadores de la empresa han disfrutado de una póliza sanitaria (beneficio social) que garantizaba servicios médicos gratuitos tanto a ellos como a sus cónyuges o parejas de hecho e hijos. Nótese que el convenio colectivo aplicable no incluye cláusula alguna referida a dicha póliza. Cabe entender que los trabajadores han venido disfrutando de la referida condición de trabajo (póliza sanitaria gratuita) en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos (art. 41.2, párrafo 1.º, ET/1995).

A finales de 2011, la empresa comunica a los representantes de los trabajadores su intención de introducir el copago progresivo en la póliza sanitaria, perdiendo así su carácter gratuito; y ello con el fin de reducir costes y favorecer la racionalización del uso del servicio médico, informando que el ahorro se utilizaría en mejoras de la prestación de la Seguridad Social y en un fondo de mejora de la salud de los empleados. El periodo de consultas finaliza sin acuerdo y la empresa termina implementando el copago.

Disconforme con la decisión empresarial, la Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FES-UGT) interpone demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social de la AN a la que se adhiere la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras (COMFIA-CCOO). El 2 de marzo de 2012, la Sala de lo Social de la AN dicta la sentencia núm. 22/2012 (ECLI: ES: AN:2012:1588), que desestima la pretensión principal (declarar la nulidad de la medida empresarial) y estima la subsidiaria, declarando injustificada la medida empresarial. La referida sentencia de instancia considera que se trata de una modificación sustancial de condiciones de trabajo por causa económica, y no por causas organizativa y productiva como alega la empresa; y añade que resulta injustificada porque la causa económica no ha quedado acreditada. La AN sostiene que no es admisible que una empresa líder del sector, que ha obtenido beneficios extraordinarios en un período negro para la economía española y de menor crecimiento en su sector, pretenda reducir unos gastos, cuya cuantía no ha probado siquiera, con los derechos sociales disfrutados por sus trabajadores desde hace más de treinta años, ni creemos tampoco que sea razonable la disuasión pretendida, para que sus trabajadores no acudan al médico cuando estén enfermos, ya que no ha probado, ni intentado probar, que dichas visitas fueran gratuitas o injustificadas, aunque acudan al médico 2 o 3 veces más al año que otros trabajadores.

La empresa anuncia y formaliza en plazo RCO, que la Sala de lo Social del TS resuelve en la sentencia ahora comentada, y que si por algo destaca es

por la ordenada y clara construcción del discurso argumental que precede al fallo. Los aspectos clave de la argumentación son los siguientes.

Primer aspecto: la distinción entre los ámbitos de afectación en los que actúan las causas (económico, técnico, organizativo y productivo) y la forma de manifestación de las causas (situación económica negativa, necesidad de innovación técnica, organizativa o productiva).

Segundo aspecto: los elementos decisivos en orden a la calificación de la modificación sustancial de condiciones de trabajo adoptada por la empresa. A la vista de lo dispuesto en el artículo 41.1 del entonces vigente ET/1995, la medida queda justificada cuando contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa. El TS argumenta que, si bien es cierto que la medida adoptada por la empresa puede suponer una reducción de costes y, con ello, favorecer su posición competitiva en el mercado, se observan dos elementos decisivos en orden a su calificación como injustificada: 1) la modificación se conforma como una medida meramente redistributiva, y 2) los hechos que forman la causa en la que se quiere justificar la modificación no son sobrevenidos.

Llegados a este punto merece la pena subrayar que la materia modificada por la empresa (póliza sanitaria) no está comprendida en ninguna de las expresamente listadas en el artículo 41 del entonces vigente ET/1995, y tampoco en el artículo 41 del actualmente vigente ET/2015. El artículo 41.1 del ET ha venido estableciendo sin variación que:

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.
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley.

La Sala de lo Social del TS ha venido declarando desde antiguo que el artículo 41.1 del ET incorpora una lista abierta (*numerus apertus*) de condiciones de trabajo susceptibles de modificación sustancial; dicho de otro modo: no se trata de una lista cerrada (*numerus clausus*), sino de una enumeración de condiciones de trabajo meramente ejemplificativa (*ad exemplum*) y no exhaustiva. El propio precepto estatutario lo deja claro al señalar que tendrá la consi-

deración de sustancial la modificación que afecte, entre otras, a las materias (condiciones de trabajo) señaladas¹. La mencionada lista es abierta en un doble sentido porque²: 1) no incorpora todas las condiciones de trabajo que pueden ser objeto de modificación sustancial, y 2) no toda modificación que afecta a alguna de las condiciones de trabajo listadas tiene automáticamente el carácter de sustancial. La condición de trabajo ahora modificada (póliza sanitaria) no se mencionada expresamente por el artículo 41.1 del ET y, por tanto, viene a confirmar el carácter *numerus apertus* de la lista.

El TS destaca que no es posible trazar una noción dogmática de «modificación sustancial», debiendo acudir a criterios empíricos de casuismo; es decir, hay que estar a las circunstancias concurrentes en cada caso. La jurisprudencia social precisa que son dos los aspectos que deben valorarse conjuntamente en cada supuesto para determinar si la modificación es o no sustancial; a saber: 1) el tipo de condición de trabajo afectada, y 2) la intensidad misma de la modificación.

El tipo de condición de trabajo afectada. La modificación va referida a un aspecto fundamental de la relación laboral. Se consideran fundamentales, entre otras (no solo), las condiciones que lista el artículo 41.1, párrafo 1.º, del ET.

La intensidad misma de la modificación, que va referida al nivel de perjuicio o sacrificio real o potencial que impone al trabajador. El grado de intensidad se valora a partir de tres parámetros: 1) la importancia cualitativa de la modificación, 2) el alcance temporal de la modificación y 3) las eventuales compensaciones pactadas que lleva aparejada la modificación.

En definitiva, la modificación sustancial es aquella de tal naturaleza que altera y transforma condiciones de trabajo fundamentales de la relación laboral, tales como las recogidas en la lista *ad exemplum* del artículo 41.1 del ET, pasando a ser otras distintas de un modo notorio. La sustancialidad de una concreta modificación depende no solo de la condición de trabajo afectada, sino también de la intensidad (entidad) del cambio, que viene determinada

¹ En este sentido, *vid.*, por todas, STS-SOC núm. 717/2016, de 12 de septiembre (RCO núm. 246/2015. ECLI: ES: TS:2016:4782).

² En este sentido, *vid.*, por todas, SSTS, Sala Social, de 10 de noviembre de 2015 (RCO núm. 261/2014. ECLI: ES: TS:2015:5527), 25 de noviembre de 2015 (RCO núm. 229/2014. ECLI: ES: TS:2015:5426), 8 de abril de 2016 (RCO núm. 285/2014. ECLI: ES: TS:2016:2498), 12 de septiembre de 2016 (RCO núm. 246/2015. ECLI: ES: TS:2016:4782), 24 de enero de 2017 (RCO núm. 97/2016. ECLI: ES: TS:2017:628), 26 de noviembre de 2019 (RCO núm. 97/2018. ECLI: ES: TS:2019:4280), 5 de diciembre de 2019 (RCO núm. 135/2018. ECLI: ES: TS:2019:4238), 19 de febrero de 2020 (RCO núm. 183/2018. ECLI: ES: TS:2020:835) y 26 de marzo de 2021 (RCUD núm. 3037/2018. ECLI: ES: TS:2021:1273).

desde la triple perspectiva de su importancia cualitativa, de su alcance temporal e incluso de las eventuales compensaciones pactadas³. En el caso ahora examinado no se ha cuestionado en ningún momento la sustancialidad de la modificación adoptada por la empresa al pasar de una póliza sanitaria gratuita a un sistema de copago, lo cual es relevante dado que la referida materia no figura en la lista *ad exemplum*.

IV. APUNTE FINAL

En materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo merece la pena destacar, a modo de apunte final, el carácter visionario (visión de futuro) de algunas sentencias dictadas por la Sala de lo Social del TS, que D. Aurelio redactó como magistrado Ponente; buena muestra de ello es la fechada el 11 de abril de 2005 (RCO núm. 143/2004. ECLI: ES: TS:2005:2126), que con meridiana claridad expresa lo siguiente: el carácter voluntario para el trabajador de la aceptación del teletrabajo a domicilio se deriva en nuestro Derecho de lo que establecen los artículos 1091, 1204 y 1256 del Código Civil en relación con lo ya indicado sobre la imposibilidad de utilizar en esta materia la vía del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores y de los límites de regulación aplicables a la autonomía colectiva, que no puede entrar a regular aquellas materias que afectan a la esfera personal de los trabajadores.

Más de quince años después, el Real Decreto-ley 28/2020, que regula el trabajo asalariado a distancia en el sector privado (y en parte del sector público institucional), ha venido a incorporar algunas ideas de aquella sentencia de 2005 al señalar su artículo 5.1 lo siguiente: El trabajo a distancia será voluntario para la persona trabajadora y para la empleadora y requerirá la firma del acuerdo de trabajo a distancia regulado en este real decreto-ley, que podrá formar parte del contrato inicial o realizarse en un momento posterior, sin que

³ Por todas, *vid.* SSTS, Sala Social, de 17 de enero de 2017 (RCO núm. 36/2017. ECLI: ES: TS:2017:799), 29 de junio de 2017 (RCO núm. 186/2016. ECLI: ES: TS:2017:2892), 29 de noviembre de 2017 (RCO núm. 23/2017. ECLI: ES: TS:2017:4720), 4 de diciembre de 2018 (RCO núm. 245/2017. ECLI: ES: TS:2018:4483), 26 de noviembre de 2019 (RCO núm. 97/2018. ECLI: ES: TS:2019:4280), 5 de diciembre de 2019 (RCO núm. 135/2018. ECLI: ES: TS:2019:4238), 28 de enero de 2020 (RCO núm. 176/2018. ECLI: ES: TS:2020:298), 19 de febrero de 2020 (RCO núm. 183/2018. ECLI: ES: TS:2020:835), 27 de febrero de 2020 (RCO núm. 201/2018. ECLI: ES: TS:2020:891), 14 de mayo de 2020 (RCO núm. 11 de junio de 2020 (RCO núm. 168/2019. ECLI: ES: TS:2020:1978), 30 de septiembre de 2020 (RCO núm. 109/2019. ECLI: ES: TS:2020:3153), 9 de marzo de 2021 (RCO núm. 73/2019. ECLI: ES: TS:2021:953) y 26 de marzo de 2021 (RCUD núm. 3037/2018. ECLI: ES: TS:2021:1273).

■ MARÍA ARETA MARTÍNEZ

pueda ser impuesto en aplicación del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, todo ello sin perjuicio del derecho al trabajo a distancia que pueda reconocer la legislación o la negociación colectiva.

REINTEGRO DE GASTOS MÉDICOS EN EL EXTRANJERO

ALBERTO ARUFE VARELA

Catedrático de la Universidad de A Coruña

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1989 [ECLI: ES: TS:1989:6373].

Este comentario se refiere a una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 noviembre 1989¹, dictada sobre un asunto de reintegro de gastos médicos, expresando el parecer de la Sala el magistrado Aurelio Desdentado Bonete, que procedió a desestimar el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el solicitante, una vez que su petición de reintegro de gastos médicos, conectados a la obtención de asistencia sanitaria privada en el extranjero, fue rechazada por la entidad gestora en vía administrativa, primero, y por la Magistratura de Trabajo competente en vía judicial, después. Tal como consta en la decisión judicial objeto de comentario, en la sentencia de instancia había quedado probado, en lo más esencial, lo siguiente: 1) que cierto «trabajador... solicitó tratamiento por enfermedad del hospital de la Seguridad Social de Galdacano (Vizcaya)»²; 2) que «en 30 de julio de 1986 el doctor Astobieta, de Urología, emite el siguiente dictamen:

¹ Referencia oficial ECLI: ES: TS:1989:6373.

² Cfr. Antecedente de Hecho cuarto.

«Paciente de 38 años de edad que ingresa en el servicio procedente de urgencias por sospecha de TM testicular para estudio..., es intervenido el día 21 de julio de 1986..., se realiza TAC el día 7 de agosto de 1986..., se cita al enfermo para consultas externas de Radioterapia para... el tratamiento oportuno»³; y 3) que «no consta acreditada la urgencia vital de la intervención extranjera de facultativo»⁴, aun cuando la Sala de lo Social del Tribunal Supremo no evitó tomar en consideración que «el demandante siguió tratamiento en el Rotterdam Cancer Institute desde el 28 de agosto de 1986 respondiendo por completo a la prueba y presentando en febrero de 1987 grandes posibilidades de curación y... que en la parte de España donde vive el actor no existen medios adecuados para el tratamiento del cáncer testicular diseminado»⁵. Se trata de una decisión judicial que continúa una línea jurisprudencial rectificadora, que se impuso a partir de la segunda mitad de la década de los ochenta del siglo pasado, indicando al respecto que se limita a seguir lo fallado por «la Sentencia de 31 de octubre de 1988, desarrollando la doctrina de las Sentencias de 4 de junio de 1986, y 16 de febrero de 1988, sobre los límites de la asistencia debida por la Seguridad Social... rectificando criterios anteriores»⁶.

II. INTRODUCCIÓN

Previamente, en la segunda mitad de la década de los años setenta del siglo pasado, el estado de la cuestión sobre el tema había quedado recogido en el espléndido *Manual de Seguridad Social* de los profesores De la Villa Gil y Desdentado Bonete, donde se indicaba que «la asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la seguridad social... ha dado motivo a constantes pleitos en orden al derecho de reembolso de los gastos», de manera que «las decisiones de los tribunales son... muy numerosas». Sobre la base de la legislación entonces vigente, este clásico del Derecho de la Seguridad Social afirmaba que «en general se exige, para que la seguridad social asuma los gastos de una asistencia externa al sistema, que el beneficiario no haya actuado caprichosamente, sino movido por la gravedad y/o urgencia (vital) del caso, caracterizada porque... «implica un riesgo inminente de vida o de pérdida de órganos o miembros fundamentales para el desarrollo normal del vivir»... (STCT de 20 de noviembre de 1973. Ar./4639), que no concurre, en cambio, cuando el pa-

³ *Ibidem.*

⁴ *Ibidem.*

⁵ Cfr. Fundamento de Derecho primero, inciso último.

⁶ Cfr. Fundamento de Derecho segundo, párrafo primero, inciso primero.

ciente no está de acuerdo con la evolución del tratamiento a cargo de la seguridad social (STCT de 10 de enero de 1973. Ar./28), salvo en los supuestos extremos de «asistencia ineficaz» (STCT de 18 de noviembre de 1975. Ar./5127)», teniendo en cuenta que «no es en cambio obstáculo para el reintegro de los gastos el hecho de que la asistencia se haya prestado en el extranjero o fuera de la residencia habitual del beneficiario (STCT (6.ª) 3 de junio de 1975. Ar./2691, en interés de ley, y STCT de 23 de septiembre de 1975. Ar./2858)», y además, que «caso especial es el del reintegro que opera cuando es necesario hospitalizar y la seguridad social no cuenta con establecimiento adecuado (STCT de 30 de enero de 1973. Ar./389 y 20 de febrero de 1975. Ar./949)»⁷. En este sentido, la legislación vigente interpretada por la sentencia objeto de comentario aparecía encarnada en el artículo 102 de la segunda Ley General de la Seguridad Social de 1974, así como en el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General, a cuyo tenor los supuestos que podían legitimar una reclamación de reintegro de gastos eran dos, respectivamente conocidos como supuesto de «denegación injustificada»⁸ y supuesto de «urgencia vital»⁹.

III. COMENTARIO

Con este telón de fondo normativo, citando la jurisprudencia más reciente de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que actuaba –como antes se indicó– «rectificando criterios anteriores», en sentido más restrictivo¹⁰, el magistrado Desdentado Bonete recordaba en su ponencia cuáles eran «los dos

⁷ Todo ello, en DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y DESDENTADO BONETE, Aurelio, *Manual de Seguridad Social*, Editorial Aranzadi (Pamplona, 1977), p. 339.

⁸ Literalmente, «si a pesar de ello se le denegase injustificadamente la prestación de la asistencia debida, podrá reclamar el reintegro de los gastos efectuados por la utilización de servicios distintos de los que corresponderían siempre que lo hubiera notificado en el plazo de cuarenta y ocho horas siguientes al comienzo de la asistencia, debiendo, al solicitarlo, razonar la petición y justificar los gastos efectuados» (art. 18, apartado 3, del Decreto 2766/1967).

⁹ Literalmente, «cuando la utilización de servicios médicos distintos de los asignados por la Seguridad Social haya sido debida a una asistencia urgente de carácter vital, el beneficiario podrá formular ante la Entidad obligada a prestarle asistencia sanitaria la solicitud de reintegro de los gastos ocasionados, que será acordado por ésta si de la oportuna información que se realice al efecto resultara la procedencia del mismo» (art. 18, apartado 4, del Decreto 2766/1967).

¹⁰ Sobre el particular, en efecto, «frente a una fase inicial, en la que, bajo la cobertura de la necesidad urgente de carácter vital, se mantenía una posición extraordinariamente abierta en cuanto al contenido del derecho, como una facultad de obtener la asistencia necesaria al margen de su coste, su generalización o su accesibilidad, se produjo un giro con las SSTS de 16 de febrero de 1988 (RJ 632) y STS de 31 de octubre de 1988 (RJ 9103)» (véase DESDENTADO BONETE, Aurelio y DESDENTADO DAROCA, Eva, «El reintegro

polos –el individual y el social– a partir de los que ha de abordarse el problema de la determinación de la asistencia que la Seguridad Social está obligada a facilitar»¹¹. Reitera la conclusión relativa a que «respecto a «aquellos medios que solamente son accesibles en países más avanzados y que poseen un nivel científico y de desarrollo técnico superior y que por ello, y sólo por ello, no son disponibles en España, la Seguridad Social no está obligada a prestar la asistencia que los incluya, por la elemental razón de que no están y no pueden estar al alcance de todos los beneficiarios» en la medida que corresponden a un nivel técnico no socializado»¹², dándose cuenta de que el solicitante «acudió a una institución extranjera por estimar que el tratamiento que requería su estado no podía prestarse en España dada su complejidad técnica, sólo accesible en centros que cuentan con un nivel de especialización más avanzado»¹³. En consecuencia, se trataba de «un tipo de asistencia particularmente cualificada que por su propio carácter no cabe considerar socializada, ni, en consecuencia, incluida en el ámbito de aplicación del reintegro de gastos médicos, pues tanto la denegación injustificada a que se refieren los núms. 2 y 3 del artículo 18 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, como la urgencia vital que contempla el núm. 4 del mismo artículo se corresponden con el nivel asistencial que los servicios de la Seguridad Social deben prestar y no con el nivel óptimo de prestación que el beneficiario puede obtener»¹⁴, para concluir que «la actuación del actor no es subsumible en los supuestos que contempla el artículo 18 del Decreto 2766/1967»¹⁵. Ciertamente, en la década de los años noventa del siglo pasado se restringió aún más la posibilidad de perseguir el reintegro de gastos médicos ante los tribunales laborales, dado que el Real Decreto 63/1995, de 20 enero –procediendo a derogar el Decreto 2766/1967– la limitó a los «casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud»¹⁶, eliminando la referencia reglamentaria a los supuestos de «denegación injustificada», debiendo tenerse en cuenta que esta restricción se mantiene hoy, por medio del vigente Real Decreto 1030/2006, de 15 septiembre –procediendo a derogar el Decreto 63/1995–, que sigue refiriéndose únicamente a los «casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter

gro de los gastos de la asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 44 [2003], p. 23).

¹¹ Cfr. Fundamento de Derecho segundo, párrafo primero, inciso primero.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*, inciso segundo.

¹⁴ *Ibidem*, inciso tercero.

¹⁵ *Ibidem*, inciso cuarto.

¹⁶ Cfr. artículo 5, apartado 3.

vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud»¹⁷. Con todo, la desaparición de este supuesto no es absoluta, visto que el «reembolso de gastos por denegación injustificada de la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y reclamaciones correspondientes, la eventual revisión jurisdiccional corresponde al orden contencioso-administrativo»¹⁸.

IV. APUNTE FINAL

Hace casi veinte años, el magistrado Desdentado Bonete y la profesora Desdentado Daroca escribían que «el reintegro de gastos por la asistencia sanitaria externa ha sido tradicionalmente una cuestión difícil», que «en nuestro sistema el panorama normativo ha sido bastante confuso y la regulación de la LGSS/1974 y del Decreto 2766/1967 notablemente insuficiente», así como que «la reforma del Decreto 63/1995 y el impacto de la nueva regulación de la jurisdicción-administrativa han incrementado la confusión», sumándose ahora ya a su advertencia relativa a que «la configuración de la denegación como un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria tiene también consecuencias muy negativas por sus repercusiones jurisdiccionales, si el orden contencioso-administrativo va a ser el competente para conocer de las reclamaciones de responsabilidad por denegación injustificada», pues «esto incrementa la ya excesiva dualidad jurisdiccional en materia de Seguridad Social con todos sus inconvenientes... y se obliga a los beneficiarios a reclamar lo que, en definitiva, es una prestación de Seguridad Social en un proceso más gravoso y menos adecuado que el que ha sido configurado legalmente para sustanciar estas pretensiones»¹⁹. Concluían su escrito, publicado en 2003 –antes, pues, de operarse la derogación del Real Decreto 63/1995–, con la admonición relativa a que «como suele ocurrir con algunas reformas precipitadas, hay que esperar, al menos, una vuelta a la situación

¹⁷ Cfr. artículo 4, apartado 3, inciso segundo.

¹⁸ Véase MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, ARUFE VARELA, Alberto y CARRIL VÁZQUEZ, Xosé Manuel, *De-recho de la Seguridad Social*, 4.ª ed., Atelier (Barcelona, 2017), p. 275.

¹⁹ Todas estas afirmaciones, en DESDENTADO BONETE, Aurelio y DESDENTADO DAROCA, Eva, «El reintegro de los gastos de la asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social», cit., p. 29.

anterior»²⁰. Como antes se indicó, esta vuelta no se produjo con ocasión de la derogación del Real Decreto 63/1995 por obra del Real Decreto 1030/2006, habida cuenta que este último se limitó en este punto a replicar el esquema introducido once años antes, por lo que –desaprovechada esta ocasión– no queda más remedio que seguir esperando.

²⁰ *Ibidem*, p. 30.

LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA EN EL TRABAJO A DISTANCIA

ALFREDO ASPRA RODRÍGUEZ
Abogado Laboralista

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2005 (RCUD 143/2004) [ECLI: ES: TS:2005:2126].

II. INTRODUCCIÓN

La relevancia de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2005 (Rec. 143/2004) (la «Sentencia»), reside en que determinó, con una fundamentación precisa, sencilla e impecable, determinados límites de la autonomía colectiva en el contrato de trabajo a domicilio (en adelante, dada la regulación actual del artículo 13 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, trabajo a distancia).

La clave de la resolución reside en que, con gran acierto y sorprendente visión premonitoria de una regulación que llegaría superados los quince (15) años desde la promulgación de la Sentencia comentada, el Magistrado delimita que espacios son propios de la autonomía colectiva, y cuáles de la autonomía individual de las personas trabajadoras por interferir o poder hacerlo en su vida personal.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado. Hechos y antecedentes

1.1 HECHOS RELEVANTES

La principal cuestión suscitada es de índole estrictamente jurídica, referida a la eventual posibilidad de que la representación legal de los trabajadores pudiese acordar con la dirección de una empresa la implantación obligatoria del trabajo a distancia en el marco de un proceso de reorganización. Ahora bien, resulta ilustrativo tomar en cuenta los antecedentes fácticos sobre los que se debate:

En el año 2003, tras varios meses de negociación, la Dirección de la Empresa Telefónica Publicidad e Información («TPI» o la «Empresa») y el Comité Intercentros firmaron un pacto para implementar la denominada «Oficina Virtual».

La Oficina Virtual consistía en un nuevo modelo de organización que pretendía, entre otros objetivos y con ocasión de la implementación de las nuevas tecnologías en la Empresa, que los comerciales del Canal de Venta Directa realizasen las funciones administrativas desde su domicilio.

La firma del precitado pacto originó la convocatoria de una huelga por parte de CC.OO. Sin embargo, tras la apertura de nuevo período de negociación, se alcanzó un acuerdo con las organizaciones sindicales de CTI y UGT –CC.OO no aceptó la propuesta empresarial–.

El acuerdo firmado con fecha de 23 de octubre de 2003, por la Empresa y el Comité Intercentros, acordaba la implantación progresiva de la Oficina Virtual.

Del colectivo afectado por la reorganización, 39 trabajadores remitieron una carta señalando que no aceptaban nuevas obligaciones laborales o la modificación de las condiciones de trabajo. Por contra, 19 solicitaron a la Empresa que instalara en su domicilio impresora y otros materiales propios de una oficina para el desarrollo de las labores administrativas.

1.2 SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de mayo de 2004 (autos 207/2003), desestimó la demanda interpuesta por la Federación de Comunicación y Transporte de Comisiones Obreras.

La resolución del Tribunal de instancia concluyó que «el nuevo sistema de teletrabajo ha sido aceptado plenamente por la mayoría de los trabajadores» basándose en que (i) sólo una parte del colectivo afectado presentó reservas mínimas; y (ii) este nuevo modelo se firmó por el Comité Intercentros «único interlocutor válido de la empresa para aquellos temas cuyo ámbito sea de carácter general».

2. Cuestión jurídica debatida y posición de las partes

La principal cuestión jurídica debatida versaba sobre si, en el marco de un proceso de reorganización, resultaba válido un acuerdo entre la dirección de la Empresa y el Comité Intercentros, por el que se implementa un nuevo modelo de organización que implicaba que un colectivo de personas trabajadoras («comerciales») realizase de manera obligatoria las funciones administrativas auxiliares de las comerciales propias de su puesto de trabajo, desde su domicilio.

2.1 LA ORGANIZACIÓN SINDICAL RECURRENTE

La Federación de Comunicación y Transporte de Comisiones Obreras denunciaba que un acuerdo colectivo no podía adoptar una medida que implicase la transformación del régimen contractual de la persona trabajadora sin el consentimiento de esta, es decir, modificar un contrato de trabajo común en un contrato a domicilio. Dicha medida estaría fuera del alcance del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores por afectar a las condiciones de empleo y no únicamente a las de trabajo.

Además, también se denuncia la infracción del artículo 18.2 de la Constitución Española por entender que las partes que convinieron el Acuerdo no tienen poder de disposición sobre el domicilio de las personas trabajadoras afectadas por el mismo.

2.2 LA EMPRESA RECURRIDA

La Empresa argumentó que se trataba de una modificación del sistema de trabajo («de la herramienta o medio de trabajo empleado») que afectaba a un elemento no esencial de la prestación de trabajo, acordado con la representación legal de los trabajadores y, en todo caso, que no se trató de una «transformación comple-

ta» del régimen contractual por la que se pasase de un contrato de trabajo común u ordinario –cuya actividad se realizaba en los centros de trabajo de TPI– a un contrato de trabajo a distancia –ejecutado en el domicilio de los trabajadores–.

El personal afectado por el cambio era de ventas («comerciales») –que realizaban la mayor/gran parte de sus tareas fuera de los centros de trabajo– y que, desde la implantación de la Oficina virtual, efectuarían las tareas administrativas desde su domicilio.

3. Normativa aplicada al caso

La cuestión planteada en la Sentencia comporta la necesidad de analizar el régimen legal del trabajo a distancia a la sazón del conflicto:

El Artículo 13 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, cuya rúbrica dispone: «el contrato de trabajo a domicilio»¹.

El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo («AMET») firmado el 16 de julio de 2002 por los interlocutores europeos². Este acuerdo, en su cláusula tercera dispone: «El teletrabajo es voluntario para el trabajador y el empresario afectados. El teletrabajo puede formar parte de la descripción inicial del puesto de trabajo o puede incorporarse de forma voluntaria más tarde».

En este conflicto, y dada la escasez normativa en materia de trabajo a distancia en aquel momento, resultó determinante la aplicación supletoria del Libro IV del Código Civil³.

4. Pasajes decisivos

El Fundamento de Derecho Sexto, penúltimo párrafo, es el que contiene la clave del modo en que el Tribunal resuelve la cuestión:

«[...] Pero el carácter voluntario para el trabajador de la aceptación del teletrabajo a domicilio se deriva en nuestro Derecho de lo que establece los

¹ Puede consultar la redacción literal en el siguiente enlace: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-7730&b=25&tn=1&p=19950329#a13>.

² Este acuerdo fue suscrito de conformidad con el artículo 155.2 del TFUE –antiguo 139.2 del TCE–. Ello significa que solo resulta obligatoria para la organizaciones empresariales y sindicales pertenecientes a las organizaciones europeas firmantes del acuerdo marco. En España, el AMET aparece referenciado por primera vez en el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva del año 2003.

³ En este sentido, al apartado 3 del artículo 4 del Código Civil: «Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes».

artículos 1091, 1204 y 1256 del Código Civil en relación con lo ya indicado sobre la imposibilidad de utilizar en esta materia la vía del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores y de los límites de regulación aplicables a la autonomía colectiva, que no puede entrar a regular aquellas materias que afectan a la esfera personal de los trabajadores».

5. Resolución del caso

La Sentencia concluye que, aunque sólo afectase a una parte del contenido de la prestación de trabajo –*i.e.*, labores administrativas de los vendedores–, existió un cambio de régimen contractual y, en consecuencia, anuló parcialmente el acuerdo, esto es, en todo aquello que imponía, con carácter obligatorio, el trabajo a distancia⁴.

El cambio del régimen contractual pretendido excedió del ámbito de las modificaciones del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores y, por ende, de los límites de la autonomía colectiva dado que estos cambios interferían en la vida personal de las personas trabajadoras⁵.

IV. APUNTE FINAL

Sin duda, la fundamentación jurídica de la Sentencia comentada se configura como una resolución anticipada al tiempo en que se dictó. Ello se evidencia en que la doctrina en ella sentada, no sólo ha sido recogida por otras

⁴ La Sentencia razona que es preciso distinguir entre: (i) las «condiciones de trabajo» entendidas como los aspectos relativos a la ejecución de la prestación de trabajo y sus contraprestaciones (*e.g.*: salario, horario, etc.); y (ii) las «condiciones de empleo» que afectan a la propia configuración de la relación laboral y sus vicisitudes (*i.e.*: régimen contractual). Estas últimas exceden del ámbito de aplicación del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

⁵ En este sentido, el Fundamento de Derecho Sexto dispone: «[...] cuando se convierte el domicilio en lugar de trabajo se está obligando al trabajador a poner a disposición del empleador algo más que la fuerza de trabajo, pues se convierte en centro de trabajo, en lugar de producción, el propio espacio donde se desarrolla la vida privada del trabajador y esto no solo supone un coste adicional, que puede quedar sin retribución, como en el caso de que haya que destinar al trabajo lugares que antes se destinaban a otros usos familiares, sino que también puede tener consecuencias de otro orden en la convivencia en el hogar o en la vida personal del trabajador, que deben quedar al margen tanto de las modificaciones unilaterales del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, como también de las decisiones de la autonomía colectiva, que han de operar sobre las materias colectivas».

sentencias posteriores, sino que los principios allí sentados han pasado a inspirar la normativa que regula actualmente el trabajo a distancia⁶.

En este sentido, la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (la «Ley 10/2021»), establece que el trabajo a distancia será voluntario, sin que quepa la imposición unilateral por parte del empleador ex artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

Del mismo modo, la Ley 10/2021 otorga un papel a la autonomía colectiva vedado o acotado a aspectos concretos, *v.gr.* la identificación de los puestos de trabajo y funciones susceptibles de ser realizadas bajo esta modalidad contractual⁷; o, los mecanismos y criterios por los que la persona puede acceder al trabajo a distancia⁸.

Por último, y como reflexión final, resultaría interesante conocer si, en el marco de una reorganización, hubiera resultado ajustado a derecho si así se hubiera previsto, que aquellas personas trabajadoras («comerciales») que no hubieran estado dispuestas a aceptar la posibilidad de trabajar a distancia desde sus domicilios en lo que a la realización de las tareas administrativas se refiere, se les hubiera podido extinguir forzosamente el contrato de trabajo por concurrir las causas organizativas ex artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

Habría que ponderar, seguramente entre otros aspectos, hasta qué punto se podría estar conculcando el principio de voluntariedad que debe regir el trabajo a distancia si se le permitiese optar entre, el trabajo parcial a distancia, o la extinción del contrato⁹.

Seguramente en próximas fechas, nuestro más Alto Tribunal tenga la ocasión de pronunciarse sobre estos u otros aspectos en los que, ninguna duda me cabe, la Sentencia aquí comentada constituirá un antecedente relevante.

⁶ Destaca a modo de ejemplo, la reciente STJS de Cataluña de 25 de marzo de 2021 (Rec. 3687/2020) que proscribió la implantación unilateral del trabajo presencial a una persona trabajadora que, con anterioridad, prestaba servicios en un sistema trabajo a distancia.

⁷ D. A. 1.^a del RDL 28/2020.

⁸ Apartado 3 del artículo 8 del RDL 8/2020.

⁹ Resulta preciso traer a colación la STS de 30 de mayo de 2018 (Rec. 2329/2016) que admitió la procedencia de un despido en un supuesto en el que la empresa acreditó que no necesitaba un trabajador a tiempo completo y este se niega a aceptar la modificación del trabajo a tiempo completo a tiempo parcial. De manera análoga se podría aplicar esta doctrina supuesto en los que la Empresa requiere implantar sistemas de trabajo a distancia por la concurrencia de causas objetivas.

LA BÚSQUEDA DEL SALARIO REAL EN LAS ACCIONES DE EXTINCIÓN INDEMNIZADA

MARÍA JOSÉ ASQUERINO LAMPARERO
Profesora Ayudante Doctora de la Universidad de Sevilla

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1993 (RCUD 1404/1992) [ECLI: ES: TS:1993:981].

II. INTRODUCCIÓN

Acercarnos a la lectura de la STS de 25 de febrero de 1993 nos permite indagar acerca de cuál es el origen, y el fundamento jurídico, de la convicción sobre la posibilidad de someter a debate judicial el salario que ha de servir para calcular la indemnización en supuestos de resolución contractual *ex art. 50 ET* o de despido declarado improcedente.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

El Tribunal Supremo conoce en sede de casación por unificación de doctrina un recurso promovido por una empleada contra la sentencia dictada por el TSJ de Madrid.

La trabajadora prestaba sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la Asociación Colegio Suizo de Madrid. En un momento determinado de la relación laboral, la empleadora procede a reducirle la jornada con la consiguiente disminución de salario, razón por la que esta trabajadora insta judicialmente la resolución indemnizada de su contrato.

El objeto del recurso se circunscribe a dilucidar dos interrogantes: el primero en torno a la idoneidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, cuando éste se fundamenta en un error de hecho y, el segundo consistente en determinar cuál es el salario a tener en consideración para fijar la indemnización que le corresponde a la trabajadora que consigue exitosamente resolver judicialmente su relación laboral.

Téngase en cuenta que, en lo que hace a la segunda de las cuestiones, eran posible dos soluciones, o bien fijar la indemnización teniendo como base el salario que realmente venía percibiendo conforme a la disminución de la jornada experimentada o, por el contrario, el que hubiese correspondido en atención a la anterior jornada comprometida.

2. Relevancia del asunto

La brevedad de la sentencia no le resta un ápice de contundencia e importancia. El transcurso del tiempo desde su dictado nos ha enfrentado a nuevas normas, pero los criterios aquí asentados son perfectamente aplicables a día de hoy.

Así, de un lado, reitera la afirmación de que el recurso de casación para la unificación de doctrina no podrá sustentarse en el error de hecho. No es posible, por tanto, revisar hechos en esta Sede que ya han sido declarados probados por la sentencia recurrida.

Tras ello, el criterio sustantivo asentado relativo a cuál es el salario que tendrá que servir de referencia para el cálculo de la indemnización cuando se plantea judicialmente una acción resolutoria causal del trabajador. La solución aparece con nitidez para el lector: el salario que ha de tenerse en consideración es el real, pero ¿qué ha de entenderse como «real» ante el silencio de la norma? Aproximarnos a esta sentencia es acercarnos a la delimitación de este adjetivo, a su fundamentación jurídica y su origen.

3. Doctrina sentada

Aparte de reiterar la doctrina anterior consagrada en lo que hace al sustento jurídico de un recurso de casación para la unificación de doctrina y que

viene, en todo caso, motivado por la infracción de la ley, existen otras consideraciones que se asientan y llegan incólumes hasta nuestros días, aun cuando los textos de partida –tanto la ley sustantiva como adjetiva– sí que han experimentado modificaciones.

Primero. En los procesos de despido es posible discutir simultáneamente la acomodación legal del acto extintivo junto al salario que realmente corresponde al trabajador, sin que el juzgador esté constreñido a las cantidades que efectivamente le hayan sido abonadas.

La determinación de la retribución salarial, su cuantificación, constituye un elemento inescindible al propio proceso entablado frente al despido.

Segundo. Consecuentemente, el salario, a efectos de determinar la indemnización por despido, no ha de coincidir con el que venía percibiendo de hecho el trabajador.

Ya hemos recordado cómo la norma no descende al detalle de especificar qué se entiende por salario a efectos de cuantificar la indemnización, por lo que –al menos en el plano teórico– era posible la interpretación diametralmente opuesta a la sostenida en la Sentencia. ¿Qué hubiera ocurrido entonces? También se nos explica: se estaría lesionando el principio de buena fe que debe presidir toda relación laboral (humana, nos atreveríamos a afirmar).

En definitiva, si en el proceso judicial no se pudiera discutir sobre el módulo salario día, el empresario que abona un salario inferior al que legal o convencionalmente viene obligado, se aprovecharía de esa mala fe y, de alguna forma, se enriquecería injustamente con su quehacer antijurídico.

Tercero. Las consideraciones precedentes son perfectamente extrapolables a los procedimientos en los que se insta la resolución indemnizada de la relación laboral, teniendo en cuenta que el trabajador esgrime una causa jurídicamente relevante para poner fin a su prestación de servicios.

4. Evolución posterior

La sentencia comentada –cuya senda se inició con la STS de 7 de diciembre de 1990¹– condensa una doctrina que llega intacta hasta la actualidad.

En el lejano 8 de junio de 1998 (rcud. 3212/97) idéntico magistrado ponente sostuvo los mismos argumentos sin modificar un ápice su conclusión en

¹ Recurso por infracción de Ley núm. 520/90.

torno a la idoneidad de la discusión del salario en los procedimientos –en este caso– de despido.

Pero, si avanzamos observamos que los criterios jurisprudenciales han resistido al embate de los tiempos².

El actual Tribunal Supremo parece que haya dado un paso más en un avance que se nos antoja muy complicado de no haber tenido presente la doctrina consagrada.

La escisión bajo la que hemos presentado las conclusiones es tan solo aparente. Acompañemos al Alto Tribunal: si el recurso de casación para la unificación de la doctrina no está concebido para revisar hechos probados, ¿cómo sostener con éxito que sí es posible revisar el salario del trabajador? La solución, que solo se puede alcanzar si está plenamente asumida la anterior doctrina y se ha reflexionado previamente sobre la misma, es que en realidad el planteamiento en estos términos es incorrecto. La discusión en torno al módulo salario (tanto si es un procedimiento de despido como uno de resolución indemnizada) no consiste en comprobar ulteriormente los hechos probados, sino que de lo que se trata es de valorar «jurídicamente», esto es, de examinar «el ajuste a Derecho de tal remuneración»³.

IV. APUNTE FINAL

Es éste un ejemplo que ilustra la misión que cumple la jurisprudencia en nuestro ordenamiento jurídico: la interpretación de las normas. Y, en ocasiones esa labor hermenéutica es producto de un momento histórico determinado, lo que supone que las conclusiones sean coyunturales, mientras que existen otros supuestos en los que las aseveraciones parecen ajenas a la realidad social puntual, pues se mantienen inalteradas.

Esta sentencia pertenece a la segunda clasificación, pero no nos llamemos a error, la razón por la que estas consideraciones se mantienen vivas en el momento presente no obedece a la idea de que el Tribunal carezca de sensibilidad social, sino que –afortunadamente– existen determinados presupuestos que pertenecen genuinamente a nuestro acervo jurídico.

² STS de 27 de marzo de 2000 (rcud. 2063/1999. ECLI: ES: TS: 2000: 2452); STS de 12 de julio de 2006 (rcud. 2048/2005. ECLI: ES: TS: 2006:5141); STS de 19 de julio de 2007 (rcud. 388/2005); STS de 27 de diciembre de 2010 (rcud. 1751/2010. ECLI: ES: TS: 2010:7655); STS de 2 de diciembre de 2016 (rcud. 431/2014. ECLI: ES: TS: 2016:5710); STS de 12 de noviembre de 2019 (rcud. 1638/2017. ECLI: ES: TS:2019:3842).

³ STS de 23 de junio de 2020 (rcud. 1124/2018. ECLI: ES: TS:2020:2299).

Nótese que si bien el Estatuto de los Trabajadores ha sufrido dos modificaciones desde el dictado del aserto judicial que han afectado incluso a las causas legitimadoras de esta acción de resolución indemnizada de la relación laboral o al importe de la indemnización, el legislador no se ha visto en la necesidad de matizar el inciso relativo a «días de salario por año de servicio». No era necesario.

Las relaciones laborales han experimentado cambios notables que constituyen tan solo el preludeo de lo que viviremos en el futuro. Las incertidumbres jurídicas se han acrecentado y, en este contexto, celebramos la existencia de criterios imbatibles que contribuyen a generar seguridad jurídica. El profesional del ámbito forense tiene en esta sentencia la respuesta contundente y motivada para asesorar al que fuera su cliente en el año 1993, al actual del 2021 y, nos atrevemos a asegurar, al que vendrá durante los años venideros.

EL TRABAJADOR DE CAMPAÑA NO ES TEMPORAL: LA IMPRESCINDIBLE CONSTRUCCIÓN JUDICIAL DEL TRABAJADOR FIJO DISCONTINUO

INMACULADA BALLESTER PASTOR
Catedrática de la Universidad Jaume I de Castellón

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2010 (RCUD. 1527/2009) [ECLI: ES: TS:2010:1432].

II. INTRODUCCIÓN

El uso de contratos eventuales en lugar del contrato para trabajos fijos discontinuos ha sido una de las formas más comunes de fraude legal, un fraude que se ha cometido de forma evidente y flagrante por Organismos públicos durante décadas. En demasiadas ocasiones se recurre a temporales para hacer frente a funciones o actividades que las empresas públicas tienen asignadas entre sus cometidos habituales y ordinarios. Este comportamiento queda claramente puesto de manifiesto aquí, donde las funciones que se encomiendan a varios trabajadores son las mismas que deben abordarse todos los años por el Organismo público, funciones que se asumen repetidamente por las mismas causas, en las mismas fechas y en los mismos lugares. Lo anterior resulta ser indicio de que la empresa pública precisa ese personal de forma permanente y,

por tanto, estos trabajadores no son temporales y han de formar parte de la plantilla fija de la entidad.

Este pronunciamiento destaca por su claridad expositiva, y resulta enormemente elocuente, algo que hoy día es difícil de ver. Se alude, en primer lugar, a las razones por las que se entiende que el contrato fijo discontinuo es el que resulta correcto aquí para todos los trabajadores que reclaman el reconocimiento de su derecho a la fijeza, pero, además, se asume que es posible compatibilizar la contratación de fijos discontinuos con la de trabajadores eventuales, una compatibilización que resulta confusa en la práctica, pues provoca que el número de los contratos de fijos discontinuos sea la mínima posible, menor cuanto más irregular, discontinua o insegura sea la posibilidad de posteriores contrataciones

El conflicto que aquí se resuelve es, pues, un ejemplo evidente de la maestría del Ponente, un pronunciamiento excepcional, también, porque se adentra en la construcción del concepto del trabajador fijo discontinuo sin aplicar reglas particulares según que el empleador sea público o privado, ya que la falta de presupuesto o los cambios en la planificación de cada Organismo público no validan una contratación temporal si ésta cubre necesidades normales y permanentes. La construcción del concepto del trabajo fijo discontinuo y su necesaria distinción respecto del contrato eventual sigue siendo –para nuestra desgracia– extremadamente útil –a pesar de los años transcurridos–¹.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

Varios trabajadores que prestan servicios en el marco de las campañas de incendios forestales de la Comunidad de Madrid son contratados a través de sucesivos contratos de obra que se reiteran año tras año, llegando a repetirse 12 años seguidos. Los contratos están vivos coincidiendo con las campañas de prevención y extinción de incendios por lo que no tienen día inicial fijado –aunque coincide con fechas comprendidas entre los meses de mayo a julio– y suelen finalizar a mediados de octubre.

¹ La contratación reiterada durante 5 años seguidos por parte de brigadas de extinción de incendios en las mismas fechas es nuevamente analizada en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 27 de enero de 2021 (rcud.1613/2018).

Los trabajadores reclaman judicialmente su derecho a que la relación de trabajo con la Comunidad de Madrid sea indefinida no fija y a que se les reconozca también la antigüedad desde el primer contrato suscrito. La Sentencia de instancia les da la razón y se les reconoce este derecho pero, una vez interpuesto recurso de suplicación por la Conserjería de la Comunidad de Madrid, este segundo pronunciamiento revoca el anterior. Lo curioso del Fallo de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid es que se cuestiona si debe contratarse personal permanente para llevar a cabo la actividad de extinción de incendios y se concluye que no es así y que es válido el contrato para obra o servicio determinado reiterado cada año porque, aunque la actividad de extinción de incendios tiende a repetirse anualmente, ésta se encuentra sometida a variaciones significativas en su alcance dependiendo de las peculiaridades de cada estación recogándose las mismas en planificaciones anuales.

El Fallo de esta Sentencia del Tribunal Supremo, resolviendo un recurso de casación en unificación de doctrina, revoca la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia y da la razón a la Sentencia de instancia concluyendo que la contratación adecuada para cubrir las necesidades anuales derivadas de las campañas de prevención y extinción de incendios forestales en la Comunidad de Madrid es el contrato por tiempo indefinido de carácter discontinuo porque las necesidades que se cubren por la empleadora son normales y permanentes, independientemente de que sea posible que, junto a la contratación de personal fijo, quepa acudir también a contratar personal temporal, con carácter extraordinario, añadido a ese personal fijo, si así se requiere.

2. Relevancia del asunto

Este no es el primer Fallo donde se da la razón a los trabajadores a quienes se contrata reiteradamente, de forma temporal, y campaña tras campaña, reconociéndolos como fijos discontinuos, pero sí se trata de un pronunciamiento que ofrece una gran claridad expositiva. El Alto Tribunal reitera doctrina previa, ahondando en razonamientos ya expresados aunque sin llegar a transcribir la literalidad de pronunciamientos anteriores. Nótese que este caso probablemente fuese singular porque se concluye en la irregularidad de varias contrataciones efectuadas por el Organismo y juega a favor el hecho de que se produce la reiteración de un gran número de contratos –cada campaña y durante 12 años–, lo que permite analizar el conjunto de la contratación del

Organismo y ello que obliga a concluir que el personal había sido contratado temporalmente para asumir tareas normales y permanentes del ente público.

3. Doctrina sentada

El Tribunal Supremo había cambiado hacía años su anterior doctrina que estuvo vigente durante los años 90. De acuerdo con esta doctrina era válido el contrato para obra o servicio para trabajadores de campaña. Señalaba por aquel entonces el Alto Tribunal que aunque la prevención y extinción de incendios era una actividad normal de la Administración pública, al ser su duración incierta y dado que cada campaña tenía peculiaridades propias, se permitía usar el contrato para obra o servicio determinado. La campaña se ajustaba a un presupuesto, estaba condicionada por la aparición de factores climatológicos y sus actividades cumplían objetivos dispares de año en año –STS de 10 de abril de 1995–; igualmente, el hecho de que la duración de la campaña fuera variable en el tiempo facultaba para usar cada año este contrato temporal –STS de 3 de noviembre de 1994–.

Ahora, en esta Sentencia, tal afirmación se niega categóricamente. El quiebro de esta doctrina –recuerda este pronunciamiento– había llegado con la STS de 14 de marzo de 2003, núm. rec. donde se señaló que las actividades desarrolladas por los vigilantes forestales no son algo puntual sino que, por su ubicación geográfica y condiciones climáticas, son permanentes, sin perjuicio de que cada ejercicio la distinta magnitud del evento –cada campaña– pueda exigir reforzar la plantilla ordinaria si así se requiere. Algunos años después, el Tribunal Supremo sigue esta misma senda en la STS de 3 de febrero de 2010 y lo mismo se hace en la STS de 19 de enero de 2010.

El Fundamento Jurídico 2.º indaga en el motivo que se encuentra detrás de la necesidad –o la justificación de contratar– cada año, señalando que se trata de una necesidad de carácter intermitente o cíclico que se reitera en el tiempo, aunque en períodos limitados de tiempo. La necesidad de prevención y extinción de incendios responde, pues, a la cobertura de necesidades normales y permanentes de la entidad empleadora –la Comunidad de Madrid– dado que las campañas se reiteran anual y cíclicamente. Sentado lo anterior, a renglón seguido se descarta que pueda contratarse a este personal a través de un contrato eventual o de un contrato para obra o servicio determinado. No puede usarse un contrato eventual porque no aparecen necesidades extraordinarias por circunstancias de la producción temporalmente limitadas, y tampoco es correcto el contrato para obra o servicio determinado porque no hay limitación

de la obra o servicio sino repetición de tareas permanentes, tareas cuya ejecución solamente es precisa en determinados períodos.

A continuación se descarta que puedan desvirtuar el carácter permanente de la actividad las dos objeciones que sirvieron para fundamentar el Fallo del Tribunal que ahora se revoca: que existen eventuales limitaciones presupuestarias de los organismos competentes para desarrollar la actividad de prevención de incendios y que la planificación de la actividad cada año pueda sufrir variaciones. A juicio del Tribunal, las limitaciones del presupuesto son sólo un factor externo a las características del trabajo, que puede tenerse en cuenta a otros efectos –como muestra en artículo 52.e) ET– pero que no pueden alterar el tipo de contrato precedente; y además las divergencias en las planificaciones anuales en función de las características de cada temporada pueden provocar la aplicación de formas de contratación temporal extraordinario pero no justifican –por sí mismas– ese recurso al trabajo temporal cuando se trata de una necesidad reiterada que se pone de relieve en las sucesivas contrataciones de los trabajadores.

4. Evolución posterior

Uno de los problemas más relevantes para la corrección del uso irregular del contrato temporal es, precisamente su distinción respecto del fijo discontinuo. La asunción de una parte de la plantilla que se utiliza durante campañas como fija supone un hándicap para las mercantiles y ocurre también que determinados aspectos no pueden llegar a ser completamente controlables por los jueces. La adecuación de una plantilla de fijos discontinuos fija de magnitud suficiente para solventar las tareas consideradas normales y permanentes puede no tener números absolutos, lo que ayudaría a incrementar los temporales. Por este motivo debe reformularse y restringirse los temporales que trabajen en campañas: la campaña por sí misma no posibilita la contratación de temporales pero también es posible que campañas extraordinarias justifiquen un contrato temporal. En cualquier caso, el fijo discontinuo nace y no se hace –y no puede atribuirse ese carácter por mor de lo dispuesto en el convenio colectivo²– pero, una vez operada la reiteración de la contratación aparece el indicio del fraude y el fijo discontinuo que nunca lo fue posteriormente tiene posibilidad de ser reconocido como tal gracias al control judicial.

² Vid. STS (Sala de lo Social) de 13 de febrero de 2018 (rcud. 3825/2015).

IV. APUNTE FINAL

El pronunciamiento que comentamos es una muestra más de la necesidad de actuar judicialmente para corregir un uso perverso de una contratación temporal que ya era tóxica en 2010 y que sigue siéndolo en 2021. Una reforma legal en esta materia es, simplemente, deseable, como lo son pronunciamientos tan clarificadores como el que comentamos.

LA POSIBLE PROPORCIONALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD EN LAS PRESTACIONES POR CONTINGENCIAS PROFESIONALES POR FALTA DE COTIZACIÓN

JESÚS BARCELÓ FERNÁNDEZ

Técnico Superior de la Dirección General de la Inspección de Trabajo
de Cataluña. Profesor de la Universidad de Barcelona

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2005 (RCUD. 4263/2005) [ECLI: ES: TS:2007:3997]. Ponente: Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero. El Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete formula voto particular en el que disiente del parecer de la Sala.

II. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad del empresario en cuanto al pago de las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización, se encuentra regulada, en la actualidad, en el artículo 167 del TRLGSS¹ y en los artículos 94 a 97 de la LGSS de 1966² con valor reglamentario, en cuyo artículo 95.4 se previó que podría moderarse reglamentariamente la responsabilidad del empresario en los casos de descubierto en el pago de cotizaciones.

¹ 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. *BOE* núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

² Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social. *BOE* núm. 96, de 22 de abril de 1966.

La inexistencia de una norma reglamentaria que regule esta moderación se ha suplido por los criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo sobre la proporcionalidad que ponderan la gravedad del incumplimiento y su repercusión en la relación jurídica de protección, a efectos de la imputación de la responsabilidad al empresario y, una vez establecida la imputación, moderando el alcance de la responsabilidad en atención también a criterios de proporcionalidad, ponderando en cada caso cuál ha sido el perjuicio experimentado por el beneficiario³.

En el caso de las prestaciones por contingencias profesionales estas no requieren que el trabajador haya de reunir ningún período previo de cotización (art. 166.4 TRLGSS), por lo que en estos casos no puede aplicarse el criterio jurisprudencial de moderación del alcance de la prestación, lo que ocasiona que, si los descubiertos revelan una voluntad definitiva de incumplimiento, el empresario será siempre responsable de la totalidad de la prestación, con independencia de la magnitud de los descubiertos.

En el voto particular de la STS de 16 de mayo, como igualmente hiciera en la de 1 de febrero de 2000, se refleja la honestidad y determinación con la que el Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado ha venido defendiendo una solución equitativa y proporcionada a unas situaciones en que los déficits en la normativa provoca que, en unos casos se responsabilice al empresario a pagar una parte de la prestación y, en otros, con idénticos descubierto en el pago de las cotizaciones, se responsabilice a pagar la totalidad de la prestación solo por el hecho de que se trate de una prestación que no exige de un período de cotización previa⁴.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

La STS de 16 de mayo (rcud. 4263/2005), se pronuncia sobre un supuesto de responsabilidad empresarial en una pensión de incapacidad permanente total por un accidente de trabajo en el que consta que la empresa estuvo en situación

³ Este criterio de ponderación se instauró a partir de las STS de 8/5/1997 (rcud. 3824/1996), reiterada en la de 14/12/2004 (rcud. 5291/2003), en las que fue ponente el Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete.

⁴ Como señala SEMPERE NAVARRO, A. V., «ante el confuso panorama normativo es fácil de entender que los criterios jurisprudenciales no hayan sido ni del todo claros, ni uniformes, detectándose no pocas vacilaciones jurisprudenciales». La responsabilidad empresarial en contingencias profesionales tras la STS de 1 febrero 2000. Revista Doctrinal Aranzadi Social num. 4/2000. Editorial Aranzadi, S.A.U.

de descubierto en el pago de cotizaciones. La sentencia recurrida⁵ excluyó de responsabilidad a la empresa porque entendió que es una entidad deportiva con una gran antigüedad y solo consta que haya estado en descubierto dos años y medio y, además, después se puso al día en sus obligaciones de cotización.

La opinión mayoritaria que recoge la STS es la de considerar a la empresa responsable de la totalidad de la prestación, lo que se fundamenta en la doctrina sentada por la sentencia de 1 de febrero de 2000 (rcud. 694/1999) y seguida por numerosas sentencias posteriores, entre las que pueden citarse las de 17 (rcud. 1824/2000), 18 (rcud. 1567/2000) y 26 de septiembre de 2001 (rcud. 3099/2000), o 27 de mayo de 2004 (rcud. 2843/2003), entre otras.

No obstante, debido a que la prestación es por contingencia profesional, no se aplica el principio moderador de proporcionalidad para los casos de contingencias comunes, lo que supone responsabilizar a la empresa de la totalidad de la prestación, cuando en idéntica situación, si la contingencia fuera por contingencias comunes, solo sería responsable de la parte proporcional del descubierto.

El Magistrado Desdentado Bonete compartiendo las conclusiones de la sentencia respecto a la imputación de la responsabilidad de la empresa por la gravedad del incumplimiento, plantea voto particular en relación a la determinación del alcance de esta responsabilidad.

2. Responsabilidad empresarial por descubiertos en el pago de cotizaciones

La doctrina respecto a la responsabilidad empresarial por descubiertos en el pago de cotizaciones se concreta en la previsión del artículo 126 de la TRLGSS/94⁶ (actualmente, artículo 167 del TRLGSS) de que el incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva; y en el artículo 94.2.b) del Decreto 907/1966, de 21 de abril, norma reglamentaria que imputa la responsabilidad de las prestaciones al empresario por falta de ingreso de las cotizaciones, pero moderando tal responsabilidad en determinados supuestos y previendo la posibilidad de que la misma se produjera en

⁵ STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1.ª), núm. 700/2005 de 31 enero (rec. 1611/2004).

⁶ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

otros supuestos a determinar «reglamentariamente» (art. 95.4 D 907/1966), pero que aún no se ha aprobado, por lo que la Sala, supletoriamente, ha construido una doctrina que distingue, a los efectos de determinar la responsabilidad empresarial, entre descubiertos empresariales que pudieran ser considerados ocasionales o esporádicos y aquellos otros que por su trascendencia debieran de valorarse como rupturistas en cuanto aparecen como demostrativos de la intención empresarial de no cotizar⁷, lo que comporta la exoneración de responsabilidad al empresario en el primer caso y la responsabilidad del empresario en el segundo caso.

3. Principios de proporcionalidad y de ponderación

Uno de los principios del derecho de la responsabilidad por daños que la jurisprudencia tiene en cuenta para la atribución al empresario de la responsabilidad directa de prestaciones es el de proporcionalidad, que exige una mínima adecuación entre la gravedad del incumplimiento y el trascendental resultado de imputar a la empresa la responsabilidad en orden a las prestaciones, que comporta en algunos casos que el empresario sea exonerado de la misma, y en otros supuestos que la citada responsabilidad sea compartida con la entidad gestora⁸, aunque este reparto de responsabilidades no esté expresamente previsto en la legislación⁹.

Este criterio interpretativo quedó matizado en la STS de 8 de junio de 1997 (rcud. 3824/1996), de la que fue ponente el Magistrado Desdentado Bonete, conforme al cual debe de existir correlación entre el incumplimiento empresarial y su trascendencia, por lo que se debe ponderar en cada caso cuál ha sido el perjuicio experimentado por el beneficiario a causa de los incumplimientos empresariales e imputando a la empresa la responsabilidad con el alcance de los perjuicios causados en la prestación¹⁰.

Para defender esta solución introduce un nuevo argumento sobre criterios de legalidad constitucional al considerar que, puesto que el incumplimiento de

⁷ SSTS de 1 junio 1992 (rcud. 1302/1991) Ponente: Excmo. Sr. Juan García-Murga Vázquez; de 27 de febrero de 1996 (rcud. 1896/1995) Ponente: Excmo. Sr. Aurelio Desdentado Bonete.

⁸ SSTS de 31 mayo 1980. Ponente: Excmo. Sr. Eusebio Rams Catalán; de 20 julio 1995 (rcud. 3795/1994) Ponente: Excmo. Sr. Arturo Fernández López; STS de 27 de febrero de 1996 (rcud. 1896/1995) Ponente: Excmo. Sr. Aurelio Desdentado Bonete; de 25 enero 1999 (rcud. 500/1998) Ponente: Excmo. Sr. Antonio Martín Valverde.

⁹ STS de 23 de mayo de 1994 (rcud. 2482/1993) Ponente: Excmo. Sr. Pablo Manuel Cachón Villar.

¹⁰ SSTS de 28 septiembre 1994 (rcud. 2552/1993) Ponente: Excmo. Sr. Antonio Martín Valverde; de 20 julio 1995 (rcud. 2552/1993).

la obligación de cotizar no extingue las relaciones de Seguridad Social, sino que el impago de las cotizaciones constituye, por una parte, una infracción grave sancionable administrativamente, y da lugar al cobro de dichas cotizaciones por vía ejecutiva con abono de los recargos procedentes, para no vulnerar el principio constitucional del *non bis in idem* la responsabilidad empresarial en las prestaciones por falta de cotización tiene que vincularse a un incumplimiento con trascendencia en la relación jurídica de protección, de forma que la falta de cotización imputable al empresario impida la cobertura del período de cotización exigido, para así no sancionar dos veces la misma conducta y, añade, que la responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de cotización no puede interpretarse como una norma autónoma de carácter sancionador, sino como una disposición que establece una responsabilidad conectada causalmente con el perjuicio que el incumplimiento empresarial ha producido en el derecho del trabajador y que está obligado a reparar. Fuera de este supuesto el incumplimiento empresarial será objeto de sanción y de recaudación en vía ejecutiva de las cotizaciones adeudadas, pero no debe determinar un supuesto de responsabilidad.

No obstante, en la sentencia de 1 de febrero de 2000 (rcud. 694/1999), con argumentos un tanto ambiguos e insuficientes¹¹, se resuelve que la responsabilidad por descubiertos en el pago de cotizaciones, en orden a prestaciones por contingencias profesionales tiene un régimen jurídico distinto del de la responsabilidad por descubiertos respecto a las contingencias comunes, que se construyó pensando exclusivamente en prestaciones cuya obtención depende de la cobertura de un período de cotización, eximiendo de responsabilidad al empresario cuando existen cotizaciones suficientes para devengarla, como manifestación adecuada del principio de proporcionalidad. En las prestaciones que no dependen de un período de carencia, como son las derivadas de accidente de trabajo, la prueba del cumplimiento empresarial habrá que seguir determinándola con arreglo a la doctrina tradicional en relación con la responsabilidad empresarial por falta de cotización, en el sentido de distinguir según se trate de incumplimientos empresariales transitorios, ocasionales o involuntarios, o, por el contrario se trate de incumplimientos definitivos y voluntarios, rupturistas o expresivos de la voluntad empresarial de no cumplir con su obligación de cotizar.

¹¹ GALA DURÁN, C., «La problemática actual de la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones: perspectivas legal y jurisprudencial», *Temas Laborales*, núm. 66/2002, p. 408.

4. Voto particular

La discrepancia en el orden decisorio en el voto particular de la sentencia de 16 mayo 2007, algo más moderado¹² al de la sentencia de 1 febrero 2000, comienza cuando, aceptada la imputación de la responsabilidad de la empresa por la gravedad del incumplimiento, hay que determinar el alcance de esa responsabilidad.

La sentencia resuelve este problema señalando que, como ni en la instancia ni en suplicación ni en casación, se ha planteado de forma expresa el alcance de la responsabilidad no puede abordar esta cuestión, lo que no se comparte en este voto particular¹³ argumentándose que no es una cuestión nueva, sino que forma parte de una cuestión única más general, que es necesario dilucidar para dar una solución completa al caso.

Señala en el voto particular que la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones responde a una lógica que no es la propia de un sistema público de protección social, pero que tampoco se ajusta a la que sería procedente en una relación de aseguramiento privado. Esto lleva a la exoneración de la responsabilidad para la gestora o colaboradora, pero conservando su derecho a cobrar las primas con el correspondiente recargo y, además, desplegando todo el mecanismo sancionador administrativo por el incumplimiento empresarial, en cuyo caso, la responsabilidad del empresario únicamente puede entenderse en términos de sanción punitiva, susceptible de producir una concurrencia prohibida por el principio *non bis in idem*.

Advierte también que, si para determinar el alcance del incumplimiento no se tiene en cuenta la gravedad del incumplimiento, sino los factores aleatorios que determinan el cálculo de la prestación o del capital coste de la pensión, puede afectar al principio de proporcionalidad, de forma que un incumplimiento de menor gravedad puede ser objeto de una mayor responsabilidad si la prestación causada da lugar a un capital superior. Por tanto, señala que el régimen jurídico de la responsabilidad empresarial no puede justificarse a partir de una construcción contractual de la cobertura de la responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo, ni tampoco se atiene a los principios propios de un sistema público de Seguridad Social, lo que le lleva a cuestionar

¹² TORTUERO PLAZA, J. L., *et. al.*, *La construcción jurisprudencial de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la seguridad social* (Primer premio FIPROS 2011, REF. PF 2011/23. Orden TIN 73172011), p. 64.

¹³ Tampoco se comparte el criterio mayoritario de la Sala en el otro voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández, por considerarlo excesivamente garantista y ausencia de oportuno debate sobre la cuestión.

la constitucionalidad del régimen de responsabilidad empresarial, a pesar de que no ha sido aceptado por la jurisprudencia desde la STS de 1 de febrero de 2000 (rcud. 694/1999). No obstante, plantea una interpretación que permite lograr una cierta moderación en la aplicación del régimen vigente, aplicando criterios de proporcionalidad que ponderan la gravedad del incumplimiento y su repercusión en la relación jurídica de protección a efectos de la imputación de la responsabilidad al empresario y moderando el alcance de la responsabilidad en atención también a criterios de proporcionalidad.

Para determinar el alcance de la responsabilidad empresarial, aplicando también un criterio de proporcionalidad, propone ponderarlo en atención a la repercusión del incumplimiento empresarial en el período de cotización necesario para acceder a la prestación o en la cuantía de la misma¹⁴. Sin embargo, en el caso de la responsabilidad empresarial en los accidentes de trabajo esta conexión entre el incumplimiento empresarial y el derecho del beneficiario no se produce, pues no hay período de carencia y la cuantía de la prestación es independiente del período cotizado. Pero ante esta laguna propone aplicar también un criterio de proporcionalidad alternativo en las contingencias profesionales con la finalidad de evitar un injustificado tratamiento peyorativo para el empresario. Sugiere aplicar una fórmula ficticia que tenga en cuenta cuál hubiera sido la repercusión del incumplimiento de la empresa sobre el período de cotización necesario para causar derecho a la prestación reconocida si la contingencia determinante hubiera sido enfermedad común.

IV. APUNTE FINAL

El Magistrado Desdentado Bonete, respecto al caso de la responsabilidad empresarial en los accidentes de trabajo, ha analizado y abordado, en sus votos particulares y sentencias, con determinación y valentía una cuestión incompletamente resuelta y con graves insuficiencias, realizando una interpretación sistemática para evitar un tratamiento peyorativo. Sirva este comentario de homenaje a un hombre honesto.

¹⁴ STS de 16 de mayo de 2006 (rcud. 3995/2004), Ponente: Excmo. Sr. Aurelio Desdentado Bonete.

LÍMITES A LA LIBRE ELECCIÓN DE LOS ÁMBITOS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA POR LOS SUJETOS NEGOCIADORES

MARIO BARROS GARCÍA
Abogado. Uría Menéndez

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1993 (RCUD. 2724/1991) [ECLI: ES: TS:1993:6037].

II. INTRODUCCIÓN

El objeto del procedimiento que resuelve esta sentencia consiste en determinar si es legalmente aceptable definir un ámbito de negociación al que puede referirse la legitimación necesaria para negociar un convenio colectivo como el formado por las empresas integradas en una determinada asociación empresarial.

En esta sentencia, en la que se aprecia un marcado carácter didáctico, se exponen con total claridad y magistral concisión –podría decirse que se destilan– conceptos capitales en relación con la legitimación, la fijación de unidades de negociación y el ámbito de los convenios colectivos estatutarios que, casi tres décadas después, permanecen absolutamente vigentes.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

Los demandantes Federación de Fabricantes Vendedores de Pan de Barcelona y su provincia, Federación de Alimentación del Sindicato Comisiones Obreras de Cataluña y Federación de Alimentación de la Unión General de Trabajadores, al menos desde 1984, habían venido concertando sucesivos convenios colectivos. Su ámbito funcional quedaba fijado en los siguientes términos: «el presente Convenio regula las relaciones laborales de las empresas agrupadas en la Federación de Fabricantes Vendedores de Pan de Barcelona y su provincia, que representan a la mayoría de los empresarios del sector (art. 87 Ley 8/80, de 10 de marzo). En consecuencia será de aplicación en toda la provincia de Barcelona».

Tras diversas vicisitudes, el 24 de junio de 1991 se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona el convenio colectivo suscrito por la Associació de Forners y Pastissers Artesans de Cataluña y Unión Sindical Obrera (el «Convenio de AFOPAC»). Dicho convenio –se establecía– obligará a las empresas agrupadas en la Asociación de Forners y Pastissers Artesans de Cataluña que se hallen establecidas en la provincia de Barcelona y se dediquen indistintamente a la elaboración de fleca artesana, panadería, bollería, pastelería dulce y salada, repostería, confitería, bombonería, gelatería y degustación, quedando comprendidas en su ámbito las personas que ostenten la cualidad de trabajadores por cuenta de dichas empresas afectadas. Se dispone, asimismo, que «las normas contenidas en el presente convenio regularán las relaciones entre las empresas que lo suscriben y su personal, con carácter preferente y prioritario a otras disposiciones de carácter general. Con carácter supletorio, y en lo no previsto, se aplicará el Estatuto de los Trabajadores y demás disposiciones de carácter general».

Por otra parte, el 31 de julio de 1991 se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona el denominado «XIV Convenio Colectivo provincial para las industrias del pan», cuyo ámbito funcional comprende a «la totalidad de las empresas y de los trabajadores dedicados a la elaboración y venta de pan de la provincia de Barcelona».

La Federación de Fabricantes Vendedores de Pan de Barcelona y su provincia, la Federación de Alimentación del Sindicato de Comisiones Obreras de Cataluña y la Federación de Alimentación de la Unión General de Trabajadores interpusieron demanda ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la que solicitaban la declaración de nulidad del Convenio de AFOPAC.

La demanda fue desestimada por sentencia de 10 de octubre de 1991, que consideró que dicho convenio «afecta exclusivamente a las empresas agrupadas en la Associació de Forners i Pastissers Artesans de Catalunya (AFOPAC) ubicadas en la provincia de Barcelona y a las personas que ostenten la cualidad de trabajadores de dichas empresas, de tal modo que si su ámbito geográfico es efectivamente provincial, su ámbito funcional se limita a las empresas aglutinadas en dicha asociación patronal, y por ello los requisitos legales necesarios para negociar y suscribir tal convenio no pueden ser idénticos a los que se precisan para negociar y suscribir un convenio provincial aplicable funcionalmente a todas las empresas de una determinada actividad».

Contra esta sentencia se alzaron los demandantes en casación, si bien la Federación de Fabricantes Vendedores de Pan de Barcelona y su provincia desistió posteriormente de su recurso.

2. Relevancia del asunto

La sentencia comentada recuerda que la libertad de los sujetos negociadores de determinar la unidad de negociación no es absoluta e ilimitada, sino que queda sujeta a la disciplina de ciertos límites relacionados con la necesaria homogeneidad del centro de imputación normativo que constituye el ámbito del convenio, así como de la representatividad de las organizaciones que lo pactan.

En el motivo fundamental del recurso se alega la falta de legitimación de las organizaciones que pactaron el Convenio de AFOPAC, quienes, a juicio de los recurrentes, rompieron la unidad de negociación tradicional (el sector de panaderías dentro del ámbito territorial de Barcelona), que es la única que se considera válida como ámbito de negociación, creando en su lugar una unidad artificial, lo que, a juicio de los recurrentes, pone de relieve un uso fraudulento del derecho a la negociación colectiva.

3. Doctrina sentada

La sentencia aclara que, aunque se suscitó en instancia, en el recurso no se plantea el eventual problema de la concurrencia entre los convenios colectivos, por lo que el objeto del debate estriba en determinar si las organizaciones que han pactado el convenio colectivo impugnado han cumplido los requisitos que el Estatuto de los Trabajadores establece para la negociación de un conve-

nio de eficacia general, con independencia de que la intención de esas partes haya sido o no la de entrar en el ámbito de otro convenio colectivo.

En este sentido, la sentencia recuerda que el Título III del Estatuto de los Trabajadores contempla un tipo de convenio colectivo dotado de eficacia general, pero condiciona esa eficacia al cumplimiento de ciertos requisitos en relación con la representatividad de los sujetos negociadores, el procedimiento de negociación y la aprobación y publicación del convenio. La sentencia subraya la íntima y necesaria conexión que ha de existir entre la legitimación para negociar y el ámbito del convenio, sobre la que las partes tienen la capacidad de elección que establece el 83.1 del Estatuto de los Trabajadores, que no puede ser ejercitada de forma arbitraria, pues cumple una función en orden a la selección de los niveles de representatividad.

A partir de lo anterior, la sentencia concluye que el ámbito funcional establecido en el Convenio de AFOPAC no es un ámbito propio de un convenio estatutario. Se razona que, como se ha indicado, el artículo 83.1 del Estatuto de los Trabajadores consagra el principio de libertad de determinación del ámbito de aplicación de los convenios colectivos. Sin embargo, este principio no es absoluto, sino que está sometido a las limitaciones derivadas de la articulación que prevé el artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores y de las reglas imperativas sobre legitimación del artículo 87 del mismo texto legal.

Además, existe otra limitación que deriva de la necesidad de que el ámbito de un convenio colectivo de eficacia general se defina de acuerdo con criterios objetivos que permitan establecer con claridad y estabilidad el conjunto de las relaciones laborales reguladas por él y su correspondencia con los niveles de representatividad exigidos. Así, las partes, dentro de los límites de su legitimación, podrán optar por un ámbito empresarial o inferior o por un ámbito supraempresarial, considerando a estos efectos la actividad desarrollada por las empresas o el oficio o categoría del trabajador, y, en este sentido, si se opta por la actividad de las empresas, el ámbito funcional podrá ser de rama, de sector, de subsector o de un grupo de empresas definido por determinadas características comunes que afecten a su actividad. Pero lo que no cabe –continúa razonando la sentencia– es que un dato puramente subjetivo, como es la afiliación del empresario a una determinada organización empresarial, se convierta en criterio definitorio del ámbito funcional del convenio, cuya determinación exige el artículo 85.2.b) del Estatuto de los Trabajadores, pues en tal caso no se identifica directamente una actividad o cometido para delimitar de una forma objetiva la aplicación del convenio. Por el contrario, se introduce un elemento contingente que priva al convenio de la necesaria determinación de su campo de aplicación, pues el dato de la afiliación a una organización empre-

sarial no es un dato público y se trata, incluso, de una circunstancia variable en atención al carácter voluntario de las decisiones sobre la afiliación. Este criterio entra, además, en contradicción con la propia noción de convenio estatutario como convenio de eficacia general, pues éste surge de la correspondencia entre los niveles de representatividad (empresarial y sindical) y los ámbitos de negociación, mientras que un convenio que define su ámbito en función a la afiliación a una asociación empresarial se convierte previamente y por esta misma opción en un convenio de eficacia limitada por parte empresarial, aunque con una pretendida eficacia general para los trabajadores, con lo que se priva de sentido a las reglas sobre los niveles de representatividad de las organizaciones empresariales.

Por todo ello, como se anticipó, la sentencia concluye que el Convenio de AFOPAC no han respetado las exigencias objetivas de legitimación que establece el Estatuto de los Trabajadores por lo que se declara la nulidad de dicho convenio como convenio de eficacia general sin perjuicio de que las partes puedan configurarlo como convenio de eficacia limitada.

IV. APUNTE FINAL

En la sentencia a la que se refiere esta breve reseña se reflexiona en torno a algunos de los límites a los que se halla sujeta la libertad de elección por las partes de los ámbitos de negociación.

Así, en primer lugar, se sienta el principio de que las unidades de negociación han de ser razonables y apropiadas. Se trata de un requisito que ha sido formulado en sentencias posteriores como una exigencia de «objetividad y estabilidad» en la definición de la unidad de negociación, ya que esta debe «construirse a partir de criterios de cierta homogeneidad que permitan establecer una regulación uniforme de condiciones de trabajo», por lo que se ha de tratar de «actividades productivas afines» (SSTS de 19 de diciembre de 1995, ECLI: ES: TS:1995:7592; 28 de octubre de 1996 ECLI: ES: TS:1996:5900; 18 de diciembre de 2002, ECLI: ES: TS:2002:8596; 27 de abril de 2017, ECLI: ES: TS:2017:2233; 19 de julio de 2018, ECLI: ES: TS:2018:3297, entre otras muchas).

Del mismo modo, la sentencia contiene una formulación del principio de correspondencia, entendido como «la correspondencia entre los niveles de representatividad (empresarial y sindical) y los ámbitos de negociación», que se erige en el concepto vertebrador de la relación entre los sujetos negociadores y la unidad de negociación en la que actúan.

EL PERMISO POR TRASLADO DEL DOMICILIO SE RECONOCE AL TRABAJADOR, NO A SUS MUEBLES

MIGUEL BASTERRA HERNÁNDEZ
Profesor Contratado Doctor de la Universidad de Alicante

I. SENTENCIA COMENTADA

Sentencia de la Social del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1992 (RCUD. 1755/1991) [ECLI: ES: TS:1992:3627].

II. INTRODUCCIÓN

La Sentencia presentada vino a resolver un conflicto colectivo planteado en el seno de Telefónica a raíz del alcance y concreción de una serie de permisos retribuidos, allá por el inicio de los años noventa. Pero lo cierto es que, pese la *senectud* del fallo, la sabiduría esgrimida en sus argumentos hace que su eficacia interpretativa y aplicativa se mantenga todavía vigente. Así pude contrastarlo durante el desarrollo de mi tesis doctoral, que me brindó la ocasión de acercarme, en este punto, al legado del Maestro Desdentado. Lo cual hace que sea esta, para mí, una sentencia especialmente adecuada y emotiva para esta obra de homenaje.

III. COMENTARIO

1. El derecho a los permisos retribuidos

Como se sabe, los –así denominados– *permisos retribuidos* constituyen una de las instituciones que más gráficamente encarnan los principios y valo-

res propios del derecho del trabajo, por cuanto distintas necesidades, personales, familiares o cívicas, especialmente relevantes a juicio del legislador, permiten que el trabajador se ausente de su trabajo durante breves períodos de tiempo sin que ello suponga, en cambio, una merma proporcional de su salario. Y, así, es el principio *favor laboratoris* el que determina tan singular ruptura del sinalagma contractual clásico, en el sentido de que esa dispensa en la prestación de servicios del trabajador no impedirá que el empresario mantenga inalterada su obligación retributiva¹.

Por lo que se refiere a su marco normativo, la fuente de regulación principal de estos permisos es el propio ET; especialmente en su artículo 37.3, aunque también en otros, como el 23.1 (permiso para concurrir a exámenes). Cabe partir de la base de que estos preceptos ostentan un carácter de *derecho necesario relativo*, lo que compromete tanto la esfera de negociación colectiva como la individual². La cuestión es que la tipología, diversa y variada, que presentan esas necesidades vitales del trabajador que se pretenden proteger a través de estos permisos, así como la casi inabarcable casuística de las situaciones que se pueden desencadenar en torno a su disfrute, obligan a una minuciosa tarea de desarrollo y concreción, sobre todo, en el seno de la negociación colectiva. Lo cual, a su vez, genera importantes problemas interpretativos y aplicativos, como todavía encontramos hoy, más de cuarenta años después de la entrada en vigor de nuestro Estatuto de los Trabajadores³.

Pues bien, este es el complejo escenario sobre el que vino a recaer la célebre STS de 7 de mayo de 1992 (Rec. 1755/1991), cuyos ecos todavía resuenan en la práctica actual.

2. Los antecedentes de hecho

UGT promovió conflicto colectivo frente a Telefónica de España S.A. con relación a una circular de la empresa en que se realizaban una serie de concreciones, matizaciones y restricciones en la concesión y disfrute de cier-

¹ ALARCÓN CARACUEL, M. R., «La jornada ordinaria de trabajo y su distribución», en *Tiempo de trabajo*, Coord. Joaquín Aparicio Tovar y Juan López Gandía, Albacete (Bomarzo), 2007, p. 53.

² Ahora bien, también se plantea la posibilidad de que el convenio colectivo pudiera establecer permisos en algún caso menos favorables que los garantizados por el ET, pero siempre que, en su conjunto y cómputo anual, dicha normativa resultase más favorable para los trabajadores: CABEZA PEREIRO, J., «Descanso semanal, fiestas, permisos y reducción de jornada por lactancia y guarda legal», en *REDT*, núm. 100, 2000, p. 794.

³ Así lo atestiguan, por ejemplo, las recientes y muy relevantes STJUE de 4 de junio de 2020 (C-588/18) y las SSTS de 11 de marzo de 2020 (Rec. 188/2018), de 17 de marzo de 2020 (Rec. 193/2018).

tos permisos retribuidos; lo que, a juicio de la demandante, suponía la infracción tanto de la denominada *Normativa Laboral* de Telefónica (un texto refundido de los convenios anteriores con ciertos elementos aún vigentes) como del propio ET. Sin embargo, la Audiencia Nacional, que conoce del asunto en la instancia, desestima la demanda; lo que lleva a la parte actora a plantear, entonces, recurso de casación frente al TS, sobre el cual recae la sentencia aquí examinada y cuya ponencia corrió a cargo de D. Aurelio Desdentado Bonete.

3. El valor jurídico de los textos refundidos a cargo de la comisión paritaria

Con relación a los distintos motivos del conflicto que se planteaban en el fondo del asunto, la AN entendió, en primer término, que la consabida circular de Telefónica no incurrió en incumplimiento alguno de la *Normativa Laboral* en aquel punto en que limitaba los días del permiso por enfermedad grave de parientes al albur de la valoración que hiciese del caso el servicio médico de la propia empresa y excluía determinadas enfermedades infantiles. Dictamen que, a juicio de la ahora recurrente ante el Supremo, *infringió las normas del ordenamiento jurídico*⁴, concretamente la precitada *Normativa Laboral*, el artículo 37.1 de la CE y los arts. 3.1.b), 82.3 y 86.3 del ET.

La cuestión es que ya la STS de 27/11/1991 (Rec. 547/1991), identificó que la –así llamada– *Normativa Laboral* de aplicación en la empresa no pasaba de ser un mero texto refundido de convenios anteriores con distintos contenidos todavía vigentes, tarea que corrió a cargo de la comisión paritaria. Y, ya en palabras del Profesor Desdentado, dicha *Normativa Laboral* «aprobada por un órgano que limita sus atribuciones a la administración del convenio e integrada en un texto no acordado por el procedimiento previsto en el Estatuto de los Trabajadores y que no ha sido objeto de publicación oficial, carece de valor propiamente normativo, teniendo solo una eficacia accesoria o puramente instrumental, en su caso, como sistematización o aclaración del conjunto de las regulaciones sectoriales vigentes en la empresa». Así, prosigue el Magistrado, tal *Normativa Laboral* se sustrae al control de legalidad del artículo 90.5 del ET y tampoco cumple el requisito de la publicación ex artículo 90.3; todo lo cual determina que el precitado texto, de difuso origen convencional, carezca de eficacia normativa de carácter general. De este modo, al no formar parte del ordenamiento jurídico, la denuncia del desconocimiento de la citada *Normativa Laboral* de Telefónica no puede fundar un motivo de casación; y más

⁴ A la luz del artículo 204.e) de la LPL [hoy sería ya el 207.e) de la LJS].

allá de ese texto únicamente se mencionan una serie de preceptos generales sobre la eficacia del convenio colectivo —eficacia que, como se ha visto, no tiene la *Normativa* mencionada. Y esa es la razón que conduce, necesariamente, a la desestimación de este motivo de recurso.

4. Los exámenes voluntarios en día festivo

Por otra parte, Telefónica venía convocando, de forma periódica, exámenes —siempre voluntarios— de ingreso y ascenso, para los cuales abonaba a sus empleados una serie de dietas; pero no les concedía descanso compensatorio cuando la fecha de examen recaía en un día de libranza, tal y como exponía la empresa en la consabida circular. Dicha práctica fue combatida por UGT, en primer término, ante la AN, bajo la argumentación de que habían sido lesionados distintos artículos de la *Normativa Laboral*, así como el artículo 35.1 del ET y el artículo 47 del RD 2001/1983; toda vez que, a su juicio, cuando la realización del examen o el viaje que fuera necesario coincidiese con festivo o día de descanso semanal, habrían de abonarse las horas dedicadas al examen y el regreso al punto de origen con un incremento del 75%, o bien un tiempo equivalente de descanso retribuido. No obstante, al ser desestimada su demanda, la sindical recurrió entonces en casación.

Pues bien, a diferencia de lo que sucedía con el anterior motivo de recurso, aquí sí se alega la infracción de normas encuadradas en el ordenamiento jurídico (ET y RD 2001/1983), lo cual permite al TS abordar el fondo del asunto. La cuestión es que, en contra de lo pretendido por la recurrente, la Sala IV del TS asume los argumentos del Magistrado Desdentado, conducentes a la desestimación del recurso en este punto. Porque, como bien señala D. Aurelio Desdentado, la respuesta judicial en un conflicto jurídico no pasa por proporcionar la solución que pudiera estimarse idealmente como la más adecuada, sino la que se deriva de la normativa aplicable. Y lo cierto es que «el tiempo dedicado a un examen convocado por la empresa, cuando su aceptación es voluntaria para el trabajador y se realiza fuera de la jornada de trabajo, no puede calificarse como tiempo de trabajo, ni está expresamente asimilado a éste, aunque la participación en el examen o el tiempo de desplazamiento necesario para ello den lugar a permiso retribuido cuando coinciden con la jornada de trabajo»; lo cual determina, a su vez, que el tiempo dedicado a tales actividades quede extramuros tanto del artículo 35.1 del ET como del 47 del RD 2001/1983. De este modo, no se produjo, a este respecto, *infracción alguna de las normas del ordenamiento jurídico*.

5. El cambio de domicilio sin traslado de muebles

Y queda para el final de este breve comentario el análisis del motivo de recurso sobre el que, a mi juicio, más y mejor nos ilustró D. Aurelio Desdentado en esta Sentencia. Resulta que, junto a algunas otras precisiones y matizaciones, como las recién referidas, aquella circular de la empresa Telefónica condicionaba el permiso retribuido por traslado del domicilio habitual a que dicho cambio de domicilio implicase necesariamente el traslado de los muebles del hogar. No obstante, el Profesor Desdentado explica las razones que, finalmente, llevarían al TS a acoger este motivo de recurso por infracción del artículo 37.3.c) del Estatuto de los Trabajadores; y lo hace en unas palabras que, por su alto valor jurídico y pedagógico han de reproducirse aquí en sus términos literales:

«Este requisito –la exigencia de que también se trasladasen los muebles– no está autorizado por la norma, ni constituye un complemento o condición indispensable para su aplicación. Tampoco puede entenderse implícito en la regulación legal. Es notoria la posibilidad de cambios de domicilio sin traslado de muebles y esta circunstancia ni se ha tenido en cuenta por el Estatuto de los Trabajadores para vincular a su concurrencia la concesión del permiso, ni priva a éste de su finalidad, pues, aunque no exista tal traslado, el cambio de domicilio es susceptible por sí mismo de determinar la necesidad de disponer de un tiempo libre adicional para la realización de determinadas gestiones relacionadas con dicho cambio. Y, por otra parte, es también notorio que el traslado de domicilio puede justificarse por diversos medios sin que sea necesario para ello que tenga lugar un traslado de muebles.»

Motivos que, desde luego, no pueden sino conducir a la conclusión de que el permiso por traslado del domicilio habitual reconocido en el artículo 37.3 del ET tiene un alcance y recorridos del todo incondicionados al eventual traslado de los muebles u otros enseres del hogar de análogas características (como podrían ser los electrodomésticos), en lo que de forma coloquial referimos como la «mudanza».

IV. APUNTE FINAL

Así pues, este breve comentario aspira a ilustrar, a través de uno de tantos ejemplos, la calidad y trascendencia de la obra jurídica de D. Aurelio Desdentado Bonete, aquí en su faceta de Magistrado y a la sazón ponente de aque-

lla STS de 7 de mayo de 1992. En la que se exhibe un análisis holístico de las complejas piezas que se engranan en el Derecho del trabajo.

Porque, en efecto, se ofrece un análisis de fondo de la prelación jerárquica de las fuentes del Derecho del Trabajo, con especial atención a la tipología jurídica de los textos emanados directamente de la comisión paritaria; se reflexiona acerca del alcance práctico del permiso para la realización de exámenes y sus circunstancias aledañas; y, sobre todo, se desciende hasta la esencia socio-jurídica del permiso por traslado de domicilio habitual para, así, ofrecer la solución interpretativa adecuada.

Y todo ello, en fin, con tal grado de rigor jurídico que, pese a los casi treinta años de antigüedad de la Sentencia, su doctrina guía, hoy todavía, la práctica jurídica en este punto.

INDEFINIDOS NO FIJOS: EL ÚLTIMO EPISODIO DE SU CONFIGURACIÓN FUNDACIONAL (RECIENTEMENTE REVITALIZADO)

IGNASI BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ
Profesor Agregado y TU Acreditado.
Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 22 de julio de 2013 (RCUD 1380/2012) [ECLI: ES: TS:2013:5057]. Voto Particular formulado por el Magistrado Jordi Agustí Julià, al que se adhieren los magistrados Fernando Salinas Molina, María Luisa Segoviano Astaburuaga, Rosa María Viroles Piñol, María Lourdes Arastey Sahun y Manuel Ramón Alarcón Caracuel.

II. INTRODUCCIÓN

La configuración de la figura del personal indefinido no fijo (INF) anida, originalmente, la confrontación entre la respuesta a la temporalidad ilícita en el sector público (y la declaración de «fijeza» o relación «indefinida» ex artículo 15.3 ET) y la relevancia constitucional de los principios de acceso al

empleo público («no fijos»). Y, parafraseando a Aurelio Desdentado Bonete¹, la solución a esta tensión, «aparentemente insoluble», se ha articulado a través de una compleja combinación: un juego de «palabras embrujadas» y un frágil equilibrio, «pues las dos normas en conflicto se atemperan».

Calificados como contratos sometidos a condición resolutoria desde 2002 (y, por ende, susceptibles de «amortización simple» y cobertura reglamentaria de la plaza y, en ambos casos, desprovistos de cualquier compensación económica), la STS de 22 de julio de 2013, dictada en Pleno (pero con un Voto Particular que cuenta con un numeroso apoyo) es el último testimonio de esta conceptualización «fundacional».

Siendo ponente Aurelio Desdentado Bonete, la fundamentación de esta resolución «arrastra» el acervo doctrinal precedente (acumulado durante así dos décadas) y, de forma novedosa, sostiene su alineamiento con los requerimientos de la Cláusula 5.ª de la Directiva 1999/70.

A partir de 2013, la figura entrará en una espiral de inestabilidad hermenéutica (en parte, alimentada por la propia evolución de la doctrina comunitaria), todavía no superada.

Aunque es obvio que algunos elementos del fundamento teórico de esta resolución han quedado doctrinalmente superados (él mismo, posteriormente, admitirá que el giro jurisprudencial en 2014 «debe considerarse acertado»²), persiste la validez de importantes elementos clave de la argumentación. Lo que, sin duda, acrecienta el valor de esta doctrina.

III. COMENTARIO DE LA STS DE 22 DE JULIO DE 2013

La STS de 22 de julio de 2013, relativa al cese por desaparición del puesto de trabajo de una trabajadora INF del SERMAS (y que ha sido declarado como despido nulo en suplicación), ratifica la sujeción de esta figura a una condición resolutoria *ex* artículo 49.1.b) ET y mantiene que la diferencia con los interinos por vacante no radica «en la extinción del contrato, sino durante “la vigencia y desarrollo” del mismo». No obstante, dando respuesta a los aspectos deliberados en la propia Sala IV (y que se recogen en el VP), se añaden

¹ DESDENTADO BONETE, Aurelio, (2018), «Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?», *Revista Información Laboral*, núm. 10.

² DESDENTADO BONETE (2018), «Los indefinidos no fijos...», *op. cit.*

algunas consideraciones que merece recordar. En concreto, entiende que la inclusión de los trabajadores «indefinidos» en el EBEP (arts. 8 y 11):

1.º no ha desaparecido la figura de INF para transformarse en «indefinido» sin más;

2.º el INF sigue caracterizándose por ser consecuencia de una declaración derivada de irregularidades producidas en una previa contratación temporal y sigue cesando por cobertura de la vacante;

3.ª las Administraciones Públicas no pueden contratar directamente trabajadores indefinidos, salvo en el caso de los profesores de religión;

4.º los trabajadores contratados a través de los sistemas legales de selección son trabajadores fijos (art. 61.7 EBEP).

Por otra parte, tras confirmar la alineación de esta doctrina con el contenido de la DA 15.1 ET, la sentencia también niega la posibilidad de aplicar a las «amortizaciones simples» de INF la Directiva 1999/70 y, en concreto, las cláusulas 4.ª (no discriminación) y 5.ª (no uso abusivo), entre otros motivos, porque, en relación a la primera, entiende que la indemnización por extinción del contrato de trabajo no puede ser calificada como una «condición de trabajo», sobre la que pueda exigirse igual trato entre indefinidos y temporales (sino que se trata de una «condición de empleo»)³. No obstante, no se opone a la extensión de la indemnización del artículo 49.1.c ET a los supuestos de ineficacia contractual del artículo 49.1.b ET (extensible por vía de la interpretación analógica). Aunque la acaba rechazando porque no ha sido solicitada.

Y, en relación a la cláusula 5.ª de la citada Directiva, el TS sostiene que el marco normativo interno ya prevé medidas eficaces contra el abuso en el marco de los INF⁴. De hecho, afirma que «el contrato indefinido no fijo es precisamente la medida que sanciona el uso abusivo de la contratación tempo-

³ En concreto, en relación a la cláusula 4 de la Directiva 1999/70 afirma: «esta cláusula se refiere a las condiciones de trabajo, entendiendo por tales las vigentes durante la relación laboral. No se extiende a las condiciones relativas a la extinción del contrato de trabajo (condiciones de empleo), que naturalmente han de ser distintas para los contratos de duración determinada de las que rigen para los contratos fijos. Si no fuera así, sería obvio también que la diferencia a efectos de extinción del contrato de duración determinada y un contrato indefinido responde a razones objetivas. Por ello, no puede compararse el régimen indemnizatorio aplicable a los despidos económicos con el que se establece para las extinciones por cumplimiento del término o de la condición resolutoria».

⁴ «Aunque se admitiera que el contrato indefinido no fijo es un caso de utilización sucesiva de contratos de duración determinada, que no lo es, se aplicarían no una, sino las tres garantías de la cláusula, ya que: 1.ª hay una razón objetiva para la aplicación de esta modalidad contractual como de duración determinada: la garantía del acceso al empleo público en condiciones de igualdad, mérito, capacidad y publicidad; 2.ª hay una duración máxima que depende de la convocatoria de la vacante y que el trabajador contratado puede activar y 3.ª se excluye la sucesión, porque no hay renovaciones del contrato.

ral en las Administraciones públicas, poniendo fin a la sucesión de contratos temporales mediante la consolidación estable de una situación, que solo terminará con la cobertura o la amortización de la vacante, frente a las que puede reaccionar el trabajador en los términos examinados».

IV. APUNTE FINAL. INDEFINIDOS NO FIJOS: UNA HISTORIA (TODAVÍA) INTERMINABLE

La doctrina de la STS de 22 de julio de 2013 virará totalmente en junio y julio de 2014 (como saben, se calificará a los INF como contratos sometidos a un término y, a partir de entonces, se reconducirá la «amortización» a los supuestos resolutorios *ex* artículos 51 y 52.c ET y se les acabará reconociendo una indemnización en caso de cobertura reglamentaria de la plaza – en un primer momento, incluso, de oficio).

Como se ha avanzado, Aurelio Desdentado⁵, con posterioridad, aceptará la necesidad de este cambio de criterio, aunque también cuestionará que el INF «esté cumpliendo la función para la que fue establecida». En efecto, la finalidad de esta figura «era contribuir a preservar, desde el ámbito laboral, el modelo constitucional de la función pública; un modelo profesional y estatutario, en el que las garantías de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público desempeñan un papel central para preservar la imparcialidad y la eficacia, evitando los males endémicos tradicionales del *spoils system*, la desprofesionalización y el clientelismo en sus diversas formas». Teniendo en cuenta lo anterior, concluirá que la figura del INF «no sirve» (padece «una crisis que afecta a los fines que debía cumplir la institución de acuerdo con su doctrina fundacional»). Especialmente porque «el sistema quiebra desde el momento en que la Administración no procede en un tiempo razonable a proveer la plaza y los afectados no reaccionan frente a esta situación, quizá para evitar la competencia en un sistema abierto de ingreso y esperando lograr una vía de entrada menos problemática a través de las consolidaciones». Y, por este motivo, llegará a reclamar «otra fórmula», «para evitar que la captura [del empleo] por la vía de la temporalidad pueda poner en cuestión los principios constitucionales de acceso al empleo público».

Es claro que la figura del INF se encuentra, hoy por hoy, en una encrucijada y debe ser revisada. No obstante, la perspectiva privilegiada que otorga el paso del tiempo permite constatar que la fundamentación de la STS de 22 de

⁵ DESDENTADO BONETE (2018), «Los indefinidos no fijos...», *op. cit.*

julio de 2013 atesora una revitalizada vigencia a la luz de los últimos pronunciamientos del TJUE (al cierre de este breve ensayo, de forma signficada, el asunto *IMIDRA*—sentencia 3 de junio 2021, C-726/19).

Es cierto que la objeción respecto a la aplicabilidad de la cláusula 4.^a (a partir de la idea de que indemnización no puede ser calificada como una «condición de trabajo») quedará superada de forma explícita a partir de la STJUE de 14 de septiembre 2014 (C-596/14), de *Diego Porras I*.

No obstante, otros importantes elementos de la fundamentación se han visto confirmados (en momentos temporales diferenciados). Así, en primer lugar, como se ha apuntado, el reconocimiento de una indemnización en los casos de cobertura reglamentaria de plaza quedará, inicialmente, ratificada e, incluso, posteriormente ampliada (aunque, a mi entender, insuficientemente para los casos de abuso). Y, en relación a la calificación de INF como respuesta al abuso, esta solución acaba de ser confirmada como una «medida equivalente» por el propio TJUE en el asunto *IMIDRA* (a pesar de lo sostenido en el asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*). Criterio que, para ser coherente, debería complementarse con la sujeción de los procesos selectivos que toda declaración de INF lleva aparejada a un término cierto o fijo (del mismo modo que para los interinos por vacante). Lo que permitiría, precisamente, superar las carencias denunciadas por el propio Aurelio Desdentado.

Finalmente, la creciente «plasticidad» que la doctrina jurisprudencial ha atribuido a la figura (en aras a adaptar la solución particular a la naturaleza del conflicto en liza) ha evidenciado la tensión a las que está actualmente sometida desde un punto de vista dogmático. Y la paralela volatilidad interpretativa que ha experimentado su naturaleza jurídica de los últimos años creo que ha contribuido a revalorizar la necesidad de retornar a su configuración original. Aunque la Directiva 1999/70 sea binaria (temporal/indefinido—sin espacio para la condición resolutoria), es controvertido que, a nivel interno, pueda seguir manteniéndose que los INF son contratos sometidos a un término. En especial, porque no acaban de encajar en este molde conceptual (y tampoco cabe asimilarlos plenamente a los fijos). Como apuntó el propio Aurelio Desdentado (crítico con el cambio de doctrina de junio/julio de 2014)⁶, «el contrato del indefinido no fijo tiene, por definición, una duración limitada como consecuencia del juego de una condición resolutoria, ya que, como sabemos, la Administración debe dotar la plaza y proceder a ofertarla, convocarla y cubrirla». También pienso que, en aras a liberar la tensión a la que está sometida esta «resbaladiza» figura, debería volverse a esta conceputación condicional (sin renunciar

⁶ DESDENTADO BONETE (2018), «Los indefinidos no fijos...», *op. cit.*

al acervo jurisprudencial ya existente y asumiendo el carácter dicotómico –y limitado– de la «capa» comunitaria).

El legado que Aurelio Desdentado Bonete nos deja es inmenso y, como en este caso, es probable que futuras relecturas de sus ensayos y resoluciones nos desvelen nuevos y superiores estadios de profundidad y riqueza analítica que su extensa doctrina hoy ya atesora.

Puedo decir que ha sido un privilegio ser coetáneo a su obra, erigiéndose en una fuente referencial y de inspiración intelectual. Y, en el trato personal, aunque lamentablemente fue escaso (en un Seminario sobre blogs iuslaboralistas de la Univeridad Carlos III), conservo vívido el recuerdo de aquel cálido y único encuentro (envuelto en una natural «familiaridad», como si ya nos hubiéramos conocido con anterioridad), y de su cercanía y profunda humanidad.

Muchas gracias, por tanto.

LA IRRELEVANCIA DE LA VENTA DE PARTICIPACIONES SOCIALES COMO SUPUESTO DE TRANSMISIÓN DE EMPRESAS Y COMO ELEMENTO PARA EL LEVANTAMIENTO DEL VELO

CAROLINA BLASCO JOVER
Profesora Titular de la Universidad de Alicante

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2012 (RCUD 3754/2011) [ECLI: ES: TS:2012:9151].

II. INTRODUCCIÓN

El fenómeno sucesorio siempre ha sido considerado en el ámbito laboral un tema con muchas aristas, muy complejo de delimitar y precisar habida cuenta de la profusa casuística existente. No obstante, es innegable la importancia de una disposición como la del artículo 44 ET a la hora de establecer un marco jurídico de protección para los derechos de los trabajadores afectados por una transmisión empresarial, más si cabe en una época como la actual preñada de innumerables procesos de concentración empresarial, de venta de unidades productivas (algunas de ellas incluso en situación concursal), de fenómenos de descentralización productiva o de creación de grupos de empresas o de empresas en red que pueden tensionar, en mayor o menor medida, los derechos de los trabajadores. Disposiciones como la comentada aquí han contribuido a arrojar luz sobre el texto del artículo 44 ET, un precepto tal vez muy claro sobre el papel, pero que precisa –

aun hoy— de una intensa labor de interpretación judicial para determinar si nos encontramos o no, atendiendo a las circunstancias que se planteen, ante un supuesto de sucesión empresarial. La respuesta que se ofrezca, evidentemente, tendrá su repercusión en la práctica, pues, de entender que acontece el fenómeno sucesorio, se desplegarán todas las garantías que en el precepto estatutario se contemplan, señaladamente, el juego de responsabilidades entre cedente y cesionario y las obligaciones informativas hacia los trabajadores y sus representantes.

A estos efectos, importante es determinar si se produce, como indica el precepto estatutario, en sus números uno y dos, el cambio de titularidad de la entidad económica de que se trate, siempre que ésta, entendida como un «conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria», mantenga su identidad. Requisito este último, por cierto, que se desprende, en particular, de la circunstancia de que el objeto transmitido continúe efectivamente su explotación o de que ésta se reanude¹ y de que exista un vínculo funcional de interdependencia y de complementariedad entre los diversos factores de producción. Más allá de esto, la STJUE de 6 de marzo de 2014, *Amatori*², incluso se ha planteado el interrogante acerca de si la unidad económica de que se trate debe gozar, con anterioridad a la transmisión en particular, de una autonomía funcional suficiente, refiriéndose el concepto de autonomía a «las facultades, conferidas a los responsables del grupo de trabajadores afectados, de organizar de manera relativamente libre e independiente el trabajo dentro del referido grupo, y más concretamente de dar órdenes e instrucciones y distribuir tareas entre los trabajadores subordinados pertenecientes al grupo en cuestión, ello sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario». Pues bien, al respecto, señala la sentencia que, en el caso de que «la unidad transferida no dispusiera, con anterioridad a la transmisión, de una autonomía funcional suficiente, tal transmisión no estaría comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE». La interpretación, que se alinea, por cierto, con lo querido por el legislador español³, no deja margen a la incertidumbre, de-

¹ Recientemente, se ha matizado que el fenómeno sucesorio y, en concreto, la Directiva 2001/23/CE debe interpretarse en el sentido de que se aplica a la transmisión de una unidad de producción cuando el cedente, el cesionario o ambos conjuntamente actúan con vistas a que el cesionario continúe con la actividad económica ejercida por el cedente, pero también a la posterior desaparición del propio cesionario en el marco de una liquidación. Sobre ello, STJUE de 13 de junio de 2019, *Ellinika Nafpigeia AE*, asunto C-664/17.

² Aplicando esta doctrina en el ámbito nacional, SAN (Sala de lo Social) de 27 de febrero de 2015 (Proc. 303/2014).

³ Si, para el artículo 44.2 ET, la entidad debe «mantener su identidad», ello quiere decir que la misma debe preexistir al acto de sucesión.

biendo entenderse que no basta con que el conjunto de elementos humanos y/o materiales transmitidos sean aptos para funcionar de modo independiente; cuando se ceden ya deben estar funcionando de tal forma y, si no es así, el trasvase de trabajadores de una empresa a otra o de una parte de la empresa a otra requeriría de su consentimiento. La salvedad podría introducirla, esto no obstante, la norma nacional, que, con el objeto de salvaguardar los derechos de los trabajadores en más supuestos, podría considerar ampliar la protección a aquellas situaciones en las que la parte de la empresa que se trasmite no constituya «una unidad económica funcionalmente autónoma preexistente a su transmisión».

Ahora bien, con ser especialmente relevante cuál sea el objeto de la transmisión, también lo es el hecho de que el negocio jurídico realizado entre cedente y cesionario debe ser capaz de traspasar la titularidad del objeto de la transmisión de uno a otro. De este modo, son muchas las operaciones que pueden acometerse para vehiculizar el fenómeno sucesorio. Así, compraventas, fusiones, absorciones, segregaciones, escisiones, arrendamientos de industria, daciones en pago, venta o adquisición de una unidad de negocio en el marco de un expediente concursal, transmisiones *mortis causa*, etc. La cuestión estriba ahora en determinar si la venta de participaciones sociales puede ser o no un supuesto de negocio jurídico traslativo.

III. COMENTARIO

1. Las preguntas sobre las que entra a resolver el Tribunal

Ante una transmisión de participaciones sociales de una sociedad de responsabilidad limitada, se plantean ante el Tribunal Supremo varias cuestiones, en concreto, cuatro, aunque solo son objeto de resolución dos de ellas por existir identidad entre la sentencia recurrida y las sentencias aportadas de contraste. De esta forma, se aborda en primer lugar la posible existencia de una maniobra fraudulenta instrumentada a través de la venta de participaciones sociales y del alquiler de locales a terceros insolventes con la finalidad de eludir responsabilidades en perjuicio de los derechos de los trabajadores. En segundo lugar, se examina la cuestión relativa a la omisión de información sobre la transmisión a los representantes de los trabajadores, deber contemplado, como se conoce en los números 6 y 8 del artículo 44 ET.

2. Doctrina sentada

Respecto a la primera cuestión debatida, la Sala entiende que ningún dato se desprende del supuesto de hecho planteado por el que pueda inferirse una finalidad defraudatoria. Para llegar a esta cuestión, son básicamente dos los argumentos que se emplean. Así, se afirma, por un lado, que la constitución de una sociedad capitalista integrada, como partícipes, por miembros de una misma familia no puede ser determinante, *per se*, de un fraude o de una exclusión del régimen legal de limitación de la responsabilidad de los socios. Esto solamente sucedería cuando la personalidad jurídica de la sociedad se hubiera utilizado como un medio o instrumento defraudatorio, esto es, cuando se hubiera levantado el velo y se hubiera constatado, por ejemplo y como así lo traen a colación los recurrentes, que existe intercomunicación patrimonial entre los socios y la sociedad⁴. La Sala, sin embargo, no entra a resolver esta cuestión del levantamiento del velo por no ser materia en la que se aprecie la contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste y estima, en consecuencia, como no podía ser de otra forma, que no es posible sortear la regla de la limitación de la responsabilidad de los socios en base simplemente al hecho de que se haya constituido una sociedad de responsabilidad limitada integrada por miembros de un mismo núcleo familiar⁵. Por otro lado, también se argumenta que la venta de participaciones sociales es simplemente eso, el ejercicio de un derecho legal vinculado al régimen de transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales. En estos casos, no hay cambio en el titular del establecimiento, que sigue siendo el mismo. Lo único que acontece es que la sociedad cambia de participantes, pero sigue con su mismo patrimonio, con sus trabajadores y con toda su esfera de actuación jurídica. Por ello, estima la Sala que ninguna finalidad elusoria de responsabilidades puede haber cuando se ha ejercitado un derecho legítimo. Finalmente, en cuanto al alquiler de locales, aun con ser una cuestión menor, el Tribunal también se detiene en ello y señala que, en tanto que la operación constituía un arrendamiento, la propiedad de aquéllos sigue perteneciendo a quien los arrendó, por lo que en modo alguno puede afirmarse que haya existido sustracción de bienes del patrimonio de la sociedad con la que defraudar los derechos de los trabajadores.

⁴ O cuando exista prestación indiferenciada de servicios entre varias empresas, infracapitalización, persona jurídica ficticia, dirección abusiva unitaria o conclusión de contratos entre la persona física y «su» sociedad. Así, STSJ Castilla-La Mancha, de 5 de julio de 2018 (Rec. núm. 355/2018) con cita en la STS de 20 de enero de 2003 (Rec. núm. 1524/2002). Todo ello, no obstante, con las apreciaciones que se realiza en la STS de 20 de octubre de 2015 (Rec. núm. 172/2014).

⁵ Doctrina seguida por la ya citada STSJ Castilla-La Mancha, de 5 de julio de 2018 (Rec. núm. 355/2018).

Siendo ésta la doctrina sentada para resolver la primera de las cuestiones sobre las que entra a resolver la Sala, es evidente que la segunda había de solucionarse en consonancia. Por ello, a la pregunta de si ha existido vulneración de los derechos informativos de los representantes contemplados en el artículo 44.6 y 8 ET se responde que en modo alguno, pues la venta de participaciones sociales no ha afectado a la posición empresarial, que sigue siendo la misma. Lo que es tanto como decir, en definitiva, que las garantías que se derivan del precepto estatutario mencionado no se despliegan por un mero cambio en la titularidad de las participaciones del capital social. Es más, se argumenta que tal cambio de titularidad no puede ni debe confundirse con un proceso de absorción. En estos casos, una sociedad absorbe a otra u otras ya existentes, adquiriendo la primera «por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda» (art. 23 Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles). Visto así, pues, es claro que la titularidad de la sociedad que es absorbida muta, pues un nuevo empresario asumirá este rol, haciéndose cargo, por sucesión universal, de los derechos y obligaciones de aquélla, incluyéndose entre estas obligaciones y por aplicación —esta vez sí— de lo previsto en el artículo 44 ET, el respeto a los derechos informativos de los representantes.

IV. APUNTE FINAL

Las operaciones que pueden acontecer para vehiculizar el fenómeno sucesorio pueden ser muy diversas, pero lo que es claro es que todas ellas deben implicar un cambio de titular jurídico sobre el objeto de la transmisión, quedando afectada, por tanto, la posición empresarial, que muta. Se ha descartado que ello acontezca, como se ha visto en la sentencia comentada, cuando existe un mero cambio en el accionariado o en las participaciones sociales, pues, en estos casos, sobre la unidad económica de que se trate no opera, al menos formalmente, un cambio de titularidad nominativa⁶. A ello se añade, además, que la unidad transmitida debe ser, como ya se dijo, un conjunto de medios organizados de forma estable a fin de llevar a cabo una actividad económica y ello no ocurre cuando solo se transmiten acciones o participaciones. Esto no obs-

⁶ La doctrina aquí sentada ha sido seguida, entre otras, por las SSTS de 20 de abril de 2015 (Rec. núm. 354/2014) y las SSTSJ Cataluña, de 27 de octubre de 2017 (Rec. núm. 354/2017), Galicia, de 10 de junio de 2020 (Rec. núm. 400/2020) e Islas Baleares, de 31 de enero de 2018 (Rec. núm. 169/2017)

tante, conviene dejar apuntado que en la jurisprudencia menor o más añeja⁷, se ha intentado suavizar este rechazo a que la adquisición de capital social ocasione la aplicación de las previsiones del artículo 44 ET. Así, se ha sostenido que si por tal negocio se adquiere la magnitud de la totalidad o de la mayoría de las acciones o participaciones sociales, la solución debe pasar por entender que, *de facto*, se ha producido un cambio de titularidad empresarial susceptible de activar las garantías que, para estos casos, se contemplan en favor de los trabajadores. De este modo vistas las cosas, se trataría, entonces, de admitir que la persona física o jurídica que hubiese adquirido la totalidad del capital social o una buena parte de él se habría convertido en la nueva adquirente de la unidad económica, pudiendo ejercer desde ese momento el control sobre la misma, organizar y dirigir la actividad empresarial y recibir, por ende, como nuevo empresario la prestación de servicios de los empleados cuyos contratos habría de mantener.

Por lo demás, por lo que atañe a la doctrina del levantamiento del velo, la sentencia comentada incide, como se ha dicho, de modo tangencial en ella, porque no es una cuestión sobre la que se resuelva al no entrar en el ámbito de la contradicción. No obstante, sí que se apunta que, para que pueda aplicarse y evitar de esta forma que el respeto absoluto a la personalidad provoque de forma injustificada el desconocimiento de legítimos derechos e intereses de terceros, deben concurrir –y probarse– determinadas circunstancias, entre ellas la confusión entre el patrimonio de la sociedad y el de sus socios, esto es, que el patrimonio de éstos no pueda distinguirse del de aquélla. En estos casos, sería posible, pues, exigir responsabilidad a las personas físicas integrantes de la persona jurídica, permitiendo comprobar la realidad laboral de la empresa más allá de las apariencias para encontrar, precisamente, que, en virtud de esa realidad, existe una interrelación patrimonial tal entre las personas físicas y la sociedad que puede acabar redundando en perjuicio de los trabajadores⁸.

⁷ Como muestra, STS de 8 de junio de 1988 (RJ 5256/1988) y SSTSJ Andalucía, Granada, de 22 de junio de 2016 (Rec. núm. 358/2016), Andalucía, Sevilla, de 30 de marzo de 2000 (Rec. núm. 2223/1999) y País Vasco, de 27 de enero de 1995 (Rec. núm. 2126/1994).

⁸ Doctrina seguida por STS de 29 de enero de 2014 (Rec. núm. 121/2013) y SSTSJ Cataluña, de 13 de enero de 2020 (Rec. núm. 4909/2019), Castilla-La Mancha, de 5 de julio de 2013 (Rec. núm. 495/2013), Islas Baleares, de 19 de enero de 2017 (Rec. núm. 109/2016) e Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 24 de julio de 2020 (Rec. núm. 163/2020) y de 23 de septiembre de 2015 (Rec. núm. 21/2014), entre otras.

LA PLURALIDAD SINDICAL Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. LAS FRONTERAS ENTRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA INTERPRETACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LO CONVENIDO

RICARDO BODAS MARTÍN
Magistrado del Tribunal Supremo

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 8 de abril de 2013 (RCUD. 282/2011) [ECLI: ES: TS:2013:2135].

II. INTRODUCCIÓN

La sentencia comentada, cuya ponencia correspondió a Aurelio Desdentado Bonete, define con precisión, en una elaborada síntesis, cuáles son las fronteras entre la negociación del convenio colectivo y su interpretación, administración o gestión.

La sentencia define y clarifica autorizadamente cada una de esas funciones, en las que está en juego la libertad sindical y también el cumplimiento de las finalidades de la negociación colectiva, donde, las tareas de interpretación, aplicación o gestión de lo convenido, cobran una especial relevancia para asegurar la eficacia del convenio, razón ésta por las que se reservan a quienes lo suscribieron. Es así, porque el derecho a participar en las mismas no deriva de haber negociado el convenio, sino del compromiso con lo pactado, que se asume con su firma, lo que constituye una participación cualificada.

En la actualidad, la emergencia de un pluralismo sindical masivo en buena parte de los sectores productivos, así como en la mayoría de las grandes empresas, ha generalizado los conflictos relacionados con la participación de los sindicatos no firmantes del convenio en sus comisiones paritarias. Su justa resolución, que debe asegurar la participación de los no firmantes en las comisiones del convenio, cuando sus funciones son propiamente negociadoras y su exclusión, cuando sus funciones son interpretativas, de administración o de gestión de lo convenido, lo que no significa que dichas tareas queden limitadas mecánicamente a la mera interpretación o administración de las reglas establecidas en el convenio colectivo, se ha basado sustancialmente en la doctrina, construida por la sentencia examinada, que ha marcado las líneas maestras de la construcción jurisprudencial posterior y ha enriquecido de modo significativo nuestro derecho colectivo.

III. COMENTARIO

1. Los preceptos convencionales aplicados

En el convenio colectivo de Compañía Transmediterránea, negociado con UGT, CCOO, SEOMM y CGT, aunque se suscribió únicamente por UGT, CCOO Y SEOMM, se pactó en su DA 4.^a, entre otras comisiones, la constitución de una comisión de empleo, compuesta por cuatro miembros por cada parte firmante, conviniéndose que, su objetivo será el análisis y la elaboración de propuestas sobre sus temas de competencia que, de alcanzar acuerdos suficientes, se formalizarán como modificaciones del Convenio con plena eficacia normativa.

En la Disposición Final Segunda se convinieron unos determinados compromisos de creación de empleo, así como ciertas garantías de empleo. En su apartado tercero se pactó que, si durante la vigencia del Convenio, fuera necesario adecuar la plantilla a las necesidades de la empresa o a las derivadas de la modificación de los contratos con el Estado, las partes firmantes de este Convenio constituirán una comisión de empleo, a fin de estudiar la adecuación de dicha plantilla a la nueva situación y, si fuera necesario, la revisión de lo pactado en materia de creación y mantenimiento de empleo, siempre a través de mecanismos colectivos no traumáticos, precisándose que, a tales efectos, debe entenderse que las garantías de empleo se relacionan con los contratos de servicio público con el Estado, de forma que deberán ser revisadas por las partes en caso de modificación o pérdida de los mismos con la finalidad de adecuarse a la nueva situación que pudiera resultar del tal hecho.

2. Los acuerdos, alcanzados en la Comisión de Empleo, cuya nulidad se pretende

La referida Comisión de Empleo celebró reuniones los días 6 y 25 de octubre y 2 de noviembre de 2010. En tales reuniones se llevó a cabo una propuesta de la representación empresarial, formulando la representación social una contrapropuesta, que fue aceptada por aquella como punto de partida, y que se concretó en los extremos siguientes: – Reducir las plantillas no sometidas a la autorización de la Dirección General de Marina Mercante de forma inmediata en los Buques Sorolla, Fortuny y Juan J. Sister, que afecta a un Encargado de Bar en los dos primeros buques y un cocinero, un camarero y un encargado de bar en el último. Los servicios afectados por el cierre serán la discoteca de los tres buques y el restaurante del Juan J. Sister.

— Las partes fijan como temporada alta el periodo comprendido entre los meses de junio a septiembre, ambos incluidos, así como el mes de Semana Santa.

— Por otra parte, aunque no se tramitó ningún expediente de Regulación de Empleo que afectara al personal fijo, ni se ha llevado a cabo amortización alguna de puestos de trabajo de la misma índole, en las reuniones mencionadas se pactó reducir las plantillas no sometidas a la autorización de la Dirección General de la Marina Mercante de forma inmediata en los Buques Sorolla, Fortuny y Juan J. Sister, que afecta a un encargado de bar en los dos primeros buques y un cocinero, un camarero y un encargado de bar en el último, lo que supone que los servicios afectados por el cierre serán la discoteca de los 3 buques y el restaurante del Juan J. Sister.

Asimismo, se acordó que las partes fijaban como temporada alta el periodo comprendido entre los meses de junio a septiembre, ambos incluidos, así como el mes de Semana Santa.

3. La pretensión de la demanda

La CGT promueve conflicto colectivo, en el que reclama, por una parte, que se reconozca su derecho a participar en la Comisión de Empleo y por otra, que se anulen los acuerdos mencionados, así como una indemnización de 6250 euros por daños morales, por vulneración de los arts. 28 y 37 CE y artículo 7.7 LOLS.

Se defiende básicamente que la Comisión de Empleo es una comisión negociadora, por lo que CGT debe formar parte de la misma, debiendo anular-

se los acuerdos de la comisión, porque son acuerdos derivados de la negociación. La Audiencia Nacional desestimó la demanda.

4. La doctrina sentada por el Tribunal Supremo

La Sala considera legítima la exclusión de los sindicatos, que negociaron, pero no firmaron el convenio, de las comisiones interpretativas o aplicativas del mismo, sin que se vulnere su derecho de igualdad, porque considera lógico que las funciones de interpretación y aplicación de lo negociado se reserven a quienes han participado en la negociación, con independencia del nivel de representatividad de los que no han intervenido en aquélla, concurriendo, por tanto, circunstancias objetivas que justifican el trato diferenciado.

Subraya, a continuación, que el límite de las «comisiones cerradas», compuestas por los firmantes del convenio, es «el respeto de la legitimación para negociar legalmente reconocida al sindicato en base a su representatividad», lo cual comporta que, en las comisiones cerradas no se pueda modificar el convenio o regular nuevos compromisos de aplicación general, salvo que se abran a todos los sindicatos legitimados para la negociación, porque el hecho de no firmar el convenio, no puede suponer la marginación del sindicato disidente para negociar cuestiones nuevas, siempre que no estén conectadas ni sean conectables directamente con dicho acuerdo. Ahora bien, cuando las comisiones del convenio no tengan funciones reguladoras en sentido propio, nada impide que se limiten a sus firmantes, sin que sus funciones hayan de restringirse tampoco, a la mera función de interpretación o administración de las reglas establecidas en el Convenio Colectivo.

Se llega a esa conclusión, porque los acuerdos, alcanzados en las comisiones paritarias, son normalmente producto de la negociación, pero esto no las convierte en negociadoras, salvo que sus acuerdos comporten una modificación de lo pactado o una nueva regulación del convenio de carácter general, en cuyo caso sí serían negociadoras en sentido estricto.

Sentados estos criterios, concluye que, la Comisión de Empleo no tiene funciones negociadoras, toda vez que su función ordinaria es la «elaboración de propuestas» que, solo de alcanzarse «acuerdos suficientes», se «formalizarán como modificaciones del convenio con plena eficacia normativa». De este modo, no corresponde a estas comisiones más competencias que la formulación de proposiciones, toda vez que los acuerdos, cuando sean reguladores, habrán de seguir las reglas de legitimación del ET, como no podría ser de otro modo, puesto que la modificación del convenio o las nuevas regulaciones no

pueden acometerse por una comisión de administración del convenio, por lo que desestima la petición principal de la demanda.

Desestima también la pretensión subsidiaria, por cuanto lo pactado no constituye una regulación general, sino medidas concretas de reducción de empleo que afectan a puestos de trabajo concretos, tratándose, por tanto, de un acuerdo de gestión empresarial y no de una norma, sin que quepa despejar si esa reducción respeta la garantía de empleo asumida en el convenio, porque nada se pide al respecto, aunque la propia sentencia recurrida afirma con valor fáctico que se trata de «una reducción temporal de plantillas». Se descarta también que la precisión sobre la temporada alta, contenida en los acuerdos, tenga carácter normativo, porque nada se ha alegado de forma concreta en el recurso y tal precisión no es necesariamente normativa en sí misma, pues es obvio que puede tener un contenido interpretativo.

5. Evolución posterior

La doctrina expuesta, como avanzamos más arriba, se ha mantenido esencialmente hasta la fecha, siendo claros exponentes las STS 6 de abril de 2021, rec. 142/19; 7 de abril de 2021, rec. 1/2000; 12 de mayo de 2021, rec. 194/19, entre otras muchas.

IV. APUNTE FINAL

Constituye un honor para cualquier laboralista, especialmente cuando se ha dedicado muchos años al derecho colectivo del trabajo, visitar la doctrina elaborada por Aurelio Desdentado en una materia, cuya actualidad es patente, al ser práctica común que, sindicatos negociadores del convenio, no lo suscriban finalmente y demanden, normalmente por la vía de tutela de derechos fundamentales, la vulneración de su derecho a la libertad sindical en su vertiente funcional a la negociación colectiva, porque no se les permite participar en las comisiones paritarias del convenio.

Estos conflictos pueden complicarse enormemente, cuando las fronteras entre las comisiones de interpretación y aplicación no están perfectamente delimitadas en el convenio o se desbordan en la práctica, toda vez que la negociación, como hemos visto, puede relacionarse también con cuestiones de interpretación y administración del convenio. Es más, los acuerdos de interpretación o aplicación del convenio de las comisiones paritarias tienen la

misma eficacia jurídica y tramitación de los convenios colectivos estatutarios (art. 91.4 ET), lo cual comporta que, los mismos han de ser negociados por los componentes de la comisión (STS 4 de diciembre de 2018, rec. 2/18).

Ahora bien, la negociación de los acuerdos de interpretación, aplicación o gestión de las comisiones paritarias, no las convierten en comisiones negociadoras en sentido estricto, puesto que, el requisito constitutivo, para que dichas comisiones sean negociadoras, es que negocien la modificación del convenio o regulen *ex novo* condiciones generales no pactadas en el mismo, en cuyo caso la exclusión de los sindicatos legitimados para la negociación comportaría la vulneración de su derecho a la libertad sindical.

Como vemos, la sentencia comentada ha identificado todas las claves para enfrentar adecuadamente este tipo de conflictos, donde lo relevante no es la negociación en la comisión, lo que se producirá normalmente, sino los contenidos negociados, que desborden sus funciones interpretativas o aplicativas, cuando modifiquen lo pactado o regulen nuevas condiciones de trabajo de carácter general, pero no cuando interpreten el convenio, o tomen decisiones aplicativas o de gestión, aun cuando comporten una negociación, ya que los acuerdos, alcanzados en las comisiones interpretativas o aplicativas, son normalmente producto de la negociación entre sus componentes, justificándose la exclusión de quienes no firmaron el convenio, porque no están legitimados para interpretar o aplicar los contenidos del convenio, que no suscribieron.

LA ACCIÓN DE JACTANCIA DEL ARTÍCULO 124.3 LRJS EN LA IMPUGNACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO

MARÍA DESAMPARADOS BOHÍGUES ESPARZA
Personal Investigador. Universitat de València

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2013 (RCUD. 28/2013) [ECLI: ES: TS:2013:6640].

Inadecuación de procedimiento en supuesto de demanda interpuesta por la empresa, solicitando que se declare ajustada a derecho la decisión extintiva adoptada, previo acuerdo con los representantes de los trabajadores, sin que exista sujeto colectivo pasivamente legitimado que se oponga a su pretensión, dada la falta de legitimación pasiva de los trabajadores individuales. Voto particular.

II. INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones más novedosas que presenta el artículo 124 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS) es la relativa a la legitimación *subsidiaria* reconocida al empresario en el proceso de impugnación del despido colectivo, algo que se configura como un supuesto de acción declarativa, o de jactancia.

Así, el apartado 3 del artículo 124 LRJS, concede al empresario legitimación para interponer demanda, solicitando que su propia decisión extintiva sea declarada ajustada a derecho, con la consecuencia de los efectos de cosa juzgada que tendrá la sentencia declarativa que se dicte, supeditando esta (por ello el carácter de subsidiado), a que la decisión extintiva no haya sido impugnada por los representantes de los trabajadores, ni por la Autoridad Laboral, en los casos que esta aprecie dolo, coacción, fraude y abuso de derecho.

El reconocimiento de legitimación al empresario, pretende evitar una falta de acción colectiva que propicie que en la impugnación individual de despido, pueda discutirse sobre nulidad o ajuste a derecho del despido colectivo, con riesgo de sentencias contradictorias, al no haber sido impugnado. Así, la falta de interposición de la demanda por el empresario provocará que en los procesos individuales de despido, se aleguen las causas no ejercitadas por dicho sujeto en el proceso colectivo ¹.

No obstante, hay que tener en cuenta que el riesgo que asume el empresario es elevado, pues si interpone demanda, se expone a que la decisión de la Sala invalide el despido adoptado ².

Pues bien, en el caso de que los representantes de los trabajadores no interpongan demanda porque el período de consultas ha concluido con acuerdo y el proceso se inicie a instancia del empresario, se ha pronunciado el Tribunal Supremo ³, declarando la inadecuación del procedimiento colectivo del artículo 124.3 LRJS, ya que la empresa carece de acción, puesto que al existir acuerdo en el período de consultas, ningún sujeto colectivo pasivamente puede entrar en el proceso para oponerse a su pretensión. No existe, por tanto, un conflicto actual sobre el despido colectivo, pues tampoco los trabajadores individualmente considerados pueden entrar en el proceso.

Y para el caso de que no hubiera habido acuerdo, se puede presumir, que los no firmantes del mismo habrían demandado, por lo que el empresario ya no ejercitaría su acción.

Por ello, parece que la acción del artículo 124.3 LRJS está diseñada para los supuestos en el que el período de consultas hubiera finalizado sin acuerdo, frente a aquellos que no lo suscribieron o frente aquellos que debieron formar parte del período de consultas y fueron apartados del mismo.

¹ PRECIADO DOMÈNECH, C. H. (2013), *El nuevo proceso de despido colectivo en la ley 3/2012, de 6 de julio*, 1.ª ed., Albacete, Bomarzo, p. 36.

² CAVAS MARTÍNEZ, F. (2013), «El procedimiento de impugnación del despido colectivo tras la reforma laboral de 2012», *Aranzadi Social Doctrinal*, vol. 6, núm. 2, p. 20.

³ STS de 26 de diciembre de 2013, recud. 28/2013.

Sin embargo, esta tesis es difícil de configurar, pues dudosamente el empresario presentará demanda contra aquellos que no han impugnado y que al mismo tiempo no formaron parte del período de consultas o no lo suscribieron, pues esto, sería conceder una segunda oportunidad a aquellos que pudieron impugnar y no lo hicieron.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

La cuestión suscitada trae su causa en dos pretensiones.

En efecto, por una parte, la falta de legitimación, tanto activa como pasiva de los trabajadores singularmente considerados, en el proceso de impugnación del despido colectivo. Y es que la Sentencia recurrida⁴, permitió, que en el proceso colectivo seguido a instancia del empresario, se personasen los trabajadores afectados individualmente. Los razonamientos empleados, son los criterios hermenéuticos presentes en el artículo 3.1 Código Civil.

Por otra parte, si existe un verdadero proceso de contradicción, cuando se interpone demanda por parte del empresario y los demandados son los sujetos firmantes del acuerdo, *por mor* del artículo 124.3 LRJS.

Pues bien, la sentencia de instancia⁵, estimó la demanda de despido colectivo presentada por la empresa, declarando ajustada a derecho la decisión extintiva adoptada por la empresa, previo acuerdo con los legales representantes de los trabajadores, con todos los efectos legales inherentes a tal declaración.

Y aunque la demanda aparece dirigida contra el comité de empresa y contra miembros de la comisión que firmaron el acuerdo, una vez presentada la demanda por la empresa, cuatro de los trabajadores afectados por el despido colectivo, solicitaron personarse en el proceso colectivo, y mediante auto, se acordó admitir a los trabajadores «en calidad de demandados».

La resolución de instancia fundamenta en el artículo 13 de la LEC su decisión de admitir en el proceso a los trabajadores individuales. Y si bien, este precepto es aplicable, aunque con adaptaciones en el proceso social, únicamente podrá aplicarse si el tipo de proceso lo permite.

Por tanto, no podrá aplicarse, para abrir a los trabajadores individualmente considerados los procesos que tienen por mandato de la ley una legitimación

⁴ STSJ de Cantabria, de 26 de septiembre de 2012, proc. 2/2012.

⁵ *Ibidem*.

colectiva cerrada, y el proceso de impugnación colectiva del despido, es un proceso con legitimación colectiva cerrada, como se desprende de los números 1 y 3 del artículo 124 LRJS.

En efecto, la Sala entiende que no es posible la entrada de trabajadores individuales en un proceso colectivo, como es el proceso del artículo 124 LRJS, tanto en su regulación general, como en la especial del número 3 de este artículo, pues se trata de una modalidad procesal, que es, desde luego, una variante del proceso colectivo, tanto por su objeto que se refiere a los pronunciamientos de carácter general que relaciona el número 2 de este precepto, como por el propio contenido de la sentencia que el propio artículo 124.3 LRJS define como declarativa.

Así, se desprende además, con toda claridad, de las reglas de legitimación de los números 1 y 3 del artículo 124 LRJS. Para el proceso colectivo de impugnación están activamente legitimados los representantes legales o sindicales de los trabajadores y para el proceso de reconocimiento de la procedencia también, aunque pasivamente, los representantes de los trabajadores.

Por último, se afirma que dicha comparecencia no podría estructurarse, porque: 1.º la demanda no se dirige contra los trabajadores individualmente sino que su entrada en el proceso se produce espontáneamente; 2.º tampoco podría aplicarse la coordinación a través de la representación común del artículo 19 LRJS, porque no son demandantes y no han sido demandados, por lo que en principio no pueden ni siquiera organizarse como grupo por la vía del artículo 19 LRJS.

Pues bien, una vez confirmada la falta de legitimación activa y pasiva de los trabajadores singularmente afectados, el TS aborda la cuestión que gira en torno a la legitimación pasiva de los sujetos firmantes del acuerdo, afirmando que no puede admitirse la existencia de un proceso de impugnación colectiva del despido si no existe un sujeto colectivo que se oponga al despido, y que esté en condiciones de hacerlo efectivamente en el proceso.

En efecto, la razón es clara. Si no hay sujeto colectivo en la posición de demandado y no es posible la entrada de los trabajadores individuales, hay que excluir el proceso del artículo 124.3 LRJS, porque en estas condiciones, y, como ya se ha dicho, se puede producir un proceso sin contradicción real, del que derive una eventual decisión sobre la procedencia de los despidos que tendrá efecto positivo de cosa juzgada en los procesos individuales. Los trabajadores quedan sin posibilidad efectiva de defensa, pues en el proceso individual la sentencia colectiva lograda sin oposición, será vinculante (art. 124.3, *in fine*, y 13.b).

En este sentido, se concluye que el comité de empresa tiene la legitimación pasiva limitada cuando ha firmado el acuerdo, y de hecho no ha comparecido como tal para oponerse a la demanda, y en todo caso la legitimación ha de referirse a un sujeto colectivo, no a personas físicas cualquiera que sea su relación con el periodo de consultas o con el acuerdo en el mismo.

Por todo ello, esa falta de acción se concreta en términos procesales en una inadecuación del procedimiento colectivo del artículo 124 de la LRJS, pues ante la inexistencia de un conflicto colectivo actual sobre el despido colectivo, lo que se produce es un desajuste entre el interés real que subyace en la pretensión ejercitada, el logro de un pronunciamiento sobre la procedencia del despido que se imponga a las reclamaciones individuales frente a este, y la modalidad procesal elegida (la modalidad colectiva del artículo 124 de la LRJS en la forma especial del número 3 de este artículo).

Por último, cabe destacar el voto particular⁶ que discrepa de la Sala, por entender que no procedía la inadecuación de procedimiento, sino clara desestimación de la demanda por falta de legitimación *ad causam*, dado que lo pretendido frente a la parte demandada, era algo ya reconocido por dicha parte social al suscribir el acuerdo.

2. Relevancia del asunto

La relevancia de la sentencia comentada radica, por una parte, en la delimitación del carácter colectivo del proceso de impugnación del despido colectivo regulado por el artículo 124 LRJS y su grave repercusión en los procesos individuales que posteriormente se sustanciaran.

Por otra, en la declaración de inadecuación de un procedimiento en el que no existe sujeto legitimado para accionar pasivamente, rompiendo el principio de contradicción, por lo que el interés legítimo que tiene el empresario, en este caso se pone en entredicho.

Pues bien, respecto de la primera, cabe destacar, que la entrada de los trabajadores individuales en el proceso colectivo convertiría los procedimientos colectivos del artículo 124 LRJS en procesos plurales masivos con grave quebranto de su urgencia, que es esencial para lograr una rápida decisión sobre los despidos colectivos.

En segundo lugar, la apertura a los trabajadores individuales aun en el supuesto de que se limitara a los casos de ausencia de la representación colec-

⁶ Excm. Sra. Magistrada D.ª María Lourdes Arastey Sahun.

tiva, desestabilizaría el proceso y sin ninguna duda el propio resultado de la negociación en el periodo de consultas, pues, cuando los representantes colectivos hubieran llegado a un acuerdo, podría abrirse una impugnación colectiva por parte de trabajadores individuales que tendría la posibilidad de cuestionar no solo su despido, sino todos los despidos acordados.

Por último, como destaca la sentencia que se comenta, la desestabilización del acuerdo en el periodo de consultas es grave, pero la del propio proceso no lo es menos. Y en el presente caso se muestra con claridad. Los trabajadores afectados no han sido demandados, ni podían serlo. Han entrado en el proceso de forma sucesiva en distintos momentos del desarrollo del mismo, provocando crisis procesales.

Respecto de la segunda, la acción de jactancia, cabe destacar, que esta dilata aún más si cabe el derecho del trabajador individual a obtener una respuesta rápida a una situación tan extrema como es la pérdida de un trabajo. En efecto, como se ha dicho, la acción de impugnación del trabajador individualmente considerado queda en suspenso si el empresario decide impugnar su propia decisión extintiva, alargando en el tiempo su pretensión impugnatoria.

Además, el empresario, a través de este procedimiento podría impugnar dicha medida con la finalidad de dilatar en el tiempo la calificación del despido y con ello causar un grave perjuicio al trabajador individualmente considerado por lo que podría ser contraria a lo establecido en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

IV. APUNTE FINAL

Respecto de la legitimación pasiva de los trabajadores singularmente considerados, cabe destacar, como se ha señalado, que carece de sentido que un trabajador pueda interponer demanda colectiva e individual si se sigue la tesis de que está legitimado activamente, de esta forma la distinción entre la vía colectiva y la individual que con toda nitidez separa al legislador en la redacción del artículo 124 LRJS no tendría ningún sentido. Por ello, la ley anticipa que se notifique la interposición de demanda colectiva a los trabajadores para que únicamente faciliten el domicilio, pero no para que se personen en el proceso.

Y es que, la propia regulación del artículo 124.13 LRJS se mueve en esta línea, cuando dispone que en el caso de que nadie interponga demanda colectiva, el trabajador podrá, a través del procedimiento establecido en el apartado 13

previsto para la impugnación individual, invocar las causas previstas en el artículo 124.2 LRJS en su demanda individual.

En cuanto a la legitimación subsidiaria o acción de jactancia, que la ley ha querido otorgar al empresario para que su decisión extintiva sea declarada ajustada a derecho, considero que esta previsión debería modificarse, puesto que genera muchos problemas interpretativos. Algunos han sido solventados como se ha visto, por el TS, tachando de inadecuado un procedimiento en el que no existía sujeto legitimado para accionar pasivamente, rompiendo el principio de contradicción, por lo que el interés legítimo que tiene el empresario en este caso, se pone en entredicho.

LA FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL EMPRESARIO PARA INSTAR LA DECLARACIÓN EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE DE UN TRABAJADOR

JOSÉ ANTONIO BUENDÍA JIMÉNEZ
Magistrado del Juzgado de lo Social núm. Tres de Elche

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (Sala General) de 14 de octubre de 1992 (RCUD 2500/1991).

II. INTRODUCCIÓN

La sentencia objeto de este breve comentario sirve de excusa para homenajear a un gran jurista y mejor persona que me trato siempre con cariño y respeto, lo que hizo aumentar mi devoción hacia su persona.

En ella se resuelve, en Sala General, el debate relativo a la legitimación del empresario para solicitar la declaración en situación de incapacidad permanente de sus trabajadores, entendiendo el TS, sin votos particulares, que las empresas carecen de tal legitimación.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

Un trabajador fue declarado en situación de incapacidad permanente total por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, reconociéndole el derecho a una pensión del 55% de la base reguladora.

Contra esta resolución formuló reclamación previa y luego demanda la entidad empresarial para la que el trabajador prestaba servicios, solicitando que se reconociera en situación una incapacidad permanente absoluta para todo tipo de trabajo con abono de la prestación correspondiente.

En el acto del juicio el Instituto Nacional de la Seguridad Social alegó la falta de legitimación activa de la empresa y el trabajador se limitó a afirmar que no está de acuerdo con la incapacidad que le da el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

2. Relevancia del asunto

Como es conocido el artículo 49.1.e) ET prevé como causa de extinción del contrato de trabajo la muerte, gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2 (este precepto establece una causa de suspensión del contrato de trabajo en el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente, sobre esta cuestión resulta interesante la STS de 3 de febrero de 2021).

No obstante esta previsión legal, no debe olvidarse que esta causa extintiva no opera cuando dispone lo contrario el convenio colectivo, que puede establecer la obligación de recolocación del trabajador en un puesto compatible con su capacidad laboral residual.

De lo anterior deriva que, al tener una clara influencia en el contrato de trabajo, el empresario pueda estar interesado en que el trabajador sea declarado en la situación que daría lugar a la extinción contrato de trabajo o, en otros casos, querer negar la existencia de la situación incapacitante cuando de ella puedan derivarse responsabilidades para el patrono (mejoras complementarias de Seguridad Social, recargo de prestaciones, responsabilidad civil).

Por ello la sentencia que se glosa afronta un tema de gran relevancia en cuanto que, en aquel caso, la empresa estaba afectada directamente por la resolución, al imponerle el convenio vigente la obligación de asignar un nuevo puesto de trabajo al trabajador que hubiera sido declarado en situación de incapacidad permanente total, obligación que no existiría si la declaración hubiera sido como incapacitado absoluto para todo tipo de trabajo.

Tampoco debe olvidarse que este interés que se predica del empresario lo pueden ostentar otros sujetos a los que de forma indirecta podría afectar la declaración en situación de incapacidad permanente de un trabajador (valga como ejemplo el interés de las compañías aseguradoras de las prestaciones complementarias de la Seguridad Social o de las aseguradoras de la responsabilidad civil de la empresa en caso de que la hubiere).

3. Doctrina sentada

La sentencia de instancia había desestimado la falta de legitimación, sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 18 de junio de 1991, estimó el recurso del INSS y entendió que la empresa carecía de legitimación activa para impugnar la resolución administrativa y absolvió en la instancia a todos los interesados, entendiendo que solo en el supuesto de responsabilidad empresarial está legitimada la empresa para pedir la revisión de la incapacidad.

Recurrida en casación para la unificación de doctrina, el TS aprecia la existencia de contradicción con la sentencia de la propia Sala de 17 de marzo de 1986 (ponente Enrique Ruiz Vadillo) que había sostenido la legitimación de la empresa para instar en vía judicial la declaración en situación de incapacidad permanente absoluta de un trabajador a su servicio (En sentido afirmativo también había resuelto la STS de 3 de abril de 1990, Ponente José Lorca García).

La sentencia comentada, tras recordar que el TS había aceptado la existencia de legitimación empresarial en sentencias anteriores a la LPL y a la sentencia del TC 207/1989, y reconocer que la cuestión de la legitimación de la empresa para solicitar la declaración de invalidez permanente para el trabajador es una cuestión compleja, realiza un análisis del concepto legitimación y afirma que la legitimación activa aparece vinculada al poder de disposición del derecho controvertido en el proceso y es el titular de ese derecho –o quien afirma esa titularidad en el juicio– el que tiene atribuido su ejercicio salvo supuestos excepcionales de sustitución procesal legalmente previstos o cuando por la naturaleza de la pretensión ejercitada la legitimación pueda fundarse únicamente en un interés legítimo.

Por eso, la sentencia no niega, en todo caso la legitimación del empresario en los procesos sobre prestaciones de incapacidad permanente, afirmándola en los procesos sobre prestaciones de invalidez permanente cuando pretenda la revisión hacia un grado inferior de la invalidez de la que ha sido previamente declarado responsable o cuando impugne la resolución administrativa que le haya declarado responsable de las prestaciones.

Negándola, por el contrario, cuando lo que se pretende es el reconocimiento a favor del trabajador de una pensión de incapacidad permanente absoluta, porque lo que en tal caso se ejercita es un derecho subjetivo en el marco de una relación jurídica de Seguridad Social y la titularidad de ese derecho corresponde únicamente al trabajador.

En este último caso, aunque es cierto que el empresario puede tener un interés real en el litigio, se rechaza la legitimación porque se trata de efectos reflejos y que en sí mismos no constituyen el objeto del proceso de Seguridad Social sobre el grado de invalidez en cuanto proceso en el que se ejercita una acción de condena contra una Entidad Gestora.

Para la sentencia, el interés reflejo podría justificar una intervención adhesiva, pero no puede convertir al empresario en sujeto activamente legitimado para iniciar un proceso sobre calificación de la invalidez permanente, comprometiendo derechos del trabajador y provocando consecuencias que afectan a su esfera personal y profesional con un alcance, desde luego, más amplio que el propio del contrato de trabajo, ya que la declaración de incapacidad permanente total se refiere al ámbito de la profesión habitual del trabajador y la absoluta se proyecta sobre toda profesión u oficio, pues, de optarse por la existencia de legitimación, se estaría invadiendo el ámbito propio del titular del derecho, a quien el ordenamiento confía su ejercicio y defensa.

Por ello, descarta que la existencia de un interés legítimo (actual artículo 17.1 LRJS) permita, en todo caso, el ejercicio de acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social, porque la existencia de un interés legítimo no puede justificar una sustitución procesal de estas características del trabajador por el empresario y la configuración de una relación jurídica procesal anormal, en la que el beneficiario de la acción de condena aparece como demandado y el demandante queda al margen del *petitum* y del fallo.

No hay previsión legal de sustitución, nos dice, ni sería lógica tal previsión dado el carácter reflejo de la afectación del interés empresarial y la vinculación de la esfera personal del trabajador. No se trata además de una pretensión de mera anulación de un acto administrativo, sino de la petición concreta del reconocimiento de una situación jurídica individualizada para la que está únicamente legitimado el titular del derecho que se considere infringido.

4. Evolución posterior

La solución dada a la problemática afrontada por la sentencia glosada, de gran relevancia práctica como puede verse, ha sido asumida, sin casi contradic-

ción alguna, por la doctrina judicial, de forma que la misma, salvo en muy contadas excepciones, no ha vuelto a suscitar la necesidad de resolución por el TS.

El Alto Tribunal volvió a pronunciarse sobre esta cuestión en la STS de 22 de octubre de 1992, Ponente Mariano Sampedro Corral, que asumió plenamente la doctrina de la Sala General, sin que, al menos que a mi me conste, la cuestión haya sido de nuevo planteada ante el TS, salvo en el auto de fecha 29 de noviembre de 2006, Ponente Luis Ramón Martínez Garrido, que, aunque aprecia la existencia de contradicción, acude como sustento de sus argumentos a la sentencia de la Sala General.

En sede de suplicación, diversos han sido los pronunciamientos de suplicación que rechazan la legitimación del empresario para instar la declaración en situación de incapacidad permanente de un trabajador. En este sentido, y sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse los siguientes pronunciamientos, STSJ de Cataluña de 15 de diciembre de 1993, de 7 de noviembre de 1994, 11 de julio de 2002, STS de la Comunidad Valenciana de 18 de mayo de 1993, STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 2 de diciembre de 2014.

La STSJ de Andalucía (Málaga) de 24 de mayo de 2007 o la STSJ del País Vasco de 15 de noviembre de 2005 rechazaron la legitimación de la empresa para recurrir en suplicación una sentencia que había reconocido al trabajador un grado de incapacidad permanente.

Por el contrario, la STSJ de Murcia de 2 de julio de 2007, admitió la legitimación activa de la empresa por ser la responsable de la cobertura de la contingencia o la STJ de Cataluña de 23 de febrero de 2005 estimó la legitimación empresarial para demandar sobre un grado de incapacidad al haber sido declarada responsable de la prestación.

IV. APUNTE FINAL

La sentencia que sirve de excusa a estas letras en homenaje a un gran jurista afrontó y resolvió una cuestión de gran trascendencia en la práctica forense y de gran relevancia económica y social como es la relativa a la legitimación del empresario discutir el grado de incapacidad reconocido, o no reconocido, a uno de sus trabajadores.

La solución dada en aquel año 1992 sigue vigente casi 30 años después, lo que evidencia lo correcto de la respuesta del TS cuyos argumentos no han sido desautorizados por resolución judicial posterior.

De los mismos destacaría que en la misma no se produce una negativa absoluta de la legitimación empresarial, sino que esta solo será predicable

cuando el empresario haya sido previamente declarado responsable o cuando impugne la resolución administrativa que le haya declarado responsable de las prestaciones.

Fuera de este supuesto, no cabe predicar la legitimación patronal para instar el reconocimiento a favor del trabajador de una pensión de incapacidad permanente, porque tal derecho solo le corresponde al trabajador, sin que tampoco el empresario pueda impugnar solicitando la revocación de la incapacidad reconocida al operario.

Tampoco concede la legitimación la existencia de un interés legítimo cuando el mismo deriva de efectos reflejos que, aunque pudieran habilitar una intervención adhesiva (art. 13 LEC), no otorgan legitimidad para iniciar el procedimiento.

Esta conclusión debe ponerse en relación con los criterios sustentados por el TS en la sentencia 207/1989, de 14 de diciembre, en la que se afirma que estos efectos reflejos o colaterales no daban lugar a la existencia de litisconsorcio pasivo al no ostentar dicha mercantil titularidad alguna sobre la relación jurídico material de Seguridad Social. No pudiendo hablarse de la existencia de litisconsorcio alguno, ni siquiera de interés directo, lo que, incluso, podría cerrar las puertas a una posible intervención adhesiva, sin que esta falta de legitimación le exonere de los efectos reflejos de la cosa juzgada, debiendo considerarse al empresario o a otros terceros con posibles intereses como incluidos dentro de los límites subjetivos de la cosa juzgada, lo que les impedirá en juicios posteriores, en materia de prestaciones complementarias de Seguridad Social o de responsabilidad civil, discutir el grado de incapacidad ya reconocido.

En suma, la sentencia comentada evidencia la altura jurídica de su ponente y nos deja un legado que ha guiado el quehacer judicial respecto de este tema, sirviendo de ayuda y apoyo a los jueces de a pie, aportando seguridad a los operadores jurídicos que no han encontrado argumentos para modificar una doctrina que permanece inalterada en los últimos 30 años.

REINGRESO TRAS EXCEDENCIA Y CADUCIDAD

MARÍA DEL CARMEN BURGOS GOYE

Profesora Contratada Doctora de la Universidad de Granada

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1994 (RCUD. 790/1994) [ECLI: ES: TS:1994:790].

II. INTRODUCCIÓN

El derecho de los trabajadores al reingreso en la empresa en caso de excedencia voluntaria constituye un derecho preferente que no siempre se respeta en el ámbito empresarial. A este respecto, cabe declarar ¿la prescripción? o ¿la caducidad? cuando el trabajador solicita el reingreso. Esta constituye una cuestión muy litigiosa, en particular cuando el ejercicio del derecho a la excedencia ha durado varios años. La STS de 19 de octubre de 1994 (rcud 790/1994) aborda esta cuestión y confirma la sentencia de instancia, estimando «la existencia de la excepción de caducidad alegada y... se (procede a la) absolución de la empresa recurrente».

III. COMENTARIO

1. Supuesto de hecho y problemática enjuiciada

La sentencia de instancia, dictada en proceso ordinario, estimó parcialmente la demanda que rige estas actuaciones, dirigida contra la empresa Com-

pañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos, S.A. (CAMPSA), y en la que la actora, comenzó a prestar servicios en octubre de 1963, con categoría profesional de auxiliar administrativa, en Soria, hasta que (en 1969), y previa petición, le fue concedida excedencia voluntaria por tiempo ilimitado y no inferior a un año. Posteriormente en varias ocasiones a partir de 1.976, la actora presentó solicitudes de reingreso en determinadas localidades que le fueron denegadas por inexistencia de vacantes. Reitera dicha petición el 5 de marzo de 1991 y ante el silencio de la empresa, insiste de nuevo en su pretensión con fecha 6 de junio de 1.991, que igualmente no fue contestada, tras intento de conciliación sin efecto ante el SMAC, el 26 de marzo de 1992. El Juzgado de lo Social de Madrid, declara el derecho del reingreso de la actora a su puesto de trabajo en la localidad en que exista vacante y condena a la empresa al abono de los salarios desde el día 30 de marzo de 1992, fecha de presentación de la demanda, hasta que se produzca la reincorporación efectiva.

Tras la interposición del correspondiente recurso de suplicación por la empresa demanda, el TSJM revoca en su totalidad la sentencia de instancia, apreciando la excepción de caducidad alegada por la empresa. La actora interpuso contra dicha sentencia recurso de casación para la unificación de doctrina, aduciendo contradicción con otras sentencias también dictadas por dicho tribunal.

En relación a la problemática enjuiciada, en la sentencia que se comenta se entremezclan varias cuestiones interesantes: de un lado, una trabajadora en situación de excedencia voluntaria; de otro lado, una solicitud de reincorporación y silencio de la empresa; y, aunque la trabajadora ejercitó la acción de despido es preciso determinar si en este caso se aprecia la caducidad de la acción o incluso la cosa juzgada porque la demandante había reclamado inicialmente el despido; finalmente hay que determinar si la falta de contestación a las solicitudes de reingreso de la actora equivale a un despido tácito o no.

Para dilucidar la primera cuestión, hay que traer a colación lo dispuesto por el artículo 46.2 ET, en el que se reconoce esta tipología de excedencia *ad nutum* sin necesidad de alegar motivación alguna (STS de 25 de octubre de 2000), a diferencia de la forzosa, que es causal y solo se admite por dos motivos específicos— designación o elección para un cargo público— que imposibilite la asistencia al trabajo. Y es precisamente esta voluntariedad, por la que se solicita el ejercicio de este derecho al cese en la relación laboral de una trabajadora por cuenta ajena que de forma voluntaria y consensuada con la empresa acuerdan que tendrá una duración no inferior a un año y por tiempo ilimitado. La empresa le reconoce este derecho, al haber transcurrido seis años desde que se incorporó a la misma (la Ley solo exige una antigüedad en la empresa de un año por lo que triplica esta *conditio sine qua non* para su solici-

tud), estableciéndose un plazo no menor a cuatro meses y no mayor a cinco años para su reincorporación (en este caso el acuerdo contractual de las partes lo fija *sine die*). La actora trascurridos 6 años y de forma reiterada solicita su reincorporación a la empresa, en este sentido conviene recordar que, la ley no establece reserva de puesto de trabajo, sino que solo reconoce un derecho de reingreso en vacante de igual o en todo caso similar grupo profesional, siempre que exista una vacante en la empresa (STS 12 de septiembre de 2018 y STS de 26 de octubre de 2016), a excepción, de que se trate de cuidado de hijo o familiar, en cuyo caso la reserva es del primer año de excedencia o bien, que el convenio colectivo recoja este derecho a reserva(que no es el caso que nos ocupa). Se trata pues de una expectativa de derecho condicionado a la existencia de vacantes (STS de 14 de febrero de 2006 (RJ 2006,2230) (rcud 4799/2004), 21 de enero de 2010 (RJ 2010, 642) (rcud 1500/2009), 30 de abril de 2012 (rcud 2228/2011), 30 de noviembre de 2012 (rcud 3232/2011), y 15 marzo, 11 julio y 13 de septiembre de 2013 (rcud 1693/2012, 2139/2012 y 2140/2012) entre otras.

En esencia la polémica que se suscita es que la empresa rechaza la primera solicitud de reincorporación de la trabajadora aduciendo que no existen vacantes y posteriormente, tras reiteradas peticiones de la misma, la empresa no contesta y previo intento de conciliación ante el SMAC por parte de la trabajadora, la empresa recurre en suplicación ante el TSJM en cuya sentencia estima la excepción de caducidad alegada. Sobre este punto, la sentencia de casación, acertadamente puntualiza que –la negativa al reingreso no equivale necesariamente a despido– y lo decisivo en este punto, no es la declaración que pudiera hacer la trabajadora al solicitar su reingreso, sino la conducta de la empresa ante esa solicitud, máxime cuando la recurrente inició las acciones para el despido y el TSJM negó su pretensión aduciendo la inadecuación de dicha acción, declarando que la vía procedente sería la ordinaria de reingreso de la situación de excedencia. Asimismo la parte recurrente señala también que no hay constancia de la firmeza de esta sentencia, pero se ha acreditado el transcurso del plazo para recurrirla en tiempo y forma en suplicación y por tanto, el alegato de la empresa de falta acreditación no es más que un subterfugio para no reincorporarla y también para no indemnizarla por despido, además conviene recordar que en la actualidad, tras la STS del 11 de noviembre de 2020 (3968/2020), reconoce que la persona trabajadora no tiene ninguna obligación de reiterar la petición de reincorporación a la excedencia voluntaria.

En cuanto a la cuestión del segundo, la cosa juzgada no se produce porque la sentencia de contraste de 20 de febrero de 1992 del Juzgado de lo Social

núm. 6 de Madrid, desestimó la demanda declarando que no se había producido despido por lo que, esta cuestión no se ha juzgado aún.

IV. APUNTE FINAL

Para cerrar las cuestiones planteadas, el Tribunal Supremo sostiene que no contestar la solicitud de la trabajadora sin informarla sobre la situación de las vacantes ni manifestar, de forma expresa o tácita pero suficientemente inequívoca, su voluntad de extinguir la relación laboral, no puede considerarse *per se* cómo un despido a efectos de apreciar la caducidad. De modo que solo se podría interpretar que existe voluntad extintiva contractual por parte de la empresa y fijar el *dies a quo*, inicio del cómputo del plazo de caducidad de la acción frente al despido cuando ésta de forma categórica y expresa no admite la readmisión, situación que en el supuesto contemplado en esa sentencia no se ha producido, sin perjuicio de contravenir el principio de buena fe, como el no informar al trabajador sobre la existencia de vacantes o no contesta a sus solicitudes de reincorporación (sentencia de 21 de abril de 1986, con cita de las sentencias de 27 de septiembre de 1984 y 2 de julio de 1985), donde la motivación esencial de esta doctrina es amparar y regularizar una situación laboral que quedaría al amparo de una decisión unilateral de la empresa, convirtiendo la excedencia en un despido. De modo que, es necesario una negativa clara y terminante a la readmisión para que se inicie el cómputo de plazos para el despido, por lo que al estimar la excepción de caducidad la sentencia recurrida infringió, por aplicación indebida, del artículo 59.3 del ET, siendo imprescindible, además, para apreciar la caducidad de esta acción, que al trabajador le conste la voluntad del empresario de no proceder a la reincorporación, bien de forma expresa o tácita.

ACCIDENTE EN MISIÓN Y LÍMITES AL CARÁCTER PROFESIONAL DE LA CONTINGENCIA

JAIME CABEZA PEREIRO
Catedrático de la Universidade de Vigo

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2007 (RCUD. 3415/2005) [ECLI: ES: TS:2007:2115].

II. INTRODUCCIÓN

El TS, en Sala General, perfila el concepto de accidente de trabajo desde la perspectiva del accidente en misión. En esta sentencia desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la viuda del trabajador fallecido y considera que el fallecimiento del causante se produjo por contingencia común. En esencia, el fallo se basa en que no había ninguna vinculación del evento fatal con el desplazamiento del trabajador, ni ninguna circunstancia alrededor de la misión que guardara vinculación causal con el hecho luctuoso del trabajador.

La determinación de la contingencia en este tipo de situaciones ha producido una doctrina legal plagada de matizaciones. No siempre ha sido fácil seguir la estela argumentativa del TS, ni identificar la línea divisoria entre lo profesional y lo común. Se ha defendido una postura más expansiva, que a la postre conduciría a identificar como accidente de trabajo toda enfermedad laboral sufrida en el

tiempo en el que se desarrolla la misión e, inversamente, otra más restrictiva, que exige una causalidad más directa entre la misma y el evento dañoso.

En esta encrucijada, la sentencia que se comenta no ha sido, desde luego, la última en la que la Sala de lo Social ha terciado sobre este asunto. Pero sí que ha sido, probablemente, la más decisiva, como se comprueba con las posteriores, que hacen referencia a ella en términos muy destacados y de las que se hace glosa en este breve comentario. Con la precisión en el uso del lenguaje que siempre caracterizó a Aurelio Desdentado, que fue el ponente de la sentencia, la Sala expresa una diferencia más o menos clara a los efectos de que la contingencia pueda o no ser calificada como accidente de trabajo. No lo es en los casos en los que la relación entre la misión y el hecho lesivo es puramente casual y circunstancial. Es decir, cuando sucede durante la misma, pero sin que ésta coadyuve en modo alguno a su producción, que sucedería igualmente de no mediar el desplazamiento del trabajador.

No es fácil aislar una materia concreta como la que más ocupó la labor de Aurelio Desdentado, ya sea en su papel de magistrado de la Sala de lo Social, ya en sus estudios académicos. No obstante, el accidente de trabajo sí que puede identificarse como uno de los ámbitos en los que su impronta ha sido mayor, y, desde luego, duradera en su proyección futura. La sentencia objeto de este comentario no ha sido una de las de mayor densidad doctrinal. No obstante, es muy característica de su gran capacidad de cumplir la labor de unificación de doctrina y de abstraer una jurisprudencia clara a partir de unos hechos concretos. De forma concisa y al mismo tiempo didáctica, delimita con claridad los confines de las enfermedades laborales equiparables a accidente de trabajo, cuando suceden durante el desplazamiento del trabajador fuera de la localidad de su domicilio habitual.

III. COMENTARIO

Se trataba de un trabajador contratado por una empresa de transportes que, juntamente con un compañero, se desplazó de Ponferrada a la provincia de Murcia para transportar unos muebles. Habiendo llegado al destino y realizado la oportuna descarga, se trasladaron ambos trabajadores a un hotel en Molina de Segura, donde cenaron y se retiraron a sus respectivas habitaciones. A la mañana siguiente, el marido de la actora fue encontrado muerto, una vez que la Policía, avisada de que no respondía a las llamadas, derribó la puerta. El fallecimiento, de acuerdo con la autopsia, se produjo a causa de una hemorragia encefálica.

En 2007, el accidente en misión constituía una materia sobre la que se hacía precisa la intervención unificadora del TS. Algunos pronunciamientos anteriores no habían dado respuesta a muchas de las dudas que se habían planteado. Por lo tanto, se discutía si, como defendía parte de la casuística, la mera circunstancia temporal de que el hecho lesivo se produjese durante una misión era bastante para que el accidente o la enfermedad tuviesen que calificarse, necesariamente, como de etiología profesional. Por supuesto, esa corriente expansiva concurría con otra que exigía un mayor rigor causal, de modo que ambas posturas eran defendibles vistos los pronunciamientos anteriores.

Ahora bien, la propia sentencia pone de relieve un dato que rodea el asunto planteado de cierta especificidad. Se trataba de que el desplazamiento era habitual y no ocasional, porque la actividad concernida era el transporte de mercancías. La hemorragia encefálica que produjo el óbito se había desencadenado durante un período de descanso, en unas condiciones en las que no existía «ninguna conexión causal con el trabajo, salvo...haberse manifestado durante el desplazamiento».

La sentencia desdeña las diferencias accesorias esgrimidas por la mutua y por el Ministerio Fiscal para oponerse a la identidad entre la sentencia recurrida y la aportada como de contraste por la parte recurrente, pues en ambas coincidían los datos esenciales: un desplazamiento del trabajador para cumplir con su prestación laboral, una habitualidad en el mismo derivada de que la actividad era de transporte, la producción de la lesión durante un período de descanso y una lesión –infarto o hemorragia encefálica– sin conexión causal con el trabajo, más allá de producirse durante el desplazamiento.

Esta falta de conexión causal se erige como el elemento clave y la *ratio decidendi* de la sentencia de unificación de doctrina. Sobre la expresión del a sazón vigente artículo 115.1 de la LGSS de 1994 –actual artículo 156.1 de la vigente LGSS– «con ocasión o por consecuencia del», la Sala concede que «la conexión de ocasionalidad es más débil que la de causalidad», pero interpreta que exige, cuando menos, que el trabajo actúe como circunstancia que permita el accidente. En efecto, abunda que, igualmente a como sucede en el accidente *in itinere*, en el accidente en misión «el desplazamiento se protege en cuanto que puede ser determinante de la lesión». Como soporte argumental, cita, entre otras, STS de 26 diciembre de 1988, en la que se consideró de origen profesional la insuficiencia cardíaca sufrida por el trabajador que se había derivado de una crisis asmática producida durante un vuelo, lo cual le privó de una debida atención. Es decir, la circunstancia del vuelo precipitó el hecho causante, que no se hubiera producido, al menos con la intensidad resultante, descontextualizado de la misión.

La sentencia destaca la circunstancia de que el trabajador desarrollaba una actividad de transporte de mercancías. Por ese motivo, repasa los conceptos de tiempo de trabajo y de tiempo de presencia del RD 1561/1995, de 21 de septiembre, así como de la Directiva 2002/15/CE, de 11 marzo, y llega a la conclusión de que la pernocta durante la que sobrevino el fallecimiento del trabajador no podía considerarse ni como uno ni como otro, sino lisa y llanamente tiempo de descanso.

Y, finalmente, descarta también que el hecho causante pudiese considerarse como accidente *in itinere* por dos motivos: en primer lugar, porque el trabajador no estaba volviendo a su domicilio, pues no se encontraba en el trayecto, y ni siquiera el punto de llegada era el domicilio del trabajador. Por otro, porque el fallecimiento se produjo por enfermedad, no por accidente, de modo que la presunción de accidente que ampara los hechos sucedidos en tiempo y lugar de trabajo no aprovecha a las enfermedades laborales producidas *in itinere*.

Ya al margen de las expresas consideraciones contenidas en la sentencia, hay que formular una conclusión que se deduce claramente de ella. Se trata de que la doctrina de la sentencia es aplicable, con mayor motivo, fuera del ámbito del transporte. En efecto, menos dudas puede haber en los sectores en los que no se admite este concepto intermedio de tiempo de presencia, como una cuña existente entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso. Es más, incluso esa «ocasionalidad» a la que se refiere el artículo 156.1 de la LGSS se difumina más cuando se produce al margen de la actividad habitual, porque la circunstancia del desplazamiento pierde importancia causal cuando no es fácil identificar un nexo entre la actividad laboral y el evento dañoso.

Como se ha dicho, esta sentencia ha sido tomada en consideración como eje de la doctrina legal del TS en las posteriores sentencias que se han referido al accidente en misión. En realidad, no podría ser de otro modo, siquiera sea por tratarse de una sentencia dictada en Sala General. Debe reconocerse, así pues, como un pronunciamiento clave al respecto, cuya doctrina mantiene, desde luego, toda su vigencia en la actualidad. En este sentido, la primera sentencia a la que deba hacerse referencia es la STS de 8 de octubre de 2009 (rcud 1871/2008), referida a un supuesto muy próximo, aunque no producido en el sector del transporte, de un trabajador fallecido por un infarto agudo de miocardio mientras pernoctaba en un hotel de Marrakech en el que descansaba mientras realizaba un trabajo para su empresa. Muy parecidas a ella, aunque posteriores en el tiempo, son las SSTS de 11 de febrero de 2014 (rcud 42/2013) y de 20 de abril de 2015 (rcud 1487/2014). También lo es, pese a algún elemento que podía jugar en favor de la laboralidad del fallecimiento, la STS de 7 febrero 2017

(rcud 536/2015), que realiza una amplia paráfrasis de la STS de 6 de marzo de 2017. Sí que mereció la consideración de contingencia profesional el fallecimiento de un trabajador que, desplazado a Tailandia, adquirió una enfermedad, una neumonía por legionella, que le produjo el óbito a los pocos días de su regreso (STS de 23 de junio de 2015, rcud 944/2014). Obviamente, el desplazamiento había sido la ocasión para que sufriese ese padecimiento, configurándose así la «ocasionalidad» a la que hace referencia la reiterada STS de 6 de marzo de 2007.

Por su parte, en la STS de 19 de julio de 2010 (rcud 2698/2009) se reconoció el carácter profesional de un derrame cerebral sufrido por un trabajador del sector del transporte, pero precisamente porque se produjo durante el tiempo de presencia, en concreto durante una parada técnica. Fue suficiente una interpretación *a sensu contrario* de la STS de 6 de marzo de 2007, de la cual hizo profusa cita, para llegar a esa conclusión. Pocos días más tarde, una STS de 22 de julio de 2010 (rcud 4049/2009), con igual cita de esta sentencia, declaró también como profesional el óbito de un trabajador producido cuando se encontraba acostado en la cabina del camión a causa de una isquemia miocárdica. Entre otros motivos, la Sala entendió que en ese caso sí que era aplicable la presunción de laboralidad de la enfermedad sucedida durante el tiempo y en el lugar de trabajo, máxime porque el fallecimiento sucedió durante una parada obligatoria, y en el propio camión, para mayor seguridad de la mercancía transportada.

También en cuanto al sector del transporte, en este caso aéreo, debe citarse la STS de 1 de diciembre de 2017 (rcud 3892/2015). La actora, tripulante de cabina de pasajeros, había sufrido una crisis cardíaca después de prestar servicios en diversos vuelos y mientras se encontraba en el parking del aeropuerto, de uniforme, dispuesta a dirigirse al hotel donde pernoctaría. La incapacidad permanente con la que fue calificada se consideró como derivada de contingencia profesional, porque existía un «enlace directo y necesario» entre la situación en la que le sobrevino la crisis y el tiempo y lugar de trabajo. El hecho de que hubiese realizado cinco vuelos en las ocho horas anteriores, en el contexto de un desplazamiento susceptible de elevarle la tensión, reforzó la convicción de la Sala de lo Social. De nuevo, la conclusión se basa en un análisis de jurisprudencia que parte de la STS de 6 de marzo de 2007.

A su vez, la STS de 16 de septiembre de 2013 (rcud 2965/2012) consideró que era de etiología común un infarto cerebral sucedido por un trabajador de la construcción desplazado fuera de su domicilio y que sucedió mientras viajaba como ocupante –no como conductor– de un vehículo que lo transportaba al lugar de prestación de servicios. De nuevo se hace cita y reproducción

literal amplia de la STS de 6 de marzo de 2007 y se concluye que esta sentencia culmina una interpretación algo más restrictiva del concepto «accidente en misión», ya iniciada anteriormente en STS de 24 de septiembre de 2001 (rcud 3414/2000).

Más colateral referencia a la STS de 6 de marzo de 2007 se realiza en STS de 24 de febrero de 2014 (rcud 145/2013), referida al fallecimiento de un cocinero de un buque producido por ahogamiento cuando cayó al mar después de disfrutar de un permiso otorgado en un puerto extranjero a causa de una parada por las malas condiciones climatológicas y cuando saltaba a su embarcación desde otra próxima. Si bien en este caso es discutible que, propiamente, se trate de un accidente en misión, la sentencia desarrolla un amplio repaso de su doctrina legal sobre él. Así lo corroboró –que no era propiamente una «misión»– el TS en sentencia de 16 de julio de 2014 (rcud 2352/13)– en relación con un accidente que sufrió en marinerero de pesca de altura mientras veía una película en tiempo de descanso. Como el trabajador estaba a bordo y sometido a constante disponibilidad, se entendió que el accidente era de trabajo.

IV. APUNTE FINAL

El impacto de la STS de 6 de marzo de 2007 queda claramente descrito en estas páginas. La sentencia desarrolla una aproximación al accidente en misión que ha sido calificada, por parte de sentencias posteriores, como de corte restrictivo, en oposición a una doctrina anterior más inclusiva. Más allá de esos juicios de valor, con todo lo discutibles que puedan ser, debe expresarse en el «haber» de esta sentencia que traza una línea divisoria entre la contingencia profesional y la común bastante clara. El mero hecho del desplazamiento no es suficiente para que pueda apreciarse la concurrencia de un accidente de trabajo –o de una enfermedad asimilada a accidente–, sin que exista un nexo causal mínimo, es decir, que el evento lesivo se produzca, al menos, «con ocasión» del desplazamiento. Esa «causalidad débil» que la Sala no aprecia en el fallecimiento sucedido en el relato de hechos probados, produce que el mismo se califique como derivado de contingencia común.

Sin duda, la sentencia es un arquetipo de pronunciamiento dictado en unificación de doctrina y que, en verdad, resuelve una controversia entre dos posturas más o menos antagónicas. Constituye, en síntesis, una buena paráfrasis de ese oficio al que Aurelio Desdentado dedicó los más fructíferos años de su trayectoria como jurista del trabajo.

RECLAMACIÓN DE CANTIDAD E INEXISTENCIA DE INTERRUPCIÓN PARA DERECHOS SIMILARES DEVENGADOS CON POSTERIORIDAD.

FRANCISCO JAVIER CALVO GALLEGO
Catedrático de la Universidad de Sevilla

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1994 (RCUD 2410/1993) [ECLI: ES: TS:1994:4850].

II. INTRODUCCIÓN

La sentencia cuyo comentario se nos solicita, aunque ciertamente antigua, constituye una muestra excelente, no solo de los múltiples problemas que una institución aparentemente destinada a garantizar la seguridad jurídica, como es la prescripción, suele plantear entre muchos de nuestros operadores jurídicos, sino también del notable rigor, de la solidez científica y de la propia personalidad del que fuera su ponente. La claridad expositiva, tanto en su argumentación jurídica, como en la sucinta, pero diáfana, descripción de los hechos; el adecuado y eficiente encuadre del problema y de la posición jurisprudencial sobre el mismo; unido, al mismo tiempo, a un afán expositivo y didáctico, más propio en ocasiones de un investigador o de un docente, que de la más nuda y concreta labor jurisdiccional, demuestran las múltiples facetas de profesor, árbitro, investigador y magistrado que convivían en D. Aurelio

Desdentado y que justifican, sin duda, su enorme *autoritas* y el consiguiente impacto de su obra científica y jurisprudencial, en la construcción del moderno Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

No obstante, y a pesar de la brevedad exigida para este comentario, ruego al lector que me permita unas líneas escuetas pero mucho más personales; unas líneas dedicadas a recordar no ya tanto al excelente magistrado e investigador sino, más bien, a la persona cercana y generosa, capaz de pasar buena parte de una tarde discutiendo –y aportando algo de luz– a un entonces joven investigador sobre las reglas de responsabilidad contractual, las obligaciones de medios y de resultados y su relación con la obligación general de prevención. Descanse en paz un excelente profesional, pero también, y sobre todo, una persona amable y generosa.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

Como ya hemos señalado, resulta difícil simplificar más y mejor la controversia analizada en la resolución objeto de este comentario a como lo hace la propia sentencia en su fundamento jurídico primero: en esencia, lo que se discutía en este caso era si el proceso iniciado por una acción anterior de condena, que incluía una pretensión declarativa sobre el reconocimiento de un concepto retributivo, interrumpía o no la prescripción de la acción para reclamar las cantidades devengadas posteriormente por el mismo concepto.

No obstante, y para mejor comprensión por aquellos lectores más jóvenes, creo importante recordar que, por su antigüedad, aquel proceso no solo estuvo sometido a la vieja regulación contemplada en la Ley de procedimiento laboral, aprobada por el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, sino que, además, se desarrolló antes de la entrada en vigor de la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y, en especial, de su artículo 220.1; del mismo modo que las propias demandas son anteriores a la conocida doctrina sentada por nuestro Tribunal Constitucional en sus sentencias 194/1993, de 14 de junio¹ y 163/1998, de 14 de julio² y que dieron paso a la actual regulación de las condenas a futuro contemplada específicamente

¹ BOE núm. 171, de 19 de julio de 1993, ECLI: ES: TC:1993:194.

² BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1998, ECLI: ES: TC:1998:163.

en el artículo 99.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Esta contextualización resulta importante ya que este contexto normativo, unido a la presencia de una doctrina ciertamente reacia a admitir en aquel momento las denominadas condenas de futuro en el orden social³, motivaron que, como en este caso, fuera normal que en la demanda solo se reclamasen aquellas cantidades ya devengadas, todo lo más hasta el acto del juicio, sin que en cambio se solicitara el derecho «a que se le abonaran los complementos sucesivos desde entonces»⁴. Pero sobre esta cuestión volveremos, aunque sea brevemente, al final de este comentario.

2. Doctrina sentada y argumentación

Desde estas premisas –y volviendo por tanto al análisis de la resolución aquí comentada–, lo primero que seguramente debe destacarse es la meridiana claridad de su orden expositivo. Tras avanzar su posición mediante las pertinentes referencias a anteriores resoluciones de la misma sala, la sentencia construye ordenadamente su argumentación, desmontando uno tras otro, y sin mezclar los planos o cuestiones, los argumentos del recurso.

En este sentido, y como no podía ser menos, el primer problema a analizar era y es la fijación del *dies a quo* a partir del cual debe comenzar el cómputo del plazo. Pues bien, la solución parecía y parece evidente. Tratándose de reclamaciones de cantidad no incorporadas a la demanda inicial sino devengadas tras la fecha del juicio y hasta la firmeza de aquella primera resolución, la fecha inicial debía y debe ser aquella en la que cada uno de tales créditos pudieron ejercitarse y, por tanto, el momento en el que, habiéndose devengado la correspondiente retribución, no se hizo efectivo el pago en el momento legalmente previsto –art. 59.2 ET y artículo 1969 del Código Civil–⁵.

Como con indudable acierto señalaba la resolución, en estos casos era obvio que no resultaba aplicable el artículo 1971 Código Civil. La propia delimitación de la pretensión realizada por la actora –aunque, como deci-

³ Véanse, por mencionar solo algunos ejemplos, las SSTS de 14 de marzo y 9 de noviembre de 1989, ECLI: ES: TS:1989:1920 y ECLI: ES: TS:1989:6206, así como la de 21 de diciembre de 1993 ECLI: ES: TS:1993:9063, de las que fue igualmente ponente D. Aurelio Desdentado Bonete.

⁴ Véase en este sentido el fundamento de derecho segundo de la STSJ La Rioja (Sala de lo Social), núm 120/1993, de 29 de junio.

⁵ Obviamos aquí cualquier referencia a los posibles efectos interruptivos de las sentencias meramente declarativas, tradicionalmente rechazados por el orden social –por todas, la documentada STS (Sala de lo Social) núm. 941/2018 de 31 de octubre (rcud 2886/2016) ECLI: ECLI: ES: TS:2018:4074 –.

mos, condicionada seguramente por la posición entonces mayoritaria en relación con las condenas de futuro en el orden social— determinaba que la condena no pudiese alcanzar a aquellas cantidades ahora discutidas que, generadas durante el recurso, no se incorporaron obviamente al anterior procedimiento.

Y, finalmente, también resultaba evidente que la existencia de este primer proceso judicial, repetimos, por cantidades y hechos anteriores, en nada impedía esta necesaria reclamación del acreedor. Y ello ya que no nos encontrábamos, evidentemente, ante una situación de litispendencia, dada la ausencia de las identidades requeridas en el entonces artículo 1252 del Código Civil —hoy artículo 421.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil—. En realidad, la mencionada resolución en nada afectaba formalmente al propio contenido y a la delimitación concreta de la deuda ahora reclamada. A diferencia de lo que ocurre con la fecha del alta y la determinación posterior, previsiblemente definitiva, de las consecuencias y secuelas del accidente en sede de responsabilidad «civil» del empleador, los efectos de aquella sentencia no tenían aquí incidencia alguna sobre la cuantía o exigibilidad de la reclamación, sino más bien sobre su previsible éxito, cuestión esta, como se comprenderá, completamente distinta.

El problema, pues, no era ya tanto el momento del inicio del plazo de prescripción, sino una cuestión distinta y de la que debía formalmente separarse; esto es, si la propia interposición de la demanda y la propia actividad procesal, coetánea con el devengo de los mismos créditos ahora reclamados, podía considerarse como una causa de interrupción del artículo 1973 C.c. De hecho, esta cuestión fue aparentemente el núcleo del recurso desestimado, y respondía, previsiblemente, a la interpretación extraordinariamente amplia que nuestra jurisprudencia ha venido dando a la reclamación extrajudicial como posibilidad ciertamente atípica en el ámbito comparado⁶.

En este sentido, de todos es sabido cómo, ante la escasa regulación de esta cuestión en la normativa civil, la doctrina de la Sala Primera ha ido asumiendo una visión ciertamente flexible de esta forma de interrupción. Desde una perspectiva finalista —que parte de la propia fundamentación de la prescripción no ya en los principios de estricta justicia, sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de seguridad jurídica— esta misma Sala ha ido acogiendo una interpretación amplia, que no impondría fórmula instrumental alguna para esta reclamación, pudiendo

⁶ Véase, con cita de otras muchas, STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 5 de febrero de 2019 (rcud 2168/2016) ECLI: ES: TS:2019:342.

plantear por tanto «un problema de prueba... pero no... de forma». Y lo cierto es que esta interpretación, que abandonaba anteriores criterios bastante más rígidos y dogmáticos, fue rápidamente asumida en reiteradas ocasiones por la Sala de lo Social⁷ dando por ejemplo validez a la interrupción, no ya tanto por la presentación de la denuncia ante la Inspección de Trabajo o por la correlativa tramitación del expediente administrativo, sino por el conocimiento que tuvo el deudor de la reclamación del acreedor ante la autoridad laboral en relación con tales derechos⁸.

Ahora bien, es importante recordar que esta flexibilidad no ha sido nunca absoluta ya que ha sido también común exigir que dicha voluntad se exteriorice a través de un medio hábil y de forma adecuada, identificando el derecho, y llegando –o pudiendo hacerlo, receptividad– a conocimiento del deudor⁹. Pues bien, desde estas premisas el problema en este caso era y es claro, y se centraba nuevamente en el propio objeto de la reclamación y demás actuaciones procesales del actor. Como ya hemos señalado, la aformalidad y la focalización sobre el abandono o la falta de voluntad de ejercicio del derecho no supone, como hemos visto, una absoluta falta de condiciones en relación con este acto unilateral y recepticio. Y una de ellas, obviamente, es la correcta identificación del derecho, de la obligación y de la deuda que se reclama. Y en este caso, es obvio que, por las razones ya señaladas, la propia delimitación de la demanda y la correlativa actividad procesal del acreedor únicamente pudieron referirse, y por tanto, afectar a los hechos y relaciones jurídicas producidas con anterioridad y no, como sucedía en el caso, a las deudas y obligaciones que, aun similares, nacieron con posterioridad¹⁰.

En definitiva, tal y como estaba planteada la demanda inicial, la interpretación restrictiva de la prescripción no podía, por tanto, extenderse a acoger «que el ejercicio de la primera acción interrumpa la prescripción de una acción todavía no nacida para reclamar las cantidades que pudieran devengarse por un trabajo futuro».

⁷ En esta línea, y por mencionar solo un ejemplo, STS (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 26 de junio de 2013 (rcud 1161/2012) ECLI: ES: TS:2013:4493, de la que también fue ponente D. Aureliano Desdentado Bonete.

⁸ Véase, por ejemplo, STS (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 1 de diciembre de 2016 (rcud 2110/2015) ECLI: ES: TS:2016:5746.

⁹ Junto a las anteriores, véase la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 10 de enero de 2011 (Recurso extraordinario por infracción procesal núm. 894/2009) ECLI: ES: TS:2012:608.

¹⁰ En relación con las deudas generadas entre la demanda y el acto del juicio se recomienda la lectura de la interesante y excelentemente argumentada STS (Sala de los Social) num. 941/2018 de 31 octubre (rcud 2886/2016) ECLI: ECLI: ES: TS:2018:4074.

IV. APUNTE FINAL

Aun enmarcándose en la posición constante de nuestra jurisprudencia que reclama un tratamiento cautelar y una aplicación ciertamente restrictiva de la prescripción¹¹ –y que conduce, por ejemplo, a que «cualquier duda... habría de resolverse precisamente en el sentido más favorable para el titular del derecho y más restrictivo de la prescripción»¹²–, lo cierto es, como decimos, que la sentencia objeto de este comentario marca un límite plenamente justificado a tal orientación general.

Con todo, resulta evidente que su inicial e importante impacto¹³ se ha visto en buena parte matizado por la progresiva admisión de las condenas de futuro como consecuencia de la jurisprudencia constitucional y de las sucesivas reformas legales, lo que, como hemos visto, no es óbice para que su doctrina siga plenamente vigente cuando, por la semejanza de supuestos, resulte aún pertinente.

¹¹ Véase, por todas, y con cita de otras muchas, la posterior STS (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 26 de junio de 2013 (rcud 1161/2012) ECLI: ES: TS:2013:4493, de la que fue igualmente ponente D. Aurelio Desdentado.

¹² En este sentido, y junto a la anterior, pueden consultarse las SSTs (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 7 de julio de 2009 (rcud 2400/2008) ECLI: ES: TS:2009:5258, y 18 de enero de 2010 (rcud 3594/2008) ECLI: ES: TS:2010:370.

¹³ Junto a varias de las ya mencionadas, puede acudir –por mencionar solo algunas– a la STS de 21 de septiembre de 1999 (rcud 4162/1998) ECLI: ES: TS:1999:5662 y a todas las que ella menciona. En la doctrina de suplicación véanse, por todas, STSJ Galicia (Sala de lo Social) de 21 de mayo 1999 (recurso 1253/1999) y STSJ Navarra (Sala de lo Social) núm. 50/1996, de 31 enero 1996.

¿OBLIGACIÓN EMPRESARIAL DE COLABORAR EN EL ÉXITO DE LA HUELGA?: EL CASO DE LAS ACTIVIDADES AUTOMATIZADAS DE LA EMPRESA

ALBERTO CÁMARA BOTÍA
Catedrático de la Universidad de Murcia

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2012 (RCUD 265/2011) [ECLI: ES: TS:2012:9176]. Voto particular del Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete.

II. INTRODUCCIÓN

La falta de desarrollo legislativo del artículo 28.2 CE ha generado un intenso protagonismo judicial en la ordenación del derecho de huelga. La inicial depuración del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo por la STC 11/1981, de 8 de abril ha sido completada y continuada por numerosas sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que, más allá de interpretar la norma de 1977, han creado reglas que suplen, parcialmente, a la inexistente Ley Orgánica de Huelga.

Así sucede con la sentencia en la que se formuló el voto particular objeto de comentario en estas páginas, que establece una nueva norma para un su-

puesto no contemplado por el RDL 17/1977: el llamado «esquirolaje tecnológico», definido como «sustitución de medios humanos por medios mecánicos o automáticos» (FD 3.7) durante la huelga. Según esta sentencia hay lesión del derecho de huelga si una televisión «emite programación o publicidad por medios automáticos, en el caso de que dicha actividad empresarial, aún cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos o tecnológicos, priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial» (FD 3.6). Frente a esta doctrina formuló su voto particular el magistrado D. Aurelio Desdentado.

Varias circunstancias contribuyen a resaltar el interés e importancia tanto de la sentencia como del voto particular comentados, de los que se da cuenta sucintamente en estas páginas:

Se trata de una sentencia dictada en Sala General, en la que seis de los catorce magistrados firmantes suscriben votos particulares.

La sentencia se aparta del criterio del Tribunal, fijado seis meses antes en la STS de 11 de junio de 2012 (rc. 110/2011[ECLI: ES: TS:2012:5579]), cuyo ponente fue D. Aurelio Desdentado.

La STC 17/2017, de 2 de febrero estableció una nueva doctrina sobre el llamado «esquirolaje tecnológico», que desautoriza la afirmada en la STS de 5 de diciembre de 2012.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

El supuesto desencadenante del litigio es el siguiente. Durante una huelga general se fijan como servicios mínimos de una televisión pública autonómica «únicamente los servicios informativos diarios en su horario habitual». Varios sindicatos consideran que la empresa vulneró el derecho de huelga por emitir: a) programas que, a su juicio, no tenían carácter informativo, pues incluían entrevistas, tertulias y reportajes de actualidad; y b) la publicidad ordinaria y de la teletienda preprogramadas, cuya emisión «se produjo de manera completamente automática» y «sin intervención humana directa». El voto particular de D. Aurelio Desdentado solo se pronuncia sobre este último punto, por lo que a él limitaremos el comentario.

2. La sentencia de instancia: los «mínimos» se convierten en «máximos»

La STSJ País Vasco de 18 de octubre de 2011 (ECLI: ES: TSJPV:2011:3911) declaró que la emisión automatizada de la publicidad lesionó el derecho de huelga. Su decisión descansa en la STC 183/2006, de 19 de junio que, también sobre huelga en televisión, resolvió un problema sustancialmente distinto al aquí planteado. En efecto, la sentencia constitucional estimó que la emisión de programación pregrabada no podía incluirse dentro de los servicios mínimos, pues si se trataba de programas de entretenimiento faltaría la conexión con el artículo 20.1.d) CE (libertad de información) para permitir su mantenimiento como servicio esencial de la comunidad y si consistía en información estaría desprovista de la inmediatez necesaria para justificar la restricción del derecho de huelga. La declaración como servicio mínimo de la programación pregrabada buscaría la no interrupción del servicio con lo que se privaría «de repercusión apreciable a la huelga, sustrayéndole su virtualidad de medio de presión y de inequívoca exteriorización de los efectos del paro laboral efectivamente producido mediante la exigencia de una apariencia de normalidad del servicio contraria [...] al derecho de huelga» (FJ 8). Sin embargo el problema planteado en nuestro caso era distinto. No se partía de la calificación como servicio mínimo de la publicidad pregrabada, simplemente el empresario siguió emitiéndola durante la huelga como hacía habitualmente, de modo automatizado y sin intervención de trabajadores. Se trataba, sencillamente, de una cuestión de delimitación de la esfera de actuación empresarial durante la huelga.

La errónea elección del precedente llevó a una conclusión desacertada: el derecho de huelga «no se vulnera solamente por la utilización de medios personales en sustitución de las personas en huelga, sino también, como en el presente caso, por la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales» (FD 4). De este modo se restringía al máximo la capacidad de actuación empresarial, haciendo de los servicios mínimos el máximo de la actividad empresarial a mantener durante la huelga.

3. Un problema que ya estaba resuelto por la STS de 11 de junio de 2012 (ponente: D. Aurelio Desdentado)

La cuestión planteada no era nueva: en la misma televisión autonómica se había suscitado a propósito de otra huelga y había sido resuelta en el mismo sentido por la STSJ País Vasco de 22 de febrero de 2011 (ECLI: ES: TS-

JPV:2011:2298). Recurrída en casación, la STS de 11 de junio de 2012, de la que fue ponente D. Aurelio Desdentado, estimó errónea la interpretación de la STC 183/2006 efectuada por la sentencia del tribunal superior en cuanto convertía, como ya se ha explicado, los servicios mínimos en el límite de la actividad empresarial. Para el Tribunal Supremo el desarrollo de la actividad empresarial durante la huelga, con trabajadores no huelguistas o con medios automatizados sin intervención de trabajadores, no lesionaría el derecho de huelga. La actividad empresarial no incluida en los servicios mínimos puede realizarse «como cualquier otra, siempre que no se asignen a ella trabajadores encargados de los servicios mínimos, es decir, si se realiza con personal no huelguista y sin utilizar personal incluido en la prohibición de sustitución del artículo 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, o si se realiza de forma totalmente automática» (FD 1). A esta sentencia formuló voto particular el magistrado D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel cuyo contenido sería sustancialmente asumido por la STS de 5 de diciembre de 2012 que se expone a continuación.

4. El cambio de criterio del Tribunal Supremo: la sentencia de 5 de diciembre de 2012. La huelga de los trabajadores: ¿obliga a la «huelga» del empresario?

La empresa recurrió en casación la STSJ País Vasco de 18 de octubre de 2011 alegando: a) que no vulneró el derecho de huelga de los trabajadores porque la publicidad se emitió de modo completamente automático, sin intervención de trabajadores, aplicando los medios técnicos habituales; y b) que la STC 183/1986, de 19 de junio, sobre la que se fundamentaba el fallo, resolvió un caso distinto del aquí discutido por lo que resultaba inaplicable. Al resolver el recurso, el Tribunal Supremo se aparta del criterio mantenido seis meses antes en la STS de 11 de junio de 2012, asumiendo la doctrina del voto particular, produciéndose una curiosa alteración de papeles: el voto particular a la sentencia de junio se convierte en la sentencia de diciembre; y la sentencia de junio en el voto particular a la de diciembre.

La sentencia de 5 de diciembre de 2012 dedica su larguísimo fundamento jurídico tercero a dar respuesta a las alegaciones empresariales. Tres son los grandes ejes sobre los que gira: a) el principio: la solución del caso requiere la ponderación de los derechos de huelga y libertad de empresa; b) la subsunción del caso dentro de la prohibición de sustitución de trabajadores huelguistas [«en lo que aquí interesa, el precepto concernido» es el artículo 6.5 RDL 17/1977 (FD 3.3)], al hilo de la cual distingue entre los llamados «esquirolaje externo» e

«interno» con exposición de doctrina de las SSTC 123/1992, de 28 de septiembre y 33/2011, de 28 de marzo que declararon ilícito el ejercicio del *ius variandi* empresarial para privar de efectividad la huelga; c) el supuesto precedente representado por la STC 183/2006, a la que ya nos hemos referido, de la que el Tribunal Supremo se queda con *obiter dicta* que eleva a *ratio* de su decisión.

Sobre estas bases el TS formula una doctrina «con carácter general» sobre lo que llama «esquirolaje tecnológico» que define como «sustitución de medios humanos por medios mecánicos o automáticos» (FD 3.7): se lesiona el derecho de huelga «no sólo en el supuesto de que se utilicen medios humanos (trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos) para la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales [...] sino que también se lesiona este derecho cuando una empresa del sector de radiodifusión sonora y televisión emite programación o publicidad por medios automáticos, en el caso de que dicha actividad empresarial, aún cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos o tecnológicos, priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial de manera que no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aún amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro» (FD 3.6).

La lectura de este fundamento genera una cierta perplejidad en el lector, por cuanto le queda la impresión que se da respuesta aun problema inexistente. En el caso no hubo ninguna sustitución de trabajadores huelguistas: ni por otros trabajadores, ni por medios técnicos, pues, recuérdese, la emisión de publicidad se siguió haciendo del modo habitual. Lo que la sentencia hace realmente es reformular el contenido del derecho de huelga, derivando de él la restricción de la actividad empresarial, en sí lícita, por su efecto limitador no tanto de la huelga de los trabajadores (a los que en ningún momento se sustituye) sino de su visibilidad y repercusión social. Dicho de otro modo, la huelga de los trabajadores obligaría al empresario a holgar, lo que no parece compatible con el artículo 38 CE.

La perplejidad del lector se incrementa cuando, después de toda su farragosa construcción, la sentencia concluye estimando el recurso empresarial porque en la sentencia de instancia no se efectuó «alusión ni valoración alguna con respecto a la incidencia que pudo tener en la huelga la descrita actividad empresarial, en el sentido de producir un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio» (FD 3.7). Queda así la doctrina fijada como *doctrina prospectiva*, como aviso para futuros casos.

5. **El voto particular de D. Aurelio Desdentado a la STS de 5 de diciembre de 2012**

No resultará extraño que habiendo producido la STS de 5 de diciembre de 2012 el *overruling* de la STS de 11 de junio de 2012 de la que fue ponente, D. Aurelio Desdentado formulara un voto particular fundamentado en dos aspectos:

La doctrina de la STS de 5 de diciembre de 2012 excede la garantía del artículo 6.5 RDL 17/1977, pues según los hechos probados no hubo sustitución de huelguistas de ninguna clase: ni externa, ni interna, ni tecnológica. Se siguió emitiendo la publicidad pregrabada de modo automático, sin intervención humana, del modo acostumbrado en la empresa.

La STS de 5 de diciembre de 2012 reformula el contenido del derecho de huelga al prohibir la actividad empresarial (emisión de publicidad) realizada automáticamente, como se venía haciendo habitualmente en la empresa, sin sustitución de trabajadores huelguistas. De esta forma «se impone al empresario una obligación de colaborar en el resultado positivo de la huelga, «absteniéndose de realizar su actividad por medios que no se ha acreditado que supongan sustitución alguna de los huelguistas». Para Desdentado «el derecho de huelga no comprende la obligación de que el empresario se abstenga de realizar una actividad productiva que puede comprometer el logro de los objetivos de la huelga, cuando esa actividad se realiza sin sustitución de los huelguistas».

Para este lector, por las razones brevemente expuestas, queda clara la superioridad de la argumentación del voto particular de D. Aurelio Desdentado y de la sentencia de 11 de junio sobre la de 5 de diciembre que no debía haber alterado el criterio anteriormente fijado.

6. **Evolución posterior. La STC 17/2017, de 2 de febrero: el empresario no tiene el deber de colaborar con los huelguistas en el logro de sus propósitos**

Un supuesto similar se planteó ante el Tribunal Constitucional unos años después: la retransmisión televisiva de un partido de fútbol un día de huelga, utilizando los medios técnicos disponibles en la empresa (no adquiridos expresamente para hacer frente a los efectos de la huelga), pero que no eran de uso habitual, siguiendo un procedimiento distinto al normalmente previsto y con la colaboración de trabajadores que no secundaron la huelga ni realizaron funciones distintas de las habituales. Se cuestionó si esa actividad empresarial podía

«asimilarse a los supuestos de esquirolaje o sustitución de los trabajadores huelguistas.» La STC 17/2017, de 2 de febrero desarticula plenamente la doctrina de la STS de 5 de diciembre de 2012:

«[...] exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa supone imponer al empresario una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente. La utilización de medios ya existentes en la empresa es compatible con el derecho de huelga y no puede extenderse, por vía analógica, a este supuesto la prohibición prevista en el artículo 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977 [...].

[...] ni la Constitución ni la jurisprudencia constitucional obligan a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la reivindicación, pues debe respetarse la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga [...], ni obligan al empresario a reducir la actividad empresarial más allá de lo que sea una consecuencia lógica del seguimiento de la huelga por los trabajadores afectados [...]. La efectividad del ejercicio del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta dirigida a no utilizar los medios técnicos con los que cuenta en la empresa o a abstenerse de realizar una actividad productiva que pueda comprometer el logro de los objetivos de la huelga, al igual que no obliga a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la protesta, y ello porque lo que garantiza la Constitución es el derecho a realizar la huelga, no el resultado o el éxito de la misma.

[...] sería desproporcionado exigir al empresario, en supuestos como el presente, que colabore por inacción u omisión al éxito de la huelga. El derecho de huelga aparece configurado como una presión legal al empresario que debe soportar las consecuencias naturales de su ejercicio por parte de los trabajadores que se abstienen de trabajar, pero no se impone el deber o la obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósitos» (FJ 7).

La STC 17/2017 fija de este modo el estado de la cuestión, del que la STS de 13 de julio de 2017 (ECLI: ES: TS:2017:3166) se hace eco (FD 2).

IV. APUNTE FINAL

La lectura del voto particular de D. Aurelio Desdentado a la STS de 5 de diciembre de 2012 evidencia su calidad de gran jurista: su capacidad para percibir y deslindar el problema al que debe dar solución, evitando su confusión con otros ajenos al caso; el dominio de la argumentación jurídica, que le permite realizar una construcción doctrinal breve y coherente; el equilibrio y buen sentido de las conclusiones alcanzadas, evitando posiciones unilaterales; la posesión de un estilo literario diáfano que envuelve al lector, un estilo, además, propio y perfectamente identificable. Sobre todas ellas destacaría el profundo

sentido de respeto al Derecho que rezuma su exposición, encarnando la figura del magistrado responsable y sometido únicamente al imperio de la ley (art. 117.1 CE).

Explicando las diferencias entre los sistemas de *common law* y de *civil law* se ha dicho que en el continente europeo «los tribunales tienden a no tener cara y los jueces, en lugar de individuos claramente visibles, han sido descritos como personas fungibles», mientras que los jueces del *common law* «juegan un papel altamente personal, sus nombres resultan conocidos» y sus «opiniones divergentes, que pueden un día transformarse en opiniones mayoritarias, se publican, (y) se discuten» (Van Caenegem). No cabe duda alguna que D. Aurelio Desdentado no ha sido un juez fungible, sino que, por el contrario, el ordenamiento laboral español manifestará durante mucho tiempo el sello de su obra jurisprudencial.

LA ÚLTIMA SENTENCIA DE AURELIO DESDENTADO BONETE

YOLANDA CANO GALÁN

Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo.
Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos

I. SENTENCIA COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2014 (Rec. 268/2011) [ECI: ES: TS:2014:1186].

II. INTRODUCCIÓN

Una sentencia me permitió conocer a Aurelio Desdentado Bonete, y el comentario de su última sentencia me permite homenajear a quien tanto admiré y tanto me enseñó, con la pena de no culminar ciertos proyectos de los que tanto y tan largo hablamos. Recién llegada al Tribunal Supremo como Letrada del Gabinete Técnico, Aurelio asomó su cabeza (como tantas veces hacía) por la puerta del despacho que compartía (y todavía comparto) con los magníficos compañeros que conforman el grupo de Letrados del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, para darme la bienvenida y pedirme que cuando pudiera subiera a su despacho (ese en el que tantas veces me senté con Aurelio), para comentar conmigo algunas apreciaciones sobre mis incipientes informes. Cómo no recordar una primera conversación con Aurelio. Desde la humildad

que siempre mostró, quería comentar uno de mis primeros informes como Letrada. Desde ese momento me enseñó las aristas del complejo recurso de casación para la unificación de doctrina de la, por aquél entonces, Ley de Procedimiento Laboral, y sin querer (porque no daba consejos no pedidos), me dio muchas de las recomendaciones que me han mantenido durante más de diez años en el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo.

Los Letrados que hemos tenido la suerte de trabajar con Aurelio echamos de menos esas llamadas para departir con él, no sólo sobre informes, cambios legislativos o jurisprudenciales, sino sobre cosas que tienen que ver con algo tan importante como la vida, esa que homenajeamos con este libro. También echamos de menos sus visitas al despacho de los Letrados (en cuanto oíamos su voz en alguno de ellos, acudíamos el resto para alargar la conversación), en que se sentaba en la esquina de cualquier mesa para recomendarnos alguna lectura (¿quién no se ha vuelto a releer Guerra y Paz tras una conversación con Aurelio?), muchas de las cuales, como me atrevía a decirle en ocasiones, nunca pude terminar.

Aurelio fue uno de nuestros maestros (mío y de mis compañeros/as Letrados/as del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo) de los recursos de casación y casación para la unificación de doctrina, con él pude compartir conferencias en las que nos distribuíamos ambos recursos (siempre me dejaba elegir), con él departimos sobre las nuevas complejidades que nos trajo la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, a él nos aferramos cuando necesitábamos desahogarnos sobre una carga de trabajo de la que él nunca se quejó, a él recurriamos cuando necesitábamos una cabeza maestra que nos despejara cualquier tipo de duda (profesional casi siempre, pero también, a veces, personal), con él nos íbamos a las librerías de la zona de Las Salesa donde nos sorprendía con sus cuidadas recomendaciones literarias. Ya no podré volver a debatir *viva voce* con Aurelio, pero sí puedo agradecerle todas sus enseñanzas y el cariño personal que siempre me mostró (y que yo atesoraré), con el comentario a la que fue su última sentencia.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

Aurelio Desdentado Bonete, Ponente de la sentencia, resume, en un magistral alarde de sistematización, cuál fue la cuestión inicialmente planteada en las demandas de conflicto presentadas por las patronales sanitarias (UCH

y CAPSS): 1) Con carácter principal, que se declarase ajustada a derecho la reducción del 5% del salario de los trabajadores dependientes de las empresas representadas por las asociaciones demandantes, incluidos en el ámbito de aplicación del VII Convenio XHUP; 2) Con carácter subsidiario, la procedencia de la reducción salarial en las entidades de derecho público sometidas al derecho privado reguladas por el Estatuto de la Empresa Pública Catalana o Consorcio.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 3 de agosto de 2011, aclarada por Auto de 10 de octubre de 2011, estimó la pretensión subsidiaria, pero no la principal.

Dicho pronunciamiento provocó la presentación de siete recursos de casación que Aurelio aborda en dos bloques: 1) Los presentados por las asociaciones empresariales demandantes, en que en esencia plantean que la reducción de los empleados públicos sometidos a régimen laboral establecida en el Decreto Ley 3/2010, de 29 de mayo, también es aplicable a los trabajadores de las entidades privadas concertadas de la XHUP/CAPC que no están incluidas en el artículo 22 Ley 25/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos de la Generalidad de Cataluña, sin que para que opere dicha reducción haya que recurrir a los procedimientos de los arts. 41 y 83.3 ET, ya que el nivel alcanzado en VII Convenio Colectivo XHUP y CAAC, solo puede mantenerse si se mantiene también el nivel del concierto, lo que no ha ocurrido tras la entrada en vigor de dicha norma; y 2) Los presentados por los sindicatos, que básicamente solicitan la desestimación íntegra de la demanda.

2. Relevancia del asunto

La última sentencia de Aurelio no es de esas sobre las que se hacen comentarios jurisprudenciales o que se discuten en círculos jurídicos. La aridez del tema, las innumerables cuestiones planteadas en los siete recursos de casación presentados y el hecho de que se dictara en casación ordinaria y no en casación para la unificación de doctrina, hacen que la última sentencia de Aurelio no tuviera el eco que otras muchas de sus sentencias sí tuvieron.

Aun así, hay que destacar la importante labor de sistematización que Aurelio realiza no solo de los recursos presentados, sino de la doctrina constitucional, de la jurisprudencia de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo sobre la cuestión, de los principios inspiradores del ordenamiento jurídico en general y del laboral en particular, para dar una respuesta individualizada, pero también integral, de todas y cada una (y no son pocas) de las cuestiones planteadas.

3. Doctrina sentada

La sentencia, como todas las de Aurelio, sigue una estructura «clásica», en que en primer lugar identifica los problemas inicialmente planteados en la demanda, resume la solución alcanzada en la instancia, y aborda, de forma estructurada, las cuestiones casacionales. Como ha sido tradicional en sus sentencias, dictadas sin florituras, evitando *obiter dictas* y sin transcripción sino resumen de la doctrina y jurisprudencia que sirve para resolver las cuestiones casacionales, aborda las soluciones por bloques, desentrañando de los recursos aquellas que son coincidentes y que merecen una solución conjunta, de las que son independientes y que requieren de un abordaje individualizado.

Siguiendo su propia sistemática, y partiendo de que la sentencia comentada desestima todos los recursos presentados, tanto los de las asociaciones empresariales, en que se pretendía, en esencia, que la reducción salarial establecida para los empleados públicos en el Decreto-ley 3/2020, también sea aplicable a los trabajadores de entidades privadas concertadas de la XHUP/CAPC, y los presentados por los sindicatos que pretendían, todos ellos, la desestimación íntegra de la demanda, la doctrina que sienta la sentencia se puede resumir del siguiente modo.

3.1 LOS RECURSOS PRESENTADOS POR LAS ASOCIACIONES EMPRESARIALES

La sentencia contiene importantes conclusiones que, adoptadas respecto del particular supuesto que aborda, sin embargo, podrían ser extrapolables a otros.

En primer lugar, insiste en que no se vulnera el artículo 14 CE cuando se establece una distinción (en el supuesto reducción salarial), entre empleados de entidades públicas y privadas, y ello por cuanto, como reiteradamente se ha afirmado en la doctrina constitucional y la jurisprudencia de la propia Sala 4.^a del Tribunal Supremo, son supuestos que no son comparables.

En segundo lugar analiza la DF 3.^a del VII Convenio Colectivo XHUP y CAAC, para concluir: 1) Primero, que conforme a la mediación alcanzada para poner fin a la huelga, las medidas establecidas en el convenio «han de ser financiadas por la Administración sanitaria de Cataluña», previsión de la que no es posible extraer que se autorice a las empresas privadas a reducir los salarios de los trabajadores a su servicio por el mero hecho de que se haya reducido la aportación económica; 2) Segundo, que dicha cláusula no tiene carácter normativo (porque no incorpora una regla general aplicable en su

ámbito de regulación) o contractual (porque el sujeto obligado no es firmante del convenio), tratándose de un mero pacto que pretende tener eficacia para un tercero, por lo que tiene carácter *ultra vires*, lo que provoca que no pueda surtir ningún efecto; 3) En tercer lugar, que la DF 3.^a del VII Convenio Colectivo XHUP y CAAC, o el acuerdo para la homologación del a financiación, no puede operar como condición resolutoria respecto del mantenimiento del nivel retributivo alcanzado, porque además de ser de «legalidad cuestionable», sería contradictorio con la tesis que se mantiene sobre el carácter no limitado temporalmente de la aportación

En tercer lugar, falla la sentencia en el sentido de que no es posible acoger los recursos de las asociaciones empresariales, puesto que ni el artículo 3.4 del Decreto-ley 3/2010, ni el artículo 22 de la Ley 25/2009, refieren a las entidades privadas concertadas.

3.2 LOS RECURSOS PRESENTADOS POR LOS SINDICATOS

Igualmente desestima la sentencia todos y cada uno de los recursos presentados por los sindicatos. En primer lugar, considera que la sentencia no incurre en incongruencia omisiva por el hecho de que se reproduzcan razonamientos de otro juicio de circunstancias similares, y ello por cuanto la sentencia da respuesta a todos y cada uno de los puntos debatidos.

En segundo lugar, rechaza que se deba plantear cuestión de inconstitucionalidad como consecuencia de la reducción de salarios en el sector público que se contempla en el Decreto Ley 3/2020, de 29 de mayo y Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo. Para ello, examina detalladamente los requisitos establecidos en la doctrina constitucional respecto de los límites del Decreto-Ley, para concluir, no solo que dicha cuestión ya fue resuelta en Auto del Pleno del Tribunal Constitucional 85/2011, de 7 de junio –que rechazó la inconstitucionalidad ahora propugnada–, sino también por cuanto se trata de una intervención legislativa justificada por razones extraordinarias derivada «la situación de crisis económico-financiera», siendo el título competencial correcto puesto que no se trata de una cuestión laboral sino de medidas de carácter presupuestario y de control del gasto público.

En tercer lugar, que para que opere la reducción no es preciso un informe del departamento competente en materia de función pública y del departamento de economía –que en el supuesto no se emitió–, puesto que no se está ante una modificación ordinaria de retribuciones, sino directamente ordenada por

una disposición con rango de ley que no queda compelida a la exigencia de dicho informe.

En cuarto lugar, que puesto que la reducción viene impuesta legislativamente, no es preciso recurrir a los procedimientos de modificación sustancial de condiciones salariales del artículo 41 ET, ni al de descuelgue del convenio del artículo 82.3 ET.

Por último, en cuanto al fondo, concluye la sentencia que las normas sobre ajuste retributivo no se aplican únicamente al personal laboral de la Administración de la Generalidad de Cataluña, sino a todos los entes del sector público catalán del artículo 22 de la Ley 25/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos de la Generalidad de Cataluña, sin que sea posible la actualización de las retribuciones del convenio desde que entró en ultraactividad, puesto que las tablas salariales están limitadas por las normas presupuestarias de rango superior, sin que tampoco se vulnere el derecho de los trabajadores a la percepción puntual de la remuneración pactada en el convenio colectivo.

4. Evolución posterior

No son pocas las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que abordan cuestiones relativas a la reducción salarial como consecuencia de las Leyes que establecen limitaciones presupuestarias, muchas de ellas sentencias anteriores a la que ahora se comenta, cuyo Ponente es Aurelio Desdentado Bonete. Así, en STS de 23 de abril de 2012 (Rec. 186/2011), se consideró ajustada a derecho la reducción salarial en el sector de la Agencia Catalana de turismo como consecuencia del Decreto-Ley 3/2010, y en STS de 15 de noviembre de 2012 (Rec. 251/2011), igualmente se entendió que la reducción salarial prevista en el RDL 8/2010 y Ley 3/2010 del Parlamento de Galicia, era aplicable a las empresas públicas.

La sentencia hoy comentada fue la última de la que Aurelio Desdentado Bonete fue Ponente, y la última en la que participó, y aunque no se cita en sentencias posteriores, su doctrina se sigue en otras muchas en que se abordó la reducción salarial de trabajadores públicos como consecuencia de lo previsto en el Decreto-ley 3/2010, Real Decreto Ley 8/2010 y leyes autonómicas que se ajustaron a dichas previsiones. A modo de ejemplo: SSTS de 22 de septiembre de 2015 (Rec. 278/2014), de 6 de abril de 2016 (Rec. 80/2015), de 20 de diciembre de 2017 (Rec. 36/2017) o de 17 de diciembre de 2019 (Rec. 2049/2017).

IV. APUNTE FINAL

La capacidad de Aurelio Desdentado Bonete para hacer fácil lo difícil se pone de manifiesto en su última sentencia. A pesar de la complejidad del tema y de las innumerables cuestiones planteadas en los siete recursos de casación presentados, él consigue, en el alarde de sistematización a que nos tenía acostumbrados, dar respuesta, separada o conjuntamente, a todas ellas, sin florituras, con referencias a jurisprudencia y doctrina constitucional que resume sin copiar, sin razonamientos innecesarios, sin rodeos y al grano, pero con la necesaria claridad para que tanto juristas como no juristas puedan seguir el hilo de los razonamientos que derivan en el fallo alcanzado.

Tras su jubilación como Magistrado de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo, pudimos seguir disfrutando de esa técnica «aureliana» de abordaje de los problemas jurídicos gracias a sus artículos doctrinales, que compartía, antes de su publicación, con los Letrados del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, en esa generosidad a la que nos tenía acostumbrados.

Nadie se va del todo mientras le recordemos, y Aurelio Desdentado Bonete, por muchos motivos, siempre será recordado. Yo, personalmente, le echo de menos, pero seguiré sus consejos e intentaré dar luz a esos trabajos doctrinales a los que él me instó. En su memoria.

LA INCAPACIDAD TEMPORAL, UNA SUSPENSIÓN COMPLEJA

FRANCISCO CARMONA POZAS

Magistrado emérito (j) de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Sevilla)

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1987 [ECLI: ES: TS:1987:479].

Trata la sentencia que se comenta una cuestión reiterada en nuestra jurisprudencia, abordando complejos perfiles y expresando subjetivas interpretaciones, originando calificaciones dispares en presencia de elementos probatorios similares, en ocasiones incompletos y predominantes propios de un ámbito sanitario que dificulta o entorpece su valoración y efectos; del mismo modo agrava esta complejidad las escasas o nulas referencias profesionales del trabajador. A esta realidad debería adicionarse, con valor determinante y acaso previo, la propia noción de «incapacidad temporal» de singular prescripción y valor médico conforme a la escasa normativa vigente al tiempo de su aplicación (1987). Llama particularmente la atención del supuesto: la lesión del trabajador (depresión), su categoría profesional (encargado) y la descripción de las tareas realizadas encontrándose en situación de incapacidad laboral transitoria («asesorar o supervisar el puesto de castañas de su esposa, pero no las vendía, sin vestir traje de faena; asimismo hacía alguna compra, como pan o conducía el vehículo de su propiedad en alguna ocasión»). La actividad realizada, en su conjunto y lógica deducción, considerando la incapacitación profesional para la que fue

declarado en ILT –encargado– supone un cierto paralelismo o asimilación con las tareas «asesoras» y demás ejecutadas. Ignorada la graduación de su patología, evolución, antecedentes, tratamiento, edad del trabajador y otros aspectos similares, incommutables la utilidad, satisfacción y rendimiento de aquellas tareas, su ausencia determinaría el rechazo del recurso interpuesto.

II. INTRODUCCIÓN

El tema de la incapacidad temporal¹ origina especial litigiosidad y notoria jurisprudencia al combinar dos elementos determinantes de difícil conexión: que el trabajador perciba asistencia sanitaria prestada por la seguridad social y que ocasione un impedimento para el trabajo, situación que se declara mediante la extensión del certificado médico de baja. En principio y con carácter general el facultativo ignora numerosos aspectos de la relación de «trabajo» que pudiere fundar aquella y, conocidos, habría que considerar su valoración y efectos, cuestiones que razonablemente escapan de su intervención profesional.

La cuestión resulta de particular relevancia en el contexto general de las relaciones laborales y su proyección en la esfera de la seguridad social, acaso evitables otorgando mayor precisión al reconocimiento médico del trabajador, describiendo el cuadro residual lesivo y sus efectos físicos, funcionales, intelectuales o psíquicos en relación con su afectación para el trabajo desarrollado por el propio interesado debidamente descrito, información que permitiría al facultativo, con mayor fundamentación, discernir los efectos de aquella patología en función de la actividad laboral desplegada por el trabajador, dando lugar a una situación temporal de incapacidad laboral o solamente a una específica asistencia sanitaria compatible con aquella actividad, evidentemente dotada del correspondiente tratamiento.

III. COMENTARIO

El tema debatido², además de su profundo arraigo y evolución, revela toda su significación y conflictividad en el caso planteado, tanto por su análisis

¹ El comentario de la presente sentencia se circunscribe exclusivamente a los procesos de incapacidad temporal, concurrente actividad y consecuencias sancionatorias; abordar otros aspectos particularmente sugerentes (finalización del contrato, suerte de prestaciones complementarias, eventual cobertura por desempleo, recargo de prestaciones, y otras) rebasaría el límite material del tema comprometido.

² Extensamente analizado, con rigor histórico, por nuestra doctrina científica y en sede jurisprudencial, de ociosa cita por su difusión y general conocimiento.

y conclusión como por las diferentes sentencias citadas que encarnan toda una compleja y versátil cuestión de fondo. El fallo de la sentencia, valorando el dictamen médico emitido y las prescripciones en el mismo contenidas, entiende que las actividades realizadas «no perturban la curación del trabajador ni evidencian una actitud laboral con la consiguiente simulación en perjuicio empresa», antes al contrario, la terapia ocupacional no señalaba, como contradictorias, las «indebidas» tareas realizadas por el trabajador. El planteamiento de la sentencia resulta absolutamente congruente con los hechos y antecedentes jurisprudenciales consignados. Desde una perspectiva dialéctica, podría inquirirse sobre la edad del trabajador, el tipo y grado de «depresión», duración del proceso de ILT, evolución del tratamiento y antecedentes, y teniendo en cuenta que el trabajador ejercía la profesión de encargado, las tareas realizadas configuraron un supuesto que, tratado en momento procesal oportuno, ofrecería mejor debate y, acaso, diferente solución judicial.

El asunto tratado –prestación de actividad de contenido laboral encontrándose el trabajador en situación de IT– comporta un complejo tema de plural afectación y consecuencias. En primer lugar, para la empleadora que deberá soportar el régimen cotizatorio y prescindir temporalmente de su capacidad productiva, con las observaciones que la ley establece para contingencias comunes y profesionales, cuando menos. En un segundo plano para la Tesorería General de la Seguridad Social y gestoras implicadas, la incidencia de posibles modificaciones sobre la base de cotización y subsiguiente cobertura, inclusive prestaciones por desempleo. En último lugar el propio trabajador cursando una situación laboral irregular sancionable, sujeta a calificación judicial.

La ordenación vigente del tema (RD 625/2014 de 18 de julio y orden ESS/1187/2015 de 15 de junio) ofrece un sistema de control e información más riguroso partiendo del propio parte médico de baja, disponiendo (art. 2.2 del RD) «Todo parte médico de baja irá precedido de un reconocimiento médico del trabajador que permita la determinación objetiva de la incapacidad temporal para el trabajo habitual, a cuyo efecto el médico requerirá al trabajador los datos necesarios que contribuyan tanto a precisar la patología objetiva de diagnóstico, como su posible incapacidad para realizar su trabajo». Por su parte el artículo 1 de la Orden regulaba que «los trabajadores deberán facilitar a los facultativos a los que corresponda la expedición de los mencionados partes médicos los datos necesarios para su correcta cumplimentación». Completa su seguimiento el tenor del parte médico de baja al consignar, entre otros aspectos, el puesto de trabajo del trabajador (código nacional de ocupación), descripción de la limitación de la capacidad funcional, tipo de proceso (en función de su duración) y fecha de la siguiente revisión. Los sucesivos infor-

mes complementarios y de control (art. 4 del RD), «recogerán las dolencias padecidas por el trabajador, en tratamiento médico prescrito, las pruebas médicas en su caso realizadas, la evolución de las dolencias y su incidencia sobre la capacidad funcional del interesado», estos informes médicos se actualizarán, necesariamente, cada dos partes de confirmación de baja posteriores. Toda esta documentación, hasta la extensión de la correspondiente alta médica, constituye un dossier sumamente interesante para la gestión de la seguridad social, organización de la empresa y aportación al proceso laboral.

El análisis y decisión jurisdiccional del tema ocasiona otra secuencia no menos importante –aún referida a este estricto campo–, en orden a la aplicación del artículo 219 de la ley de la Jurisdicción Social. La meticulosidad requerida para la viabilidad del recurso de casación en unificación de doctrina, examinada la extensa jurisprudencia existente sobre la cuestión, y teniendo en cuenta que «... la igualdad sustancial de los hechos que exige el precepto, debe colegirse de la narración histórica de las sentencia comparadas, porque no son los hechos realmente acontecidos los determinantes, en sí mismo, sino la forma en que aquellos han quedado plasmados en los respectivos relatos fácticos, de los que indefectiblemente debe partir la Sala en este recurso excepcional para efectuar el juicio de comparación» (Sentencia del TS de 7/10/2004, citada en la actual sentencia de 18/1/2018), análisis lógico que vendrá a incrementar las causas de inadmisión.

IV. APUNTE FINAL

La evolución de la jurisprudencia sobre el tema debatido, lógicamente mantiene la misma línea argumental (sentencia de 6 de octubre de 2019, 1 de octubre de 2020 y 3 de febrero de 2021, entre otras), si bien la conclusión dominante, en aplicación del artículo 219.1 de la ley de la Jurisdicción Social, además de enjuiciar el tema que se comenta, es la inadmisión del recurso de casación en unificación de doctrina. En todo caso, como con reiteración tiene declarado la Sala, la calificación de las conductas a los efectos de su inclusión en el artículo 54 del ET «no es materia propia de la unificación de doctrina, ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales...», lo que requiere, como señala la sentencia de 21/9/2017, que «el enjuiciamiento del despido disciplinario debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción entre infracción y sanción, aplicando un criterio individualizador en función de las singulares peculiaridades del caso...», doctrina que con diferentes argumentos circunstanciales, participan de la teoría gradua-

lista –adecuación ente el hecho imputado y el comportamiento del trabajador– preservando la incolumidad de la relación laboral, tras analizar la culpabilidad y gravedad de la infracción cometida, contemplando la individualización de los hechos y la proporcionalidad correctora. O descartar tal incidencia como contempla el Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de la hostelería (art. 4.º 9), vigente.

Como observación o reflexión final, sentada la inagotable fuente de litigiosidad de la materia, necesitada de una intensa y pormenorizada clarificación vía convenio colectivo y reforzada la baja médica con bases laboralizadas más precisas, facilitadas especialmente por la empresa, tres aspectos ofrecen especial atención:

1. Parece oportuno profundizar y distinguir los conceptos afines o conexos relacionados con el tema (entre otros), como la profesión habitual, la categoría, el grupo profesional y el juego de la movilidad funcional o la polivalencia, temas tratados en diferentes convenios colectivos, conforme a las pautas del artículo 22 del ET, con las reservas del artículo 39 del mismo texto legal.

2. Pese a su aparente lateralidad, el tema de la «segunda actividad», propia de determinadas profesiones de seguridad y orden público y su extenso tratamiento jurisprudencial, ha puesto de relieve la ejecución parcial de aquella actividad partiendo de una «profesión habitual», hecho que plantea alguna interrogante sobre la existencia, duración y efectos de la IT inicial, puesto que si el acceso a la segunda actividad deriva de un alta médica con lesiones estabilizadas, el propio proceso de IT pudo considerar esta alternativa si la secuela o su tratamiento no impedían la ejecución de aquellas tareas subsidiarias parte de la profesión, o podría influir en su duración y efectos, precipitada por el acceso a esa segunda actividad, sin perjuicio de mantenerse el correspondiente tratamiento sanitario. Desde luego, considerando este aspecto la IT podría tener otra dimensión.

3. El examen detenido del tema, obviamente complejo en su resolución judicial, permite referir dos aspectos importantes de evidente conexión. A) Nos referimos al supuesto del trabajador en situación de IT que presta servicios profesionales para otra empresa en actividad completamente distinta y simultánea al tiempo de la declaración de IT. El examen de la patología presentada podría dar lugar igualmente a permanecer en IT para esta segunda y diferente ocupación, gozando de las coberturas reglamentarias en cada supuesto; el conflicto podría plantearse si la baja inicial derivara de accidente de trabajo o enfermedad profesional, con incidencia lesiva e incapacitante para la

segunda actividad laboral, entendiendo que, en estos casos, la asistencia sanitaria sería prestada por la entidad baja cuya cobertura se produjo el percance, en tanto que las correspondientes prestaciones económicas serían sufragadas por cada entidad gestora o colaboradora, salvo que hubiere falta de medida de seguridad e higiene. Cuestión más conflictiva sería que las secuelas objetivadas tuvieran entidad invalidantes temporal solo para el trabajo bajo cuyo régimen se produjo la baja, subsistiendo capacidad laboral para permanecer activo en la segunda actividad; o bien que por razón del tratamiento «base» estuviere imposibilitado total o parcialmente para el ejercicio de la segunda actividad, supuesto claro en caso de hospitalización.

La dinámica de las relaciones de trabajo y la cobertura de los recursos de supervivencia suscitan el interrogante de si resultaría viable, encontrándose el trabajador en IT, prestar servicios laborales en actividad compatible con aquella situación sanitaria y administrativa. En principio³, si no media incompatibilidad con el tratamiento o tipo de lesiones, procedería admitir la realización del nuevo trabajo, quizás considerando posibles objeciones de la Sanidad Pública.

Todas las cuestiones apuntadas requieren pormenorizado estudio.

³ Sentencias del TS 19 de febrero de 2002, 7 de abril de 2004, 5 de septiembre de 2019, 10 de septiembre de 2020.

EFFECTOS SOBRE EL DESPIDO DISCIPLINARIO DEL DERECHO DE AUDIENCIA PREVIA AL DELEGADO SINDICAL

MARÍA ANTONIA CASTRO ARGÜELLES
Catedrática de la Universidad de Oviedo

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1988. Voto particular del Excmo Sr. don Aurelio Desdentado Bonete (ECLI: ES: TS:1988:4555)

II. INTRODUCCIÓN

La STS de 14 de junio de 1988, decidida en pleno por su Sala de lo Social, suscitó un gran interés por el tema que abordaba, directamente relacionado con las facultades y garantías de las representaciones sindical y unitaria de trabajadores en las empresas, y, sobre todo, por la interpretación que hacía del requisito de audiencia previa al delegado sindical en los despidos y sanciones de los afiliados al sindicato. En concreto, la sentencia rechazó que la infracción del trámite de audiencia al delegado sindical, previsto en el artículo 10.3.3.º LOLS, comportase la ilicitud del despido (entonces nulidad por razón de forma). Una solución que la doctrina llegó a considerar «restrictiva y limitadora de los derechos de los trabajadores afiliados a una organización sindical»¹, y

¹ MARTÍNEZ ABASCAL, V., PÉREZ AMORÓS, F., y ROJO TORRECILLA, E., «El incumplimiento del trámite de audiencia del delegado sindical y la nulidad del despido», *Relaciones Laborales*, núm. 3 1989.

que no se adaptaba «a la intención tutelar del legislador presente en el artículo 10.3.3.º LOLS»².

Estas objeciones estaban, probablemente, entre las razones que llevaron a don Aurelio Desdentado Bonete a formular un muy fundado y coherente voto particular que, discrepando de la opinión mayoritaria, mantenía que el despido debía declararse nulo. A este voto particular se adhirieron otros tres magistrados (don Juan Antonio del Riego Fernández, don Arturo Fernández López y don Enrique Álvarez Cruz), lo que evidenciaba el debate que el tema había generado en el seno de la Sala.

La postura mayoritaria se reiteró en la STS 12 de julio de 1988 (ECLI: ES: TS:1988:5453), en esta ocasión ya sin voto particular, y fue asumida, como no podía ser de otra manera, por el propio Aurelio Desdentado como ponente de la STS 25 de junio de 1990 (ECLI: ES: TS:1990:4908), a propósito de un despido disciplinario producido antes de la entrada en vigor de la reforma procesal laboral de 1990³.

El artículo 108.2.c) del texto articulado de la Ley de procedimiento laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 521/1990, 27 de abril, vino a resolver la polémica que había suscitado la interpretación de ese artículo 10.3.3.º LOLS, al incluir expresamente la audiencia previa a los delegados sindicales como requisito necesario para formalizar válidamente el despido disciplinario de los trabajadores afiliados⁴, en la línea, por tanto, de la solución propuesta por el voto particular, cuya tesis resultaba, como se va a ver, en algunos de sus razonamientos, más acertada que la mantenida por la sentencia en cuestión⁵.

Por ello, este voto particular constituye un ejemplo ilustrativo de la valiosa aportación intelectual de don Aurelio Desdentado como Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, y de su contribución a la construcción, interpretación y aplicación del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

² CASAS BAAMONDE, M. E., «Tutela de la afiliación sindical y nulidad del despido disciplinario», *Relaciones Laborales*, núm. 24, 1988, pp. 19 y ss., quien destacó «el esfuerzo argumental desplegado tanto por la mayoría en los fundamentos jurídicos de la sentencia como por la minoría disidente».

³ Esta sentencia de 14 de junio de 1988 ha seguido siendo invocada por los tribunales como doctrina de referencia en la interpretación del artículo 10.3.3.º LOLS. Por todas, en la STS 726/2020, de 24 de julio, rcud 810/2018.

⁴ MONTROYA MELGAR, A., SEMPERE NAVARRO, A. V., GALIANA MORENO, J. y RÍOS SALMERÓN, B., *El nuevo procedimiento laboral*, editorial Tecnos 1991, p. 107.

⁵ Como señaló, CASAS BAAMONDE, M. E., «Tutela de la afiliación sindical y nulidad del despido disciplinario», *Relaciones Laborales*, núm. 24, 1988, pp. 19 y ss.

III. COMENTARIO

La cuestión debatida, como se ha adelantado en la introducción, se centraba en determinar el alcance que debía darse a la omisión del requisito de audiencia previa al delegado sindical en el despido disciplinario de un afiliado y, en concreto, en aclarar si esa omisión viciaba de nulidad el despido practicado. El problema surgía por las dificultades de interpretación que planteaba el artículo 10.3.3.º LOLS en orden a determinar si había venido a unificar, como mantenía el TCT, las garantías de los delegados sindicales y de los miembros de los comités de empresa⁶ o, por el contrario, había optado por establecer para los representantes sindicales algunos derechos y garantías adicionales a los regulados en el Estatuto de los Trabajadores para la representación unitaria.

Esta segunda era la interpretación que pretendía hacer valer la parte recurrente, al considerar que el derecho de los delegados sindicales a «ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten... a los afiliados a un sindicato en particular, y especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos» (art. 10.3.3.º LOLS) es más amplio que el derecho del comité de empresa a «ser informado de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves» (art. 64.1.6 ET 1980), y abarca todas las sanciones y no solo las muy graves.

La STS de 14 de junio de 1988 desestimó el recurso planteado manteniendo la equivalencia de funciones y competencias de las representaciones sindical y unitaria, a partir de la equiparación de sus garantías en el artículo 10.3 LOLS («los delegados sindicales en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros del comité de empresa»), lo que permitía una interpretación de los derechos adicionales del artículo 10.3.3.º LOLS por analogía con los preceptos del ET sobre competencias de la representación unitaria de trabajadores en la empresa. De esta forma, aun reconociendo «una abierta diferencia entre la redacción del último inciso del artículo 10.3.3.º (de la LOLS) y el artículo 64.1.6 ET», la mayoría de los magistrados de la Sala defendieron la correspondencia existente, por un lado, entre el derecho de audiencia previa «a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados a su sindicato en particular», y el derecho de los comités de empresa de emisión de informes con carácter previo (núm. 1.3 y 1.4 del artículo 64 ET de 1980); y por otro lado, entre el derecho de estos últimos a ser informados de «todas las sanciones impuestas por faltas

⁶ SSTCT 4 y 10 de junio de 1986.

muy graves» del artículo 64.1.6 ET de 1980, sin precisión temporal (que exija que deba llevarse a cabo antes de la imposición de la sanción), y el derecho de audiencia de los delegados sindicales respecto de los despidos y sanciones de los afiliados. Por ello, se concluyó que no era «ajeno a la literalidad del artículo 10.3.3.º LOLS pensar que cuando este termina «y, especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos», el «y, especialmente» con la coma que le precede, es un desafortunado modo de excluir el ser oídos en los despidos y sanciones del «previamente» exigido en los otros supuestos». Avalaba esta interpretación la «absoluta equivalencia» entre las consecuencias sancionadoras que acarrea el desconocimiento de los derechos de los delegados sindicales y los representantes de los trabajadores en el artículo 7.6 de la LISOS 8/1988.

El problema se planteaba también porque de acuerdo con el artículo 102.2 LPL 80', entonces vigente, solo podía declararse «nulo» el despido «cuando el empresario no hubiese cumplido los requisitos establecidos en el número 1 del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores... o en los demás casos establecidos por la Ley». Para el TS era evidente que, por abierta que se entendiera esta fórmula de cierre del artículo 102.2 LPL, la normativa vigente no preveía expresamente la nulidad por omisión del requisito de audiencia sindical (ni el artículo 55 ET ni el mismo artículo 10.3.3.º LOLS lo contemplaban). En definitiva, con esta interpretación, la mayoría de los magistrados de la Sala se resistía a aceptar que la ley hubiera otorgado mayores garantías formales a los trabajadores afiliados que al resto de los trabajadores.

Otra fue, en cambio, la argumentación seguida por el voto particular centrada en resaltar la «esencial diferencia» que existe entre la representación unitaria y la representación sindical en la empresa y «la distinta finalidad a la que obedecen», suficiente para justificar el distinto alcance de sus derechos y garantías. Es evidente que, como defendió Aurelio Desdentado con fundamento y rigor, la facultad del comité de empresa de ser informado «de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves» tiene como finalidad proporcionar a esta representación una información general sobre la sanción empresarial, pero no un control previo sobre las concretas decisiones de ese carácter, mientras que la intervención previa del órgano sindical, prevista en el artículo 10.3.3.º LOLS, que le permite ejercer un control sobre la decisión empresarial, se presenta como una garantía adicional del derecho de libertad sindical con la que proteger al trabajador frente al riesgo que comporta la condición de afiliado a un sindicato.

Para Aurelio Desdentado, esta diferencia, unido al distinto momento en que deben hacerse efectivos los derechos por la empresa (con posterioridad a

la imposición de la sanción, en el caso de la información al comité de empresa, con carácter previo, en el caso de la audiencia a los delegados sindicales), deberían haber impedido equiparar ese derecho de audiencia sindical con el de mera información del comité de empresa⁷; máxime cuando ese dato (la equiparación de derechos de ambas representaciones) tampoco había resultado concluyente, por sí solo, para excluir la nulidad del despido por omisión del requisito de audiencia sindical, sin recurrir, como tuvo que hacer la sentencia, a la interpretación igualmente restrictiva de la fórmula de cierre del artículo 102.2 LPL. Un precepto del que, según el voto particular, cabía hacer, a su vez, otra lectura a partir del carácter imperativo de ese «ser oído previamente» del artículo 10.3.3.º de la LOLS, que permitía encajar su incumplimiento en el ámbito del artículo 6.3 Código civil que consagra la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas imperativas salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

Acertadamente Aurelio Desdentado limitó la respuesta a los efectos que sobre el despido disciplinario debía tener el derecho (adicional a los que tienen la representación unitaria) de audiencia previa del delegado sindical, dejando fuera, por tanto, ya no solo las garantías del artículo 10.3 LOLS, cuya equivalencia con las previstas en el Estatuto de los Trabajadores para la representación unitaria se desprenden de su tenor literal, sino también el resto de derechos del artículo 10.3.3.º, que guardan clara correspondencia con las facultades de consulta de la representación unitaria del artículo 64 ET.

IV. APUNTE FINAL

El tiempo y el legislador han dado la razón a Aurelio Desdentado en algunas de las tesis mantenidas en este voto particular. Sin ir más lejos, en la consideración del carácter formal o de procedimiento de ese requisito de audiencia previa del artículo 10.3.3.º LOLS (configurado expresamente como tal a partir del artículo 55.1 ET 1995).

Por su parte, el propio TS terminaría utilizando la interpretación finalista de este precepto, en la línea defendida por el voto particular, para determinar el alcance de las funciones y competencias de los delegados sindicales. En concreto, en la actualidad está plenamente asumido que ese derecho de audiencia sindical previa en despidos de los afiliados «no se limita a trasladar a aqué-

⁷ CASAS BAAMONDE, M. E., «Tutela de la afiliación sindical y nulidad del despido disciplinario», *Relaciones Laborales*, núm. 24, 1988, p. 23.

llos una competencia del comité, sino que consagra legislativamente una atribución de los órganos sindicales», con la que «instrumentar una protección al trabajador afiliado»⁸ –objetivo que no está presente en la información al comité de empresa de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves, cuyo incumplimiento sigue determinando únicamente la comisión de una infracción administrativa⁹–. Así se ha mantenido al defender que este trámite constituye una garantía singular del trabajador sindicado que no tiene cualquier otro trabajador despedido o sancionado, y que encuentra su razón de ser en la conveniencia, apreciada por el legislador, de que los trabajadores sindicados tengan una protección reforzada frente al poder disciplinario del empresario, a cuyo riesgo de abuso pueden resultar más vulnerables (STS 23 mayo 1995, rcud 2313/1994, ECLI: ES: TS:1995:2909)¹⁰.

⁸ Reiterada en la STS 16 de octubre de 2001, rec. 3024/00, ECLI: ES: TS:2001:7910.

⁹ STS 12 de julio de 1988, ECLI: ES: TS:1988:5453

¹⁰ Una interpretación que ha servido también para restringir la exigencia de audiencia previa del artículo 10.3.3 a los delegados sindicales que se designen en las condiciones previstas en el artículo 10.1 LOLS –no a todos los delegados sindicales– (STS de 25 de junio de 1990, ECLI: ES: TS:1990:4908).

CONFIGURACIÓN DEFINITIVA DEL ACCIDENTE DE TRABAJO «EN MISIÓN»

LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNÁNDEZ

Magistrado (jubilado) de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo

I. LA SENTENCIA COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2007 (RCUD 3415/05). [ECLI: ES: TS:2007:2115].

II. INTRODUCCIÓN

Cuantificar numéricamente las aportaciones de trascendencia jurisprudencial a cargo de Aurelio Desdentado Bonete durante las décadas en que prestó servicios como Magistrado de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo es, sin duda, una tarea difícilmente asumible. Con independencia de su decisiva contribución en todas las deliberaciones en las que participaba, muchas fueron sus sentencias –ya como ponente– que resultaron claves en la formación del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social hoy vigente, y una de ellas es la que en estas líneas se comenta, que aunque no tuvo demasiada repercusión mediática supuso un antes y un después en la consideración como accidente de trabajo de las enfermedades manifestadas durante una misión, particularmente

en el contexto concreto del transporte por carretera. Me refiero a la sentencia de Pleno de 6 de marzo de 2007 rcud 3415/05.

Como todo el mundo sabe, la jurisprudencia tradicional entendía que cuando el trabajador era enviado por el empresario a una misión, la presunción de laboralidad del accidente se arrastraba a todo el intervalo que duraba la encomienda empresarial¹, salvo que se probase la falta absoluta de relación con la actividad productiva. Y al efecto se decía que el accidente «en misión» gozaba de la presunción de laboralidad durante «todo el tiempo en que el trabajador, en consideración a la prestación de servicios, aparece sometido a las decisiones de la empresa» (STS 10/04/01 –rcud 2200/00–), «incluso sobre su alojamiento, medios de transporte, etc. de tal modo que el deber de seguridad [...] abarca a todo el desarrollo del desplazamiento y de la concreta prestación de los servicios» de manera que –en ese ámbito de sometimiento a las decisiones empresariales– si el trabajador «observó una conducta concorde con los patrones usuales de convivencia o comportamiento del común de las gentes, no se produjo ruptura del nexo causal entre trabajo y daño corporal» (STS de 4 de mayo de 1998 –rcud 932/97–). Aunque se exceptuaba –como se ha señalado y no podía ser menos– que se acreditase la falta absoluta de relación del evento dañoso con la actividad productiva, por tratarse de una situación creada por decisiones adoptadas «con carácter meramente privado»².

Esta tesis inicial fue precisamente la superada por la sentencia comentada, en la que se sienta una doctrina más elaborada y de trascendente aportación, consistente básicamente –se expondrá más en detalle a continuación– en entender que la misión tiene tres tiempos claramente diferenciados, caracterizados precisamente por su diversa protección en orden a los accidentes que durante los mismos puedan acaecer.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

En concreto, constaba como HDP que la empresa había acordado el envío de unos muebles desde Ponferrada a Murcia, por lo que el día 22 de marzo de 2004 el causante y otro compañero de trabajo partieron de Ponferrada a las 7

¹ En la misma línea, SSTS 18/12/96 –rcud 2343/96–; 11/07/00 –rcud 3303/99–; 24/09/01 –rcud 3414/00–; y 10/04/01 –rcud 2200/00–.

² Fallecimiento de un trabajador que se ahoga en una playa en Nigeria el día de descanso (STS 10/02/83 –infracción de ley– Ar. 580).

de la mañana, llegando al lugar de la entrega sobre las 17 horas. Finalizada la entrega, fueron a un establecimiento hotelero, donde tras cenar se retiraron a sus respectivas habitaciones sobre las 23 horas. A la mañana siguiente el causante fue encontrado muerto en su habitación, estableciendo la autopsia que la causa de la muerte había sido una hemorragia encefálica producida sobre las 3 horas de la madrugada del 23 de marzo de 2004.

2. La doctrina sentada

Pues bien, la resolución ahora glosada sienta elaborada doctrina no solo sobre la protección en el ordinario trabajo «en misión», sino también respecto del más específico sector del transporte de autos, puesto que –en este último– «[en] realidad, no estamos ante una misión específica en el marco de un trabajo que se desarrolla normalmente en un lugar determinado y se encarga al trabajador la realización de un servicio en otro lugar, sino ante una actividad de transporte..., que consiste precisamente en un desplazamiento permanente del trabajador como forma de cumplir la prestación de servicios. No se produce, por tanto, el desdoblamiento entre el trabajo y desplazamiento, que es propio de la misión típica, pues el trabajo normal consiste precisamente en el desplazamiento, en la actividad de realizar el transporte».

Con referencia al trabajo «en misión», la sentencia comentada parte de la consideración de que la «misión» integra dos elementos –ambos conectados con la prestación de servicios– que respectivamente son: 1.º el desplazamiento para cumplir la misión; y 2.º la realización del trabajo en que la misión consiste. Y respecto de la protección que a la «misión» corresponde, tal doctrina distingue: a) la correspondiente al desplazamiento [ya sea al lugar concreto de la misión desde el punto de origen, ya sea en el lugar de destino y precisamente al centro de trabajo o desde éste al lugar de descanso], que presenta cierta similitud con la del accidente *in itinere* y como tal ha de ser protegido en forma similar³; b) la protección propia durante la realización del trabajo que constituye el objeto de la misión, que ha de seguir el régimen normal –presunción de tiempo y lugar– del artículo 156.3 LGSS⁴; y c) la del

³ Posteriormente, SSTS SG de 6 de marzo de 2007 –rcud 3415/05–; 8 de octubre de 2009 –rcud 1871/08–; 16 de septiembre de 2013 –rcud 2965/12–; 24 de febrero de 2014 –rcud 145/13–; 20 de abril de 2015 –rcud 1487/14–; y 7 de febrero de 2017 –rcud 536/15–.

⁴ Es más, a propósito de un IAM ha mantenido la Sala que «[e]l lugar y el tiempo de trabajo de ayuda en carretera no se circunscriben al espacio y al acto estricto de arreglo de la avería, sino que se extienden también al desplazamiento y a la ruta seguida para poder efectuar la reparación» (SSTS de 11 de julio de 2000 –rcud 3414/00–; 16 de septiembre de 2013 –rcud 2965/12–. Lo recuerda la de 24 de febrero de 2014 –rcud 145/13–).

tiempo restante de la «misión», «cuando ni es propiamente desplazamiento, ni tampoco realización de la actividad laboral», al que no alcanza singular protección cuando no «tiene una conexión necesaria con el trabajo»⁵, por lo que «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»; salvo –eso sí– que medie posibilidad de probar la «ocasionalidad relevante»⁶, que lleva el suceso al apartado primero del artículo 156 LGSS⁷.

Por lo que toca al sector del transporte, la decisión glosada parte de las previsiones legales que ordenan la actividad productiva en el sector, y muy en particular que en ella hay tiempos de trabajo, tiempos de disponibilidad y de descanso (RD 1561/1995, de 21/09, de jornadas especiales y Directiva 2002/15 CE). En el primero de los tiempos se está en el lugar de trabajo, a disposición del empresario en el ejercicio de las tareas normales, realizando funciones complementarias o en periodos de espera 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. Este tiempo se define, por tanto, por oposición a «los periodos de pausa o descanso», en los que ni hay prestación efectiva, ni disponibilidad inmediata para haberla.

Atendiendo a esta realidad, la sentencia reelabora la doctrina sobre los accidentes de trabajo en el marco de una misión, para acomodarla a las singularidades que pueda presentar la prestación de servicios. Y en concreto, tratándose del sector del transporte, cuando se trata de enfermedades manifestadas de forma súbita [esencialmente cardiovasculares], la decisión glosada entiende –corrigiendo doctrina previa– que: a) cuando el episodio concreto se presenta en la ejecución estricta de la actividad laboral que constituye el objeto de la misión, se aplica la presunción consagrada en el apartado 3 del artículo 115 LGSS [hoy artículo 156.3]; b) la misma presunción rige la suerte de las patologías manifestadas en los periodos en los que el trabajador está a disposición del empresario –por la conjunción del artículo 8.1 RD 1561/1995, de 21/09, de

⁵ SSTS de 8 de octubre de 2009 –rcud 1871/08–; 16 de septiembre de 2013 –rcud 2965/12–; 24 de febrero de 2014 –rcud 145/13–; y 23 de junio de 2015 –rcud 944/14–.

⁶ SSTS SG de 6 de marzo de 2007 –rcud 3415/05–; 8 de octubre de 2009 –rcud 1871/08–; 16 de septiembre de 2013 –rcud 2965/12–; 24 de febrero de 2014 –rcud 145/13–; 20 de abril de 2015 –rcud 1487/14–; y 7 de febrero de 2017 –rcud 536/15–.

⁷ SSTS de 8 de octubre de 2009 –rcud 1871/08–; 16 de septiembre de 2013 –rcud 2965/12–; 24 de febrero de 2014 –rcud 145/13–; y 23 de junio de 2015 –rcud 944/14–.

jornadas especiales con el artículo 156.3 LGSS⁸; y c) cuando la emergencia se produce en períodos ajenos a la prestación de servicios o a la disponibilidad –de descanso o de desarrollo de actividades de carácter personal causalmente desconectadas del trabajo en misión–, su laboralidad no se halla protegida por la presunción legal, sin perjuicio de la posibilidad de evidenciar, a través de la prueba pertinente, la relación existente entre el trabajo y la aparición de la crisis *ex* artículo 156.1 LGSS⁹. Sin mediar tal acreditación probatoria, la lesión producida durante el tiempo de descanso, aunque dicho descanso –por exigencias del tipo de trabajo– ocurra siempre fuera del ámbito privado normal del trabajador, se considerará enfermedad común¹⁰.

IV. APUNTE FINAL

Tal como ya se apuntó en la «Introducción» de este breve comentario, la importancia teórica de la sentencia comentada radica en haber superado la doctrina tradicional sobre el trabajo «en misión» [la cual atribuye cualidad laboral todo accidente surgido durante el encargo empresarial, salvo supuestos de actos privados absolutamente desconectados de la actividad profesional], diseccionando atinadamente la «misión» en tres tiempos [desplazamiento; concreto trabajo; y resto temporal] y clarificando la diversa protección jurídica que corresponde a cada uno de ellos. Y su trascendencia práctica se evidencia en la constante reiteración que de tales criterios se ha venido haciendo por el Tribunal Supremo, como muestran –entre otras– las sentencias citadas a lo largo de este comentario.

Seguimiento al que no resultó ajena –pese a lo que en algún caso se dijo– la STS 23/07/15 [rcud 944/14], de la que fui ponente, y que contempla el caso de *legionella* contraída por un trabajador destinado por la empresa a Bangkok, y que la Sala consideró AT basándose en que las circunstancias de la «misión» habían comportado «ocasionalidad relevante» en la producción del evento, no ya porque se desconociese el momento y lugar concretos en que se produjo el contagio, sino porque las características climatológicas del destino y las parti-

⁸ Así se ha considerado accidente de trabajo el derrame cerebral producido durante una parada técnica en ruta o para tomar un café, por tratarse de tiempo a disposición del empresario (SSTS 19 de julio de 2010, Rec. 2698/09; recordada por la de 24 de febrero de 2014, Rec. 145/13).

⁹ STS de 1 de diciembre de 2017 –rcud 3892/15–.

¹⁰ Así, SSTS de 8 de octubre de 2009 –rcud 1871/08–; y 7 de febrero de 2017 –rcud 536/15–. La misma convicción se emplea para «Infarto de miocardio sobrevenido mientras el trabajador se encontraba en el hotel donde se alojaba durante el viaje por Europa como conductor de autobús por ruta turística» (STS de 16 de septiembre de 2013 –rcud 2965/12–; lo recuerda la de 24 de febrero de 2014 –rcud 145/13–).

cularidades de contagio de esta bacteria [alto grado de humedad y elevadas temperaturas] permitían presumir –en el orden natural de las cosas– que la probabilidad de haberla contraído en España hubiese sido muy remota y que tales condiciones en la «misión» habían sido precisamente la *conditio sine qua non* del contagio.

RECEPCIÓN DE LA «SUCESIÓN DE PLANTILLA» EN LA JURISPRUDENCIA INTERNA

EMILIO DE CASTRO MARÍN

Doctor en Derecho, Abogado ejerciente (ICAM). Profesor Asociado

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2004 (RCUD. 4424/2003) [ECLI: ES: TS:2004:6622].

II. INTRODUCCIÓN

La resolución que se comenta, Ponente Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete, incide en dos cuestiones clave en la esfera de las relaciones laborales: en primer lugar, en relación con la necesidad de consentimiento del trabajador para la novación subjetiva del contrato de trabajo desde la posición del empleador en aquellos supuestos que no se identifiquen, en sentido estricto, con la sucesión de empresa prevista en el artículo 44 ET; en segundo término, en relación con las reservas sobre la aplicación en nuestro Derecho interno de la denominada teoría de la «sucesión de plantilla», figura ésta como sabemos de creación jurisprudencial en el seno del Tribunal de Luxemburgo.

En este sentido, y como buena prueba de la importancia de la resolución, escasos meses después de dictarse la misma, se publicaba el primer Convenio colectivo general del sector de servicio de asistencia en tierra en aeropuertos (handling), normativa ésta en cuyo Capítulo XI se prevenía ya expresamente el

carácter voluntario de la subrogación¹. Más allá, y en lo que se refiere a la teoría de la «sucesión de plantilla», la realidad de los hechos ha acreditado que, esas fundadas reservas sobre la recepción de la figura a nivel interno, y que han dado lugar a una extremada litigiosidad durante décadas, se encontraban plenamente justificadas, en una cuestión que, probablemente, aún a fecha de hoy, se encuentre inacabada.

Por estos motivos, y más allá de la indudable relevancia jurídica de la resolución comentada, la elección de la sentencia se plantea desde la perspectiva de que entendemos que sirve como perfecto «botón de muestra» de la innegable aportación del Magistrado Desdentado Bonete en su dilatada trayectoria².

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

De manera muy sucinta, en la resolución apuntada se resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra determinada sentencia de suplicación dictada en autos sobre reclamación de derecho seguidos a instancia del recurrente contra Iberia Líneas Aéreas de España, SA, Europa Handling y AENA, resolución de la Sala de Las Palmas que había confirmado la del Juzgado de instancia, declarando ajustada a derecho la subrogación efectuada en la persona del trabajador tras la entrada de un nuevo operador de handling en el Aeropuerto de Las Palmas. En esencia, en ambas sentencias, instancia y en sede de suplicación, se habían rechazado las pretensiones del actor al objeto de que se declarase que la subrogación había sido efectuada en fraude de Ley y, por tanto, nula. Como hechos determinantes, debemos destacar que la subrogación se había producido como consecuencia de determinada previsión contenida en pliego del concurso licitado por AENA, sin el consentimiento expreso del trabajador y en contra de su voluntad manifestada al efecto. Para llegar a su conclusión, la Sala de suplicación entendió que resultaba de aplicación al supuesto enjuiciado la subrogación por la vía de la «sucesión de plantilla». Como cuestión clave a los efectos del debate, la resolución recurrida señala que había existido una sucesión en parte de la actividad por un se-

¹ BOE núm. 170, de fecha 18 de julio de 2005.

² Como exponente, las aportaciones del Magistrado respecto del contrato por obra o servicio vinculado a la duración de una contrata, -STS de 15 de enero de 1997, rcud núm. 3827/1995-, o, por qué no, la decidida interpretación en el debate con respecto a la declaración de improcedencia vs nulidad en despidos en situación de IT, -STS de 29 de enero de 2001, rcud núm. 1566/2000-.

gundo operador, quien había asumido la parte de plantilla que realizaba tal actividad, por lo que consideraba de aplicación la doctrina sentada en sede del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los asuntos Temco, Sützen o Hernández Vidal, no resultando exigible el consentimiento del trabajador, al reconducirse el supuesto a una sucesión de empresa ex artículo 44 ET.

2. Relevancia del asunto

Como hemos apuntado, varias son las aportaciones esenciales en la sentencia comentada. Así, en primer término, con meridiana claridad, el Alto Tribunal va a concluir que no concurría en el litigio enjuiciado el supuesto de la sucesión de empresa del artículo 44 ET, en la medida en que este precepto requeriría para su aplicación «la transmisión al cesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación». A partir de esta conclusión, el pliego de condiciones impuesto al nuevo adjudicatario no obligaría a los trabajadores afectados, pues la novación del contrato por cambio de empleador no podría llevarse a cabo sin el consentimiento de aquéllos. En segundo término, a mayor abundamiento, el consentimiento del trabajador no podría sustituirse por un acuerdo colectivo. En tercer lugar, el Tribunal va a plantear sus enormes reservas sobre la aplicación de la figura de la «sucesión de plantilla» que, dicho sea de paso, se entiende que no resultaría de aplicación al supuesto en litigio toda vez que, precisamente, esa sucesión en la plantilla era lo que se estaba discutiendo, debiendo ser la asunción pacífica, efectiva y real para la aplicación de aquella lectura, características que no se daban en los autos analizados al tratarse de una mera decisión unilateral de una de las partes en el contrato, el empleador.

3. Doctrina sentada

A partir de estas premisas, y asumiendo el carácter vinculante de la doctrina del Tribunal Europeo para la Sala en virtud de la primacía del Derecho de la Unión de conformidad con lo prevenido en el artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea, el Tribunal Supremo va a exponer en la fundamentación jurídica de su sentencia dos importantes reservas en lo concerniente a la teoría de la «sucesión de plantilla».

Así, partiendo de la premisa en el sentido de que difícilmente puede ser la asunción de la plantilla un criterio para determinar la existencia de una transmi-

sión de empresa, con los efectos que de ella se derivan en nuestro ordenamiento, dos serían los obstáculos para su aplicación. Como primera dificultad, el efecto de la transmisión es precisamente la asunción de la plantilla, con lo que no cabe, en principio, transformar ese efecto en la causa de la transmisión, no teniendo nada que ver el supuesto de la incorporación total o parcial de la plantilla con el de la transmisión de un establecimiento empresarial, con un régimen muy severo de responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales y de Seguridad Social. Como segunda dificultad, la subrogación *ex* artículo 44 ET está vinculada en nuestro ordenamiento a la transmisión de empresa, en cuanto garantía frente a la pérdida del empleo que se produciría si se mantuviese la relación con un empresario que ya no contaría con un establecimiento productivo. Por el contrario, esta garantía se invertiría si se aceptara la mera transferencia de la plantilla como un supuesto de sucesión de empresa, entrando en crisis todo el sistema de protección del mecanismo establecido en el artículo 44 ET.

4. Evolución posterior

No se trata aquí de efectuar un estudio crítico sobre la subrogación por la vía de la «sucesión de plantilla»³. Dicho esto, en una obra como esta, se trata de poner en valor determinados razonamientos contenidos en la fundamentación jurídica de la sentencia que, con el paso de los años, no sólo han adquirido máximo protagonismo, sino que perviven en toda su expresión. Así, y dejando al margen el tema del consentimiento, por pacífico, resulta interesante remarcar las dificultades en relación con el papel protagonista de la jurisprudencia europea y ese diálogo interactivo con la interna⁴. En este sentido, la aplicación de las pautas propias de la transmisión de empresa a un supuesto en el que lo que se transmite no es ésta, sino la plantilla, crea inconvenientes y dificultades⁵, habiéndose destacado ya la necesidad de que se transmitiera un conjunto patrimonial susceptible de explotación⁶. En este sentido, la premisa de que el empresario con-

³ DE CASTRO MARÍN, E., «Sucesión de plantilla y subrogación convencional: puntos críticos», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 224 (octubre 2019), ISSN 2444-3476.

⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F., *La transmisión de empresas y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, número 34, año 2001, pp. 17 ss, «que se mueve entre la leal colaboración y la implícita disidencia...».

⁵ GARCÍA MURCIA, J., «Presentación. Aspectos esenciales y puntos críticos en la transmisión de empresa», en VV. AA. (Dir. García Murcia, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1.ª edición, año 2019, pp. 31 y 32

⁶ DESDENTADO BONETE, A., «La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, p. 249

tratista, al asumir el encargo, aportara para su ejecución una organización empresarial, en la que se insertaran unas prestaciones laborales con carácter meramente instrumental para la obtención del resultado final, so pena exceder los límites de la verdadera contrata⁷, a nuestro juicio choca con esta lectura del Tribunal Europeo, diseñada en origen para otros supuestos en los que no existían las garantías de nuestro ordenamiento interno implementadas por la vía de la negociación colectiva. Y, en esta lectura, esta confusión ente una concepción «materialista» o «espiritualista» de la empresa, en una dicotomía que no es tal, como con acierto ya adelantó el propio Ponente, lleva a que se aplique la figura del artículo 44 ET a supuestos para los que no estaría pensada⁸, con el consiguiente riesgo de desprotección, o de menor protección para los trabajadores⁹.

Cierto es que tras la recepción de la doctrina «Somoza Hermo» a nivel interno, el Tribunal Supremo exige la ponderación del conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso, «juicio de ponderación» con la constatación de la existencia de una «entidad económica» preexistente a la sucesión¹⁰. En esta lectura, y al menos a nivel teórico, pueden salvarse las objeciones en el sentido de que el criterio delimitador de la aplicación del 44 ET no es exactamente la «sucesión de plantilla» cuanto la transmisión de los «factores de producción», identificable fundamentalmente pero no absolutamente con la transmisión de una buena parte de la plantilla¹¹. Dicho esto, y como con enorme clarividencia se puso de manifiesto en la sentencia comentada, entender la «sucesión de plantilla» como el único elemento para la sucesión, probablemente sobrepase las pretensiones del Tribunal Europeo¹², con lo que significa de puesta en valor de la sentencia comentada, debiendo valorarse lo bienes intangibles o inmateriales a estos efectos.

⁷ CAVAS MARTÍNEZ, F., «Algunos puntos críticos en el régimen jurídico de la transmisión de empresas», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 14/2005, parte Tribuna, Editorial Aranzadi SA, Pamplona 2005, p. 6.

⁸ SALA FRANCO, T. y PEDRAJAS MORENO, A., «Los problemas laborales de la sucesión de contratas», en *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Coord. Ángel Blasco Pellicer, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 392.

⁹ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «La sucesión de plantillas como factor determinante de la transmisión de empresas», en VV. AA. (Dir. García Murcia, J.), *Transmisión de Empresa y sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1.ª edición, año 2019, p. 140.

¹⁰ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 27 de septiembre de 2018, en recurso 2747/2016, Ponente Sempere Navarro.

¹¹ SALA FRANCO, T. y PEDRAJAS MORENO, A., «Los problemas laborales de la sucesión de contratas», en *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Coord. Ángel Blasco Pellicer, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pp. 396, a 398.

¹² TODOLÍ SIGNES, A.: «Acerca de la sucesión de contratistas», en AA. VV. (SALA FRANCO, T., LÓPEZ TERRADA, E., TODOLÍ SIGNES, A.), *Jurisprudencia social a debate, colección Laboral Práctico*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p. 156, quien refiere criterio de HERRAIZ MARTÍN, S., «De nuevo reflexiones en torno a la sucesión de contratas», *Relaciones Laborales*, núm. 11, 2007, p. 460.

RECLAMACIÓN AL ESTADO DE LAS CUOTAS SATISFECHAS POR LA EMPRESA DURANTE PERÍODO DE INCAPACIDAD TEMPORAL CONCURRENTENTE CON LA TRAMITACIÓN DEL DESPIDO

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ
Catedrático de la Universidad de Murcia

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 19 de enero (RCUD 1137/2010) [ECLI: ES: TS:2011:819]. Ponente Aurelio Desdentado Bonete, con Voto Particular de los magistrados Fernando Salinas Molina y Jordi Agustí Juliá.

II. INTRODUCCIÓN¹

En esta sentencia, de la que fue ponente el magistrado Desdentado Bonete, la Sala Cuarta del TS sostiene que la responsabilidad del Estado prevista y

¹ Con este breve comentario quiero sumarme al homenaje que a través de esta obra coral se rinde al magistrado Aurelio Desdentado Bonete, excelente jurista y maestro del Derecho del Trabajo, tristemente desaparecido el pasado 19 de marzo. Mi agradecimiento al director de la obra, el catedrático y también magistrado Antonio-V. Sempere Navarro, por haberme brindado la oportunidad de adherirme por este medio a las numerosas expresiones de afecto y reconocimiento que en los últimos meses se han dirigido a la persona y figura de Aurelio Desdentado desde distintos ámbitos profesionales y académicos.

regulada en el artículo 57 del ET/1995 (actual artículo 56.5 ET/2015), y procesalmente exigible a través de la modalidad disciplinada en el artículo 116 y ss. de la LPL (actual LRJS 2011), comprende el reintegro al empresario de las cuotas de la Seguridad Social satisfechas durante los periodos de incapacidad temporal (IT) concurrentes con la tramitación del despido, aun cuando, por estar el trabajador en situación de IT, no proceda el abono de salarios de trámite.

Más allá de la indiscutible relevancia de esta doctrina, que pese al tiempo transcurrido no ha mutado desde su alumbramiento hace más de una década –con las adaptaciones precisas a las modificaciones legislativas ocurridas con posterioridad²–, la ponencia de Aurelio Desdentado constituye una pieza jurídica sobresaliente por la claridad de su redacción, la sistematicidad de su estructura, así como por la coherencia y solidez de sus argumentos, sin que ello suponga restar valor al interesante voto particular que formulan al parecer mayoritario los magistrados Salinas Molina y Agustí Juliá.

III. COMENTARIO

1. Cuestión controvertida

Procede determinar si en los casos de despido en que, con arreglo al artículo 57 del ET/1995, son por cuenta del Estado los salarios de tramitación, serán o no también con cargo al mismo las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a los períodos de incapacidad temporal cuyo abono ha realizado la empresa durante la sustanciación del proceso por despido. Téngase en cuenta que, aun cuando no se hayan devengado los referidos salarios de tramitación por coincidir la tramitación demorada del despido con periodo en que el trabajador se encontraba en situación de IT (siendo incompatibles salarios y prestación), sí existió obligación de la empresa de cotizar por el período correspondiente con arreglo a lo establecido en el artículo 106.4 LGSS/1994, aplicable en el supuesto (actual artículo 144.4 TRLGSS/2015).

2. La sentencia recurrida y la normativa de aplicación

La STSJ del Principado de Asturias, de 5 de febrero de 2010, estimó en parte el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de instancia que

² En particular, la ampliación del plazo de resolución del litigio por despido para poder reclamar los salarios de tramitación al Estado, de 60 a 90 días, que dispuso el RDL 20/2012, de 13 de julio.

había desestimado la reclamación de la empresa contra la AGE, interesando la devolución del importe ingresado a la TGSS en concepto de cotizaciones durante el período de IT coincidente con los teóricos salarios de trámite que no desembolsó por tal motivo.

El artículo 57 ET/1995 –al igual que el artículo 56.5 del vigente ET– mantiene la conexión entre salarios y cotizaciones respecto a la responsabilidad del Estado cuando prevé en su número 2 que en los casos de despido en que sean por cuenta del Estado los salarios de tramitación en virtud del número 1 del mismo artículo «también serán con cargo al mismo las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a dichos salarios». Los salarios de tramitación en caso de despido improcedente y las cuotas generadas por ellos corren así una misma suerte en los casos de injustificada demora en la administración de justicia.

Por su parte, el artículo 209.6 de la LGSS de 1994, aplicable en el supuesto, establece que en caso de condena al pago de salarios de tramitación ex artículo 56 del ET «el empresario deberá instar el alta y la baja del trabajador y cotizar a la Seguridad Social durante el periodo correspondiente a los salarios de tramitación que se considerará como de ocupación cotizada a todos los efectos»³.

3. Doctrina aplicable al caso

La Abogacía del Estado sostiene en su recurso que la indemnización a cargo del Estado solo comprende los salarios de tramitación en sentido estricto, sin alcanzar a las cuotas de la Seguridad Social que solo se reintegran por el Estado cuando se refieran a los salarios de tramitación, lo que no ocurre en este caso porque durante la situación de IT no se abonan salarios de tramitación, ni se ha de cotizar por ellos. Añade la parte recurrente que «la finalidad de la institución resarcitoria que regula el artículo 57 ET consiste en compensar el importe de los salarios de tramitación durante el proceso laboral, pero no de los abonos que dependen de otra causa, como sucede con la incapacidad temporal».

La Sala Cuarta destinará el extenso fundamento de derecho segundo de la STS 819/2011 a desmontar este alegato, y para ello comienza precisando que el reintegro solicitado el Estado se pide respecto a las cuotas abonadas durante el periodo que supera los 60 días desde la presentación de la demanda y hasta la

³ La misma regulación se contiene en el artículo 268.6 del TRLGSS/2015.

notificación de la sentencia del TSJ que declaró improcedente el despido, a partir de la fecha en que el trabajador despedido fue declarado en situación de IT.

A continuación argumenta, con certero criterio a mi entender, que la obligación general de abono de salarios de tramitación comprende en realidad dos obligaciones íntimamente relacionadas: 1.^a la obligación de abonar al trabajador esos salarios en sentido estricto y 2.^o la obligación de cotizar por los mismos. Se afirma que normalmente se trata de obligaciones que están vinculadas –se abonan las cuotas porque se han abonado los salarios de tramitación–, pero, al igual que ocurre en los supuestos normales, puede existir obligación de cotizar sin que haya obligación de abonar salarios. La Sala Cuarta sostiene que esto es lo que sucede en los casos de incapacidad temporal del trabajador.

Para el TS esta doble configuración de la obligación en lo que se refiere al abono de los salarios de tramitación en sentido estricto y a las cuotas vinculadas a ellos se proyecta también sobre la responsabilidad del Estado en este abono que contempla el artículo 57 del ET/1995 para los supuestos en los que la sentencia que declara la improcedencia del despido se dicta transcurridos sesenta días hábiles desde la presentación de la demanda.

No es el alcance de la obligación del Estado respecto a las cuotas de la Seguridad Social la cuestión aquí debatida, sino la subsistencia de esa obligación cuando como consecuencia de la incapacidad temporal no se abonan salarios de tramitación. Y es así porque el cese de la empresa en el abono de los salarios de tramitación como consecuencia de la incapacidad temporal no determina que el Estado quede exonerado del reintegro de las cantidades que la empresa ha continuado abonando en concepto de cuotas correspondientes al periodo cubierto por los salarios de tramitación. El reintegro que contempla el artículo 57.2 del ET/1995, como consecuencia de la responsabilidad que establece el número 1 de este artículo, queda afectado por la falta de abono de los salarios de tramitación en sentido estricto como consecuencia de la incapacidad temporal, pero no afectan al segundo componente del reintegro –las cuotas de la Seguridad Social– correspondientes al periodo de salarios de tramitación, cuotas que han continuado abonándose por la empresa por ministerio de la ley, aunque no se abonen los salarios de tramitación. Esta diferencia en cuanto al pago no afecta a la conexión de estas cotizaciones con la obligación del pago de los salarios de tramitación entendida en sentido amplio (abono de salarios más abono de cuotas).

La Sala Cuarta mantiene que las cuotas abonadas durante la incapacidad temporal siguen encuadrándose en «la cotización por salarios de tramitación», a la que se refieren las normas de cotización ya citadas y esas cotizaciones

están conectadas con la obligación general del artículo 56.1.b) del ET/1995 en el triple plano de la causa del abono, del tiempo de éste y de la determinación de la cuantía. En efecto, se cotiza no porque exista una prestación efectiva de trabajo a favor del empresario, sino porque se produce un efecto de reconstrucción legal retroactiva del vínculo laboral conforme al mencionado precepto; efecto que es el que corresponde a la institución de los salarios de tramitación en sentido amplio y que no se ve afectado porque un componente de esa institución –el pago de los salarios en sentido estricto– no se abone efectivamente por estar su función cubierta por una prestación de Seguridad Social concurrente. La duración de la obligación de cotizar en esta situación especial de «salarios de tramitación» se mantiene por todo el periodo cubierto por la extensión de la obligación general del artículo 56.1.b) del ET/1995 –hasta la notificación de la sentencia que declara la improcedencia–, con independencia de que dentro de ese periodo hayan podido dejar de abonarse los salarios de tramitación por la incidencia de prestación concurrente. Por otra parte, las cuotas continúan determinándose sobre el importe de los salarios de tramitación, aunque estos no se abonen (arts. 6 y 29 de las Órdenes de cotización de 16 de enero de 2007 y 22 de enero de 2008, aplicables en el supuesto, en relación con el artículo 35 del Real Decreto 2064/1995).

Si es así, habrá que concluir que si el empresario debe ser reintegrado del importe de los dos componentes que integran el coste de los salarios de tramitación en sentido amplio (salarios más cuotas) durante el periodo que establecen los arts. 57 ET/1995 y 116.1 LPL (actuales arts. 56.5 ET/2015 y 116.1 LRJS), la concurrencia de una causa que exonera al empresario del pago de unos de esos componentes –la falta de abono de los salarios de tramitación en sentido estricto durante la incapacidad temporal– liberará al Estado de reintegrar este componente no abonado (pues no habría daño que resarcir), pero no del segundo (las cuotas), que ha continuado haciéndose efectivo. Y es que realmente «sería absurdo que si el empresario abona en el supuesto normal los salarios y las cuotas correspondientes al periodo de tramitación y el Estado le reintegra las cantidades por los dos conceptos cuando exceden de un determinado periodo deje de hacerlo de forma total únicamente porque, por la incidencia de una causa legal, solo se ha abonado uno». Interpretar lo contrario supondría imponer al empresario «un trato peyorativo injustificado por el mero hecho de que el trabajador estuviera enfermo durante el periodo comprendido entre los sesenta días y la notificación de la sentencia», tratamiento este que no puede justificarse bajo el argumento de que se ha realizado un despido improcedente que debe ser sancionado, «pues ese despido ha tenido ya los efectos sancionadores en términos de reparación que impone la ley, y precisamente la ley ha

estimado que esos efectos deben tener un límite en cuanto los costes procesales; límite que no tiene sentido que juegue para los salarios de tramitación y las cuotas cuando se abonan conjuntamente y no para las cuotas cuando, por razones del todo ajenas a la conducta del empresario, se abonan sin acompañar al pago efectivo de los salarios».

IV. APUNTE FINAL

Para evitar que el empresario corra con todos los gastos del retraso que pueda experimentar el proceso de despido, caso de transcurrir más de noventa días hábiles (sesenta hasta la modificación introducida por el RDL 20/2012) desde la presentación de la demanda en el Juzgado de lo Social hasta la notificación de la sentencia, la empresa podrá reclamar al Estado el abono de los salarios de tramitación pagados al trabajador que excedan de esos noventa días. Pero esa reclamación no es posible cuando el trabajador despedido atraviesa un proceso de incapacidad temporal, pues en tal caso el abono del correspondiente subsidio (en régimen de pago directo por la entidad gestora) sustituye a los salarios de trámite. Con todo, subsiste para la empresa la obligación legal de cotizar durante el período de IT concurrente con la sustanciación del proceso de despido, pudiendo aquella reclamar al Estado el reintegro de dichas cuotas por el período que exceda de los primeros sesenta (noventa) días hábiles aunque no hayan existido salarios de trámite. A esta solución desemboca, en aplicación de los cánones hermenéuticos contemplados en el artículo 3 del Código Civil, una interpretación finalista del instituto resarcitorio previsto en el artículo 57 del ET/1995 (actual artículo 56.5 ET/2015). Por el contrario, los magistrados suscribientes del voto particular sostienen que cuando no existe obligación de abono de salarios de tramitación durante el período de sustanciación demorada por estar el trabajador en situación de IT, y aunque la empresa tenga que abonar las correspondientes cotizaciones a la Seguridad Social, no puede reclamarlas al Estado.

**ALCANCE DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA AUTORIDAD
LABORAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE OFICIO:
1994, UN PUNTO DE INFLEXIÓN EN LA DOCTRINA
DOMINANTE HASTA EL MOMENTO**

ÁNGELES CEINOS SUÁREZ
Profesora Titular de la Universidad de Oviedo

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1994 (RCUD. 1536/1993) [ECLI: ES: TS: 1994:3268].

II. INTRODUCCIÓN

La sentencia objeto de comentario aborda una cuestión de especial interés directamente vinculada con la defensa del interés público cuando se ejerce la potestad sancionadora. En esta sentencia se defiende la necesaria intervención «plena» de la Administración en aquellos procesos en los que se cuestiona el ejercicio de la potestad sancionadora con el objetivo de evitar que el mencionado interés público, que indiscutiblemente está presente en dichos procedimientos, quede «sin defensa», lo que ocurriría si dicha intervención se limita únicamente al impulso del procedimiento.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

La sentencia objeto de comentario tiene su origen en un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social contra la empresa Olimpiada S.A. y Don Fermín.

Los hechos de los que trae causa dicha sentencia son los siguientes: el 27 de noviembre de 1.990 la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social realizó una visita a la empresa Olimpiada S.A. de Cáceres. Como consecuencia de dicha visita la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Cáceres levantó acta en la que se ponía de manifiesto que el trabajador, Fermín, estaba prestando servicios efectivos por cuenta de la empresa cuando formalmente estaba en situación de desempleo y era perceptor de la correspondiente prestación.

La empresa recurrió el acta y la Dirección Provincial de Trabajo dictó una resolución por la que se declaraba su nulidad. Frente a esta resolución, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 1 de Cáceres. La sentencia del juzgado estimó la demanda interpuesta por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y en ella se declaró que la relación jurídica existente entre la empresa y el trabajador el día 27 de noviembre de 1990 era una relación jurídica laboral.

La empresa y el trabajador interpusieron recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, que, siguiendo la doctrina expuesta por el TS y por el TCT, estimó el recurso y decretó la nulidad de la referida resolución, así como las demás actuaciones, que fueron repuestas al momento de ser presentada la demanda.

El Abogado del Estado mediante escrito de fecha 24 de mayo de 1993, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina.

2. Relevancia del asunto

Nos encontramos ante una sentencia de gran trascendencia porque supuso un cambio importante respecto de la forma de interpretar el alcance de la legitimación activa de la Administración Laboral en los procedimientos de oficio. Relevancia que se pone de manifiesto en la propia sentencia en la que el TS considera necesario formar Sala con todos los Magistrados que componían en aquel momento la Sala IV del Tribunal Supremo debido, precisamente, a «la trascendencia del asunto» que se suscitaba en dicho recurso.

La regulación del procedimiento de oficio contenida en los artículos 145 a 149 de la Ley de Procedimiento Laboral de 27 de abril de 1990, vigente en el momento en que se dicta la sentencia, establecía que el procedimiento de oficio por parte de la Administración Laboral, entendida por tal la Autoridad Laboral correspondiente, se podía iniciar en una serie de supuestos. Hasta la publicación de la sentencia, objeto de comentario, venía interpretándose que la característica común de los procedimientos de oficio es la de que la autoridad

laboral asume la posición de parte como sustituto procesal *sui generis* de los trabajadores afectados y en defensa de éstos, con un papel próximo al Ministerio Fiscal partiendo de la idea de que el trabajador no quiera o no pueda plantear conflictos por temor a posibles represalias empresariales. Si bien esa posición de parte *sui generis* quedaba limitada a la presentación de la demanda y a su posible rectificación o complemento. En palabras del profesor Sala Franco «la autoridad laboral actúa únicamente de impulsadora del procedimiento, siendo parte los trabajadores y el empresario»¹.

Esta era la doctrina que desde 1975 venía manteniendo tanto el TS² como el TCT³ y según la cual la posición de parte estaba limitada a la presentación de la demanda y a su posible rectificación o complemento. Se trata de una interpretación más restrictiva que la que se impondrá a partir de la sentencia que nos ocupa y que constituye sin lugar a dudas un punto de inflexión en la doctrina establecida hasta el momento.

Doctrina sentada

La doctrina respecto de la cual la sentencia objeto de comentario constituye un cambio importante se había establecido en una sentencia del TS de 10 de octubre de 1.975, dictada durante la vigencia de la Ley de Procedimiento Laboral de 17 de agosto de 1973, y en la que la actuación de la Administración en el proceso de oficio se configuró como un supuesto peculiar de sustitución procesal, que quedaba limitado al inicio del proceso. De acuerdo con esta interpretación la Administración no tenía acceso a una intervención posterior en el proceso porque se entendía que «ni representa a los trabajadores perjudicados ni les asiste en el acto del juicio, ni siquiera interviene a sostener la acción cuando los trabajadores no intervienen, estando debidamente citados». En definitiva, en esta sentencia de 1975 se sostenía que la Administración no era parte del proceso.

Sin embargo, cuando se dicta la sentencia que nos ocupa la norma procesal vigente era otra y además existían diferencias sustanciales entre el supuesto analizado en aquella otra sentencia de 1975 y ésta.

La doctrina sentada en 1994 se sustenta sobre unos pilares interpretativos, que expuestos con gran claridad por el Ponente, se pueden resumir del

¹ Así se afirma en la STSJ de Extremadura de 22 de marzo de 1993 (rec. sup. 144/1993), objeto del recurso de casación comentado.

² STS de 10 de octubre de 1975.

³ SSTCT de 7 julio y 4 de diciembre 1972 y de 18 de diciembre de 1974.

siguiente modo: en primer lugar, el artículo 145 de la Ley de Procedimiento Laboral, vigente en ese momento, bajo el epígrafe genérico de procedimiento de oficio, contemplaba tres tipos de acciones diferentes tanto en el plano sustantivo como en el procesal. Dichas acciones eran la reclamación de oficio de perjuicios económicos ocasionados a los trabajadores por infracciones sancionadas por resoluciones administrativas firmes [apartado a)]; la denuncia de determinados vicios en los acuerdos previstos en los artículos 41, 47 y 51.5 del Estatuto de los Trabajadores [apartado b)] y las pretensiones de un pronunciamiento previo del orden social sobre determinadas calificaciones que operan como presupuestos jurídicos de decisión para la actividad sancionadora de la Administración Laboral [apartado c)].

La clave en este caso es que la sentencia de suplicación, que se recurre en unificación de doctrina, había aplicado a un supuesto comprendido en el apartado c) del artículo 145 de la Ley de Procedimiento Laboral, una doctrina que había sido establecida para los supuestos comprendidos en el apartado a). Como se pondrá de manifiesto a continuación, dichos supuestos no eran iguales, al contrario, la diferencia entre ellos era esencial porque mientras que en el apartado a) se contemplaba un proceso cuyo objeto afectaba exclusivamente a la reparación de lesiones patrimoniales que corresponden a la esfera privada de los trabajadores afectados y en los que la ilicitud de la conducta que ha causado el daño patrimonial ya ha sido objeto de una sanción administrativa, en el proceso a que se refiere el apartado c) no solo no existe una decisión administrativa de carácter sancionador anterior, sino que la finalidad que se persigue es establecer previamente una declaración a partir de la cual pueda imponerse la sanción, con independencia de que existan o no perjuicios económicos para el trabajador.

En el caso que dio lugar a la sentencia lo que se perseguía era la constatación de que el trabajador al que se refería el acta de infracción había prestado servicios para la empresa desde la fecha en que se cursó su baja en la seguridad social hasta el día en que se realizó la visita de la inspección y que esa prestación de servicios constituía trabajo por cuenta ajena. Este era el presupuesto en el que se apoyaba la imposición de la sanción que se proponía en el acta de infracción y que había sido impugnada

El fallo de la sentencia se apoya entre otros argumentos que merece la pena destacar en el relativo al interés público que está aparejado a la imposición de sanciones administrativas. Partiendo de dicha premisa, será la Administración, en su condición de titular de la potestad sancionadora la legitimada como parte principal para pedir en el proceso la declaración en la que se ha de fundar su posterior actividad sancionatoria. De lo contrario, considera el TS,

se estaría configurando un proceso sin una parte que asuma en él la posición activa, se estaría vulnerando el principio de dualidad de partes en posición contradictoria y también se estarían vulnerando los principios de audiencia y defensa, ya que la Administración no tendría herramientas para actuar en el proceso y defender el interés público.

3. Evolución posterior

Esta ya consolidada doctrina se ha venido reiterando en numerosas sentencias del TS que tienen como punto de partida la aquí comentada y que constituyen una prueba clara de la sólida construcción interpretativa en la que se apoyan y que se recogiera en la sentencia que nos ocupa. Entre otras en las SSTs de 16 de mayo y 1 de julio de 2018 (rec. 3910/2016 y 3976/2016, respectivamente); de 1 y 7 de marzo de 2017 (rec. 3519/2015 y 3476/201); de 18 de julio de 2011 (rec. 133/2010); de 26 de abril de 2004 (rec. 3790/2002); de 1 de diciembre de 2003 (rec. 4595/2002); de 2 de junio, 14 de abril, 20 de marzo y 31 de enero de 1997 (rec. 3216/1996, 3714/1995, rec. 3360/1996 y rec. 1814/1996, respectivamente); de 23 de julio de 1996 (rec. 4061/1995); de 4 de julio de 1996 (rec. 3819/1995); de 17 de abril de 1996 (rec. 3766/1995) y de 4 de octubre de 1994 (rec. 381/1994).

IV. APUNTE FINAL

Nos encontramos ante una sentencia relevante en materia procesal, cuyos sólidos argumentos expuestos, por otra parte, con la claridad y precisión jurídica que caracterizaban a su Ponente, han evitado efectos contrarios a los principios y garantías esenciales del proceso en aquellos procedimientos de oficio en los que no hay otras partes afectadas en posición activa y en los que el interés público en el ejercicio de la potestad sancionadora puede quedar sin defensa si se niega a la Administración una intervención activa que se extienda más allá del mero impulso del proceso.

TRABAJO DE EXTRANJERO SIN AUTORIZACIÓN PARA ELLO

PILAR CHARRO BAENA

Catedrática de la Universidad Rey Juan Carlos

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1994 (RCUD. 1466/1994) [ECLI: ES: TS:1994:8645].

II. INTRODUCCIÓN

Cuando los responsables de esta obra me propusieron comentar la presente Sentencia en la que había sido Magistrado ponente mi admirado Aurelio Desdentado, no dudé en aceptar. No sólo por mi deseo de contribuir y participar humildemente en el homenaje tan merecido que con esta obra se quiere honrar su memoria y su legado, sino también porque con ello podría manifestar públicamente mi gratitud. Allá, en la segunda mitad de la década de los noventa, cuando comenzaba mi andadura académica que compaginaba con la colaboración como voluntaria en la Delegación Diocesana de Inmigrantes, pionera en prestar asesoría jurídica a los inmigrantes, conocí y aplaudí este pronunciamiento judicial que daba respuesta a lo que desde la vehemencia propia de la juventud respondía a un actuar del INEM que me parecía a todas luces injusto. Don Aurelio supo articular jurídicamente, como magistralmente

sabía, esa solución «justa» que yo esperaba y que las leyes, en su interpretación literal, no me daban. Gracias al director y a la coordinadora de esta obra por permitirme saldar esta deuda de gratitud hacia él.

III. COMENTARIO

Los hechos de los que trae causa la Sentencia son sencillos. Un ciudadano de nacionalidad marroquí venía prestando servicios por cuenta ajena en España desde el día 17 de septiembre de 1978 hasta que, casi catorce años después –el 28 de febrero de 1992–, es despedido. El despido es declarado improcedente por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 24 de Barcelona de 10 de abril de 1992. El extranjero solicita la prestación contributiva por desempleo, que se le concede durante el período comprendido entre el 21 de mayo de 1992 y el 14 de febrero de 1993, fecha en la que expiraba la vigencia del permiso de trabajo y no por el período total de veinticuatro meses que, conforme a la cotización realizada, le hubiese correspondido; el extranjero era titular de un permiso de residencia ordinario con validez hasta el día 20 de mayo de 1994. En instancia, se estimó la tesis defendida por el INEM en orden a reconocer la prestación por desempleo hasta la fecha de la pérdida de vigencia del permiso de trabajo, si bien en suplicación se estima el recurso presentado por el INEM y queda revocado el anterior pronunciamiento.

Cuando suceden los hechos someramente relatados con anterioridad, se encontraba vigente la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su Reglamento de ejecución, aprobado por RD 1119/1986, de 26 de mayo. Se trata de una Ley en la que prevalece el control de fronteras, por lo que su articulado se dedicó prioritariamente a establecer las condiciones de entrada, permanencia, salida y expulsión del territorio español de los extranjeros, orillando los aspectos relativos a los derechos laborales de los extranjeros y centrándose en la regulación de los flujos de extranjeros hacia y desde España. La lucha contra el trabajo clandestino se erige como un elemento esencial de la política de control de flujos. La LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que vino a sustituir a la LO 7/1985, supuso un cambio de rumbo de 180° en la política migratoria y, a pesar de los avatares que sufrió (nada más y nada menos que una modificación sustancial el mismo año de su aprobación), pretendió facilitar la estabilidad y regularidad de los extranjeros que vivían en España favoreciendo su integración laboral y social. No es el momento, ni tenemos el espacio necesario, para referirnos somera-

mente a los cambios que supuso esta nueva normativa, si bien, con posterioridad haremos referencia puntual a una cuestión relativa a la renovación de la autorización de trabajo y su incidencia en la prestación contributiva por desempleo.

Hecha esta breve introducción, conviene presentar dos preceptos que determinarán la resolución del conflicto planteado. Por una parte, el artículo 19 de la LO 7/1985, que dispone que «Cuando los titulares de un permiso de trabajo no puedan obtener su renovación, o ésta les sea denegada, deberán, si desean permanecer en España, solicitar el correspondiente permiso de residencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la presente Ley». Por otra, hay que tener en cuenta los requisitos para el nacimiento de la prestación por desempleo, recogidos en el artículo quinto de la Ley 31/1984, de 8 de agosto, de protección por desempleo, por la que se modifica el Título II de la Ley 51/1980, de 8 de octubre. Entre los requisitos se establecía: a) estar afiliado a la Seguridad social y en situación de alta o asimilada al alta; b) tener cubierto un período mínimo de cotización seis meses dentro de los cuatro años siguientes anteriores a la situación legal de desempleo; c) encontrar en situación legal de desempleo y d) no haber cumplido la edad ordinaria para causar derecho a la pensión de jubilación. El anterior precepto se completa con la noción de situación legal de desempleo que, básicamente, supone que la extinción del contrato de trabajo ha obedecido a una causa no dependiente de la voluntad del trabajador. Simplificando al máximo, serán beneficiarios de la prestación por desempleo aquellos trabajadores que hayan cotizado el periodo mínimo legalmente exigido y que, queriendo, no puedan trabajar.

Teniendo como atalaya el anterior panorama legal, las interpretaciones son diversas. Para la Entidad Gestora, el período de prestación por desempleo reconocido no puede abarcar los veinticuatro meses que le hubiesen correspondido según la cotización realizada, sino hasta la pérdida de vigencia de la autorización de trabajo, pues el permiso de residencia no autoriza para trabajar en España. Expirada la vigencia de aquella autorización, el extranjero no puede considerarse desempleado por no encontrarse en situación legal de desempleo (no puede, aunque quisiera, trabajar); esta doctrina era la mantenida también en las Sentencias de contraste (SSTSJ Cataluña, de 26 de julio de 1991 y Baleares, de 24 de julio de 1992). Para la Sentencia de suplicación, el extranjero tiene derecho a percibir la prestación por desempleo durante los veinticuatro meses, porque solamente a partir de la denegación del permiso de trabajo es cuando se produce la imposibilidad trabajar.

El ponente, sin embargo, rechaza ambas argumentaciones, pues considera que no es correcto afirmar que el extranjero pueda trabajar, sin más, hasta

que se le deniegue expresamente la renovación del permiso de trabajo como tampoco que el que no ha obtenido el permiso de trabajo esté afectado de una imposibilidad de prestar servicios legales en España. Y ofrece una solución acorde con la legislación vigente y con la lógica de la extranjería laboral.

Haciendo uso de conceptos jurídicos clásicos, la Sentencia parte de la conceptualización de la autorización administrativa como técnica de intervención pública que pertenece al tipo denominado «actividad administrativa de limitación», esto es, que opera en el ámbito de la restricción de la libertad de los particulares, pero sin sustituir la actividad de estos. Esta técnica autorizatoria no es equivalente a la prohibición absoluta, sino que es un acto administrativo que levanta una prohibición relativa prevista en una norma de policía que, en este caso, sería la prohibición de prestar servicios laborales en España por parte de extranjero no comunitario sin permiso de trabajo.

Perdida la vigencia de la autorización para trabajo de extranjero, pero estando en vigor el permiso de residencia, este puede permanecer legalmente en España, buscar empleo y, de contar con una oferta de trabajo, solicitar un nuevo permiso laboral. Aunque el extranjero residente legalmente en nuestro territorio no cuente con permiso de trabajo no elimina de forma absoluta la posibilidad de trabajo, por lo que se puede considerar que se encuentra en situación legal de desempleo.

Esta doctrina jurisprudencial permitió que la LO 4/2000 incluyera, en su artículo 36.4 (actual art. 38.6) que las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena se renovarían, en todo caso cuando se hubiese reconocido al trabajador extranjero una prestación contributiva por desempleo, por el tiempo de duración de dicha prestación.

IV. APUNTE FINAL

La ausencia de autorización administrativa para trabajo de extranjeros o su pérdida de vigencia y sus consecuencias en materia laboral o de Seguridad Social ha sido una cuestión que el legislador no ha abordado de forma completa –ni valiente– dejando en manos de la jurisprudencia determinar los efectos de su falta originaria o sobrevenida. Y los Tribunales han recogido el envite llegando a crear un estatuto del trabajador en situación administrativa –a efectos laborales en este supuesto– irregular. La Sentencia que ahora brevemente se ha comentado es un buen ejemplo de ello, llevando a cabo una interpretación no apegada a la literalidad de la norma, muchas veces versátil y en ocasiones tributaria de intereses políticos, sino a los grandes conceptos dogmáticos como es el

de la técnica autorizatoria. Más allá de ello, y no menos importante, se trata de un pronunciamiento judicial que se adelanta –y abre camino– a la filosofía que impregnará la subsiguiente normativa de extranjería en cuanto a la regulación de los flujos migratorios en la que se apuesta por la integración laboral y social de los inmigrantes residentes legalmente en España.

LOS EFECTOS DE LA ANULACIÓN DEL CONCURSO SOBRE LA CONTRATACIÓN LABORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

ROSARIO CRISTÓBAL RONCERO

Profesora Titular de la Universidad Complutense de Madrid

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1999 (RCUD 2138/1998) [ECLI: ES: TS:1999:1668].

La sentencia comentada desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Excmo. Ayuntamiento de Torremolinos contra la sentencia de 10 de diciembre 1997, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que declaró que la anulación de un concurso no puede conducir automáticamente a la nulidad del correspondiente contrato.

II. INTRODUCCIÓN

Esta sentencia se enfrenta al complejo problema de los efectos que produce la anulación del concurso para el desempeño de plazas laborales en las administraciones públicas sobre el contrato de trabajo concluido en cumplimiento de las bases o condiciones establecidas en dicho concurso.

La doctrina sentada en esta sentencia defiende que, de la nulidad del concurso deriva la extinción de los contratos celebrados a su amparo, y dado que se trata de factores ajenos al trabajador y que son consecuencia de un defectuoso proceder de su empleador, la Administración debe acudir a la causa de fuerza mayor o a las causas objetivas para su extinción.

No obstante, esta doctrina cuenta con opiniones discrepantes dentro de la Sala. Con la claridad expositiva que siempre caracterizaba al Magistrado Desdentado Bonete, formula su voto particular, suscrito por otros Magistrados, en el que pone de relieve que la nulidad sí afecta a los actos que dependan de otros que sufren esa consecuencia a raíz de la correspondiente resolución judicial.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

El Ayuntamiento de Torremolinos aprueba, el 5 de septiembre de 1989, la convocatoria de bases para la provisión de plazas de funcionarios y personal laboral en el propio Ayuntamiento. Frente a dicha convocatoria se interpone recurso de reposición, previo al recurso contencioso administrativo, respecto a determinadas plazas: Técnico de la Administración Especial, Coordinador de Servicios y Técnicos en cultura.

Por acuerdo plenario de 2 de noviembre 1989, y ante la presentación de diversos recursos de reposición contra el acuerdo, se aprobó la modificación de las bases de varias plazas entre las que se encontraban las siguientes: 1 Plaza de Licencia en derecho, Funcionario; 1 plaza de coordinador general de Servicios, Laboral; 1 plaza de Técnico en cultura Laboral. Las nuevas bases aprobadas se publicaron en el *BOP de Málaga* el 13 de diciembre de 1989.

Según los hechos probados, la recurrente, D.^a Leonor, presta sus servicios desde el 1 de febrero de 1989 como monitora de inglés con un contrato de trabajo a tiempo parcial y con una jornada del 38% de lo habitual y duración semestral del curso, para obra o servicio determinado. Con anterioridad había prestado servicios para la Tenencia de Alcaldía de Málaga en los cursos semestrales: 84/85, 85/86, 86/87. Superado el concurso para la cobertura de la plaza, continuó en su desempeño, como personal laboral en todo caso. Percibía una retribución mensual última de 286.200 ptas. por todos los conceptos. La recurrente accedió a la plaza de técnico en cultura con el carácter de fija en el concurso más arriba mencionado.

Interpuesto el recurso contencioso administrativo por una de las aspirantes, D.^a Inmaculada, contra el acuerdo del Ayuntamiento del 2 de noviembre de 1989, se dicta sentencia por la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, decretándose la nulidad de las bases impugnadas. Por STS de 6 de junio de 1996 la sentencia de instancia quedó totalmente confirmada tras el trámite del recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Torremolinos, apelación a la que se había adherido también la aspirante. En su fundamento tercero se aclaraba que la resolución confirmada y sus efectos anulatorios, alcanzaban el Acuerdo de 2 de noviembre de 19189. La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1996 fue notificada al Ayuntamiento el 2 de julio de 1996. En pleno municipal de 29 de julio de 1996 se acordó su ejecución, anulándose las bases aprobadas para las convocatorias de las plazas de TAE licenciado en derecho, Coordinador general de Servicios y Técnico de Cultura.

El Acuerdo mencionado fue notificado a la actora el 30 de julio de 1996 con indicación de que produciría efectos de extinción del contrato de trabajo celebrado sobre la base del concurso anulado con fecha de 8 de agosto de 1996.

La sentencia del Juzgado de los Social núm. 7 de Málaga de 20 de noviembre de 1996 estimó la demanda en reclamación por despido, condenando a la Corporación a la readmisión de la trabajadora en su mismo puesto de trabajo con abono de los salarios de tramitación dejados de percibir desde que se produjo el despido hasta la readmisión o a opción de la empresa demandada al abono de las consiguientes percepciones económicas. Contra esta sentencia interpuso el Ayuntamiento recurso de suplicación que fue confirmado íntegramente por la STSJ de Andalucía, Málaga, de 20 de noviembre de 1996. Frente a esta sentencia se interpone recurso de casación para unificación de doctrina, que dio lugar a la sentencia aquí comentada.

2. Relevancia del asunto

La jurisprudencia sobre la extinción del contrato de trabajo por nulidad del concurso oposición refleja la dificultad de la determinación de los efectos, que pueden determinar bien la acción de nulidad bien la acción extintiva a través de la causa técnica o de la causa de fuerza mayor.

Sobre esta cuestión no existía una respuesta jurisprudencial unánime, más allá de la coincidencia en que la nulidad de las pruebas ha de tener alguna repercusión en la vida del contrato de trabajo; presupuesto que también com-

parte el voto particular formulado por el Magistrado Desdentado Bonete. Así, mientras que la sentencia de 12 de junio de 1989 declaraba que la nulidad del concurso es causa suficiente para que la Administración decida la extinción del mismo, la de 5 de octubre de 1994 entendía, años más tarde, que la nulidad del concurso público es causa directa y automática de la nulidad del concurso.

Con estos mimbres la sentencia objeto de comentario trata de reconstruir el conflicto jurídico y aportar una solución global a un problema que no había sido aclarado satisfactoriamente por las precedentes sentencias a la de 1999.

3. Aplicación de la doctrina

La sentencia de 10 de marzo de 1999, FJ cuarto, recuerda que «de la nulidad declarada por sentencia firme de las bases de un concurso para la contratación de trabajadores en la Administración Pública deriva lógicamente la extinción de los contratos de trabajo celebrados de conformidad con dichas bases».

En línea con sentencias anteriores, el TS sostiene que hay una «conexión funcional directa entre el procedimiento de concurso de provisión de plaza en la Administración Pública y el contrato de trabajo celebrado, de suerte que no se puede exigir la continuación del contrato si se ha anulado el concurso que es su base de sustentación».

En tal sentido, indica el Tribunal Supremo que, para llevar a efecto la extinción de la relación laboral, derivada de la anulación del concurso convocado para su provisión, no es preciso ejercitar la acción de nulidad del contrato, sino que el empresario puede acudir a alguno de los procedimientos y actos extintivos ex artículo 49 ET. En concreto, señala dos posibles opciones: la extinción por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo (art. 49.1.h ET) y las causas objetivas legalmente procedentes (art. 49 1 I ET). La STS 10 de marzo de 1999, entiende que «el impedimento de la prestación de trabajo por acto de autoridad o *factum principis* constituye una causa de extinción del contrato de trabajo equiparable a la fuerza mayor». Asimila, por tanto, un acto de «autoridad judicial» a los acontecimientos de fuerza mayor.

Sin embargo, la argumentación del TS no concluye en este aspecto, sino que se interna en la manera de aplicar las citadas causas de extinción, considerando que el empleador deberá seguir en estos casos: i) la vía del artículo 51 ET, cuando se superen los umbrales numéricos del párrafo 1.º, o ii) la vía del artículo 52.c) ET cuando se trate de extinciones contractuales por debajo de dichos límites. En el supuesto debatido, al afectar la extinción a una sola traba-

jadora, la entidad empleadora debió comunicar el acuerdo de ejecución anulatoria y la consiguiente extinción del contrato de trabajo por acto de la autoridad judicial, con base en el artículo 52.c ET que es aplicable a este caso, cumpliendo los requisitos de forma y procedimiento del artículo 53 ET. Dado que el requisito de puesta a disposición de la indemnización no se ha cumplido por parte de la Administración, el despido había de calificarse nulo (art. 53.4 ET); resultado considerado inviable, desde el punto de vista procesal, ya que constituiría una reforma peyorativa para la parte recurrente.

4. **Voto particular del Magistrado Desdentado Bonete**

La doctrina de la sentencia cuenta con opiniones discrepantes dentro de la Sala. En este sentido, con la claridad expositiva que siempre caracterizaba al Magistrado Desdentado Bonete, se exterioriza su voto particular, suscrito por otros Magistrados,

Partiendo del presupuesto de que la anulación del concurso debe conducir a la terminación del contrato de trabajo, discrepa, sin embargo, del efecto que ello produce. A través de una fundamentación jurídica magistralmente argumentada, entiende que la anulación de la convocatoria determina «la nulidad de los contratos que se han celebrado al amparo de la misma, como se deriva claramente *sensu contrario* del artículo 64 de la Ley 30/1992, a tenor del cual «la nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero», lo que supone que la anulación de un acto del que dependa la existencia de otro, sí que determinará la anulación de este último.

Esto es precisamente lo que ocurre en los concursos para la adjudicación de plazas –sean funcionariales o laborales– de las Administraciones Públicas, por lo que a juicio del Magistrado Desdentado Bonete «la institución de la nulidad no debe confundirse con la extinción de un contrato inicialmente válido, que pierde su vigencia por una causa sobrevenida, que es lo que sucede con las causas que contempla el artículo 49 ET frente al régimen del artículo 9 ET. Con enorme claridad aporta D. Aurelio Desdentado Bonete sencillez a una realidad compleja como la que se describe. Insiste en que es esencial la distinción entre ambas instituciones– nulidad y extinción–, porque en caso de nulidad la causa es «originaria» y no «sobrevenida», y la voluntad del empleador puede estar determinada, como ocurre en este caso, por una declaración anterior. De ahí que el control judicial tenga que limitarse, en este supuesto, a la

relación de dependencia entre el acto anulado y el contrato sin entrar en lo decidido por el orden contencioso administrativo.

En cualquier caso, entiende el voto particular que, en el caso de nulidad, los efectos se limitan a los previstos en el artículo 9.2 ET: mantenimiento por parte del trabajador del derecho al salario prestado. Esto no significa que no puedan aplicarse otras indemnizaciones, si la actuación administrativa anulada hubiese producido un perjuicio al trabajador afectado, conforme al régimen normal de responsabilidad por daños, pero sin abarcar las indemnizaciones automáticas y tasadas previstas para algunas causas del artículo 49 ET. Preceptos, cuya aplicación, sostiene el Magistrado Desdentado Bonete, pueden tener inconvenientes prácticos, como muestra el presente caso, en el que de configurarse el supuesto como fuerza mayor sería necesario la tramitación de un expediente de regulación del empleo por imperativo ex artículo 51.12 ET.

IV. APUNTE FINAL

El voto particular, formulado por D. Aurelio Desdentado Bonete, despliega un considerable esfuerzo de argumentación frente a la sentencia de 10 de marzo de 1999, de la que fue ponente el Magistrado Martín Valverde. Este «duelo de titanes», confirmando su elevado manejo de la doctrina científica y de la jurisprudencia laborales, refleja las dificultades, difícilmente evitables, que se presentan en este terreno.

Se parte de un presupuesto unánime, a saber: la anulación del concurso debe conducir a la terminación del contrato de trabajo. Sin embargo, las dudas se ciernen sobre sus efectos: será la nulidad, conforme al derecho administrativo, o la extinción del contrato de trabajo, siguiendo la regulación típicamente laboral la vía más adecuada para dirimir el conflicto.

Precisamente, la dificultad de elección ante estas opciones la pone de relieve el voto particular, que manifiesta que ninguna respuesta es segura e indiscutible, al tiempo que destaca las dificultades de técnica y de concepto de la tesis defendida por la STS de 10 de marzo de 1999. En esta encrucijada de problemas brilla una de las muchas virtudes de D. Aurelio Desdentado Bonete: detectar el problema jurídico y ofrecer una argumentación sencilla y clara en aras de facilitar la vía más adecuada para la protección de los intereses en conflicto.

DESPIDO IMPROCEDENTE POR PARTICIPACIÓN NO ACTIVA EN MEDIDA DE CONFLICTO COLECTIVO ILEGAL

JESÚS CRUZ VILLALÓN
CATEDRÁTICO DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1986 [ECLI: ES: TS:1986:1878].

II. INTRODUCCIÓN

Se trata de una sentencia emblemática dentro de este más que merecido homenaje a la obra y a la persona de nuestro siempre recordado Aurelio Desdentado Bonete, por ser la primera de las sentencias en la que intervino como ponente en su condición de magistrado del Tribunal Supremo. Más aún, con el tono habitual en esa época de llamativa contención en la dimensión de las sentencias, la misma contiene un pronunciamiento clave en materia de ejercicio de la potestad sancionadora del empleador frente a conductas de los trabajadores en el marco de una huelga ilegal o de una medida de conflicto colectivo igualmente ilegal. Frente a la práctica tan extendida hoy en día de sentencias largas en exceso, que a veces impiden un conocimiento cabal del pronunciamiento del Tribunal y de clara identificación de la jurisprudencia que se esta-

blece, esta sentencia de Aurelio Desdentado confirma el aforismo de Baltasar Gracián de que lo bueno, si breve, dos veces bueno. En efecto, se trata de una sentencia que en apenas tres páginas condensa la jurisprudencia esencial en materia de despido disciplinario y, por extensión sanciones empresariales, por participación activa en huelga ilegal, con criterios que con sencillez y rotundidad se fijan en este fallo. La misma marca un pronunciamiento de referencia clave en la materia, en la medida en que su doctrina es seguida con expresa mención a la misma por al menos 17 sentencias posteriores que la siguen y sin que, en lo esencial, su criterio haya venido a ser corregido hasta el momento presente, a partir de una normativa de aplicación que igualmente se mantiene vigente a todos los efectos, sin haberse producido tampoco por ello modificación legal alguna con el paso del tiempo.

III. COMENTARIO

1. **Vigencia normativa de la causa justificada de despido: la conjunción de dos elementos**

La derogación por el texto de 1980 del Estatuto de los Trabajadores (ET) de una parte sustancial del Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo de 1977 (RDLRT) provocó un cierto debate acerca de la pervivencia de la determinación de la causa justificativa del despido por participación activa en huelga ilegal. De un lado, el ET de 1980 procedió a regular las causas justificativas del despido, sin mencionar expresamente las conductas de los trabajadores durante las huelgas ilegales, si bien se podría interpretar que ello se encontraba implícito en las faltas injustificadas de asistencia al trabajo (art. 54.2.a ET) o, en este caso concreto, en la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo (art. 54.2.e ET). Más aún, no solo podía derivar ello de una derogación implícita del RDLRT, sino que expresamente derogaba entre otros su artículo 33.j, que establecía como causa de despido procedente la participación activa en huelga ilegal o en cualquier otra forma de alteración colectiva en el régimen normal de trabajo. No obstante, la derogación no afectaba al artículo 16 del mismo cuerpo legal, que mantenía la remisión al precepto precedente. La sentencia reitera el criterio ya establecido en el sentido de que la vigencia del artículo 16 provoca como efecto derivado la vigencia también de la causa de despido contemplada en el artículo 33.j) ya mencionado.

2. **Ilegalidad de la huelga o del conflicto colectivo como presupuesto del despido**

A partir de la premisa anterior, se analiza la situación fáctica de partida, consistente en una medida de conflicto colectivo que se califica de partida como ilegal por consistir en la disminución del rendimiento de los trabajadores, sin llegar a producirse una cesación de la prestación de servicios. Si bien la pretensión procesal no tiene como objeto inmediato la calificación de la medida de conflicto colectivo como legal o ilegal, la sentencia debe entrar en la calificación como ilegal de la misma en cuanto que ello se presenta como presupuesto de la corrección de la facultad empresarial de despedir. A tal efecto, la sentencia, incluyen la medida de disminución voluntaria del rendimiento en el marco de un conflicto colectivo como una alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta a la huelga, reafirma el criterio interpretativo del Tribunal Constitucional, en el sentido de que este tipo de medidas de presión se presumen *iuris tantum* como ilegales (STC 11/1981, de 8 de abril).

3. **La participación activa en la huelga: casuística, proporcionalidad e Igualdad de trato**

Siguiendo una interpretación literal de la definición causal del artículo 33.j RDLRT, ya referida, la sentencia entiende que la procedencia del despido depende de la conjunción de un doble elementos, en términos tales que, junto a la ilegalidad de la medida de conflicto colectivo, debe concurrir también una «participación activa» en su desarrollo. Es aquí donde se encuentra la aportación más relevante de la sentencia, por cuanto que la misma aporta criterios interpretativos para determinar cuándo se produce una participación «activa», en los términos exigidos legalmente.

Ante todo, lo hace a partir de la premisa de que ha de efectuarse un análisis específico e individualizado de cada caso concreto, lo que supone que no puedan formularse reglas abstractas de carácter general para determinar cuándo una participación tiene el carácter de activa. En todo caso, apunta varios criterios orientativos que resultan claves y que podemos resumir del modo siguiente.

El despido como sanción laboral presenta una excepcional gravedad, de lo que deduce que ha de exigirse una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, debiendo enlazarse cada uno de estos tres elementos. Ello debe ponderarse especialmente teniendo presente que la conducta del trabajador se inserta dentro de una situación de conflicto, cuya dimensión

colectiva matiza y condiciona las conductas individuales; por ejemplo, así menciona en concreto cierto tipo de manifestaciones en una reunión en un momento de acaloramiento en el curso de una discusión con la dirección de la empresa.

En segundo lugar, considera que en esta materia un trato desigual entre trabajadores se debe calificar como discriminatoria cuando se sanciona con el despido a un trabajador y no se hace respecto de otros que en idéntica situación han adoptado idéntica conducta frente al conflicto colectivo; dicho de otro modo, concurriría una discriminación prohibida si se sancionaran desigualmente comportamientos iguales.

A tenor de ello, se concluye en que la conducta del trabajador no es merecedora del despido, ya que se ha limitado a reducir su rendimiento, sin promoverlo ni instigarlo, con idéntica intensidad al resto de sus compañeros de trabajo. Se refiere también a la presencia del trabajador en una reunión con la dirección en el curso del conflicto, sin destacada participación activa. A título orientativo, considera que serían ejemplos de participación activa cuando se amenaza a los trabajadores que continúan prestando sus servicios, se dificulta el desarrollo de las funciones de los servicios de mantenimiento, se ocupa ilegalmente el centro de trabajo o se perturba el acceso a la empresa.

4. La sanción inferior como alternativa

En todo caso, sí advierte la sentencia que las conductas del trabajador constituyen una infracción laboral, susceptible de una sanción inferior al despido, que pudieran ser impuestas por la empresa conforme a las previstas en las normas profesionales del sector, expresión que ha de entenderse referida a la tipificación de infracciones y sanciones previstas en el convenio colectivo conforme a la previsión legal (art. 58 ET). En todo caso, comoquiera que ello no es el objeto del litigio no profundiza en este asunto, ni entrar en la facultad que se contempla en la normativa procesal que permite al Juez a autorizar la imposición de una sanción alternativa y adecuada (art. 108.p.2 LRJS).

5. La improcedencia del despido

A resultas de todo lo anterior, la sentencia, sin entrar en mayores detalles, declara la improcedencia del despido, recordando que en tal caso la empresa debe proceder en el plazo de cinco días a optar entre la readmisión del trabajador o el abono de la indemnización legalmente prevista a tal efecto (art. 56.1 ET).

Es aquí, probablemente, donde la sentencia puede presentar algún elemento de debilidad o de incoherencia. Ciertamente, contemplado exclusivamente como un supuesto de incumplimiento voluntario, pero no grave del trabajador, al no concurrir la causa justificativa, la regla general es la de la improcedente. No obstante, no casa bien la declaración de improcedencia cuando con precedencia la sentencia ha considerado que debe calificarse como discriminatoria la conducta empresarial cuando se ha producido un tratamiento desigual no justificado de este trabajador, comparado con el resto de sus compañeros que con igual intensidad habían reducido voluntariamente su rendimiento en el marco del conflicto. De resultar correcta efectivamente la calificación de la conducta como discriminatoria la calificación que debería haber procedido sería la de la nulidad del despido por lesiva de la prohibición constitucional (art. 14 CE). Sin embargo, posiblemente la sentencia en el fondo puede ser consciente que no nos encontremos ante una conducta estrictamente «discriminatoria» en el sentido técnico del término. Conviene a tal efecto recordar que el empleador privado a lo que se encuentra sujeto es la prohibición constitucional de «discriminación», pero no vinculado a un estricto principio de igualdad de trato. En este caso, si la diferencia de tratamiento no refiere a alguna de las causas consideradas como especialmente rechazables por su carácter especialmente prohibidas (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social), será un tratamiento desigual pero no discriminatorio. Por ello, tratándose de una diferencia de trato ante una conducta ilegal que no afecta en sentido estricto a la prohibición de discriminación, es razonable que la declaración final haya sido la de la improcedencia del despido y no la nulidad del mismo.

IV. APUNTE FINAL CONCLUSIVO

Como valoración final, se trata de una excelente sentencia, que manifiesta con rotundidad el rigor jurídico y la solidez argumentativa de Aurelio Desdentado como magistrado del Tribunal Supremo, lo que se constata en el hecho de que el paso del tiempo no ha quitado impacto e influencia a este importante pronunciamiento sobre el marco del ejercicio de poder sancionador del empleador ante conductas que se desarrollan en el contexto de medidas de presión ante un conflicto colectivo.

**LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL DERIVADA
DE DESCUBIERTOS EN LAS COTIZACIONES EN ACCIDENTES
DE TRABAJO: ¿NON BIS IN IDEM?**

RUBÉN DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN

Socio de Cuatrecasas.

Profesor colaborador en ESADE

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (Sala General), de 1 de febrero de 2000 (RCUD 694/1999) con Voto Particular de Aurelio Desdentado Bonete (al que se adhieren 2 Magistrados) [ECLI: ES: TS:2000:633].

II. INTRODUCCIÓN

La cuestión que aborda la Sentencia comentada es tan sencilla en su formulación como complicada en su resolución: ¿qué responsabilidad tiene la empresa ante un período prolongado de descubierto en la cotización a la Seguridad Social en supuestos de accidentes de trabajo, donde no se requiere un período previo de carencia?

Tal responsabilidad empresarial es, sin duda, una de las materias donde la doctrina iuslaboralista y el propio Tribunal Supremo vienen clamando por una solución legislativa desde hace décadas, la cual ni está, ni se la espera. En

efecto, basta acudir al vigente artículo 167.2 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 para comprobar, con auténtica desazón, que es el mismo que viene recogiendo desde la norma del año 1974:

«El incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva.»

A falta del ansiado desarrollo reglamentario, el vacío creado ha requerido ser cubierto con la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966. Una aplicación, en palabras de Desdentado, por la vía de la «heterodegradación», sin duda desaconsejable e insuficiente para abordar toda la problemática surgida al respecto, la cual ha tenido que ser tratada y solucionada por nuestros Tribunales.

Así, en la Sentencia que comentamos, la Sala 4.^a considera aplicable la «doctrina tradicional» sobre responsabilidad también a los accidentes de trabajo, distinguiendo el régimen de responsabilidad en función del grado de incumplimiento.

Pero, más allá de lo anterior, la resolución contiene un Voto Particular de Aurelio Desdentado Bonete (al que se adhieren dos Magistrados) y considera, con ese virtuosismo habitual en sus resoluciones (que hacía que, como en esta Sentencia, el Voto Particular se convirtieran en elemento básico para la reflexión, más allá de la solución al caso concreto patrocinado por la posición mayoritaria), que el sistema de responsabilidad empresarial en estos supuestos es inconstitucional.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado y la Sentencia recurrida

El supuesto de hecho de la resolución que comentamos parte de una reclamación de la Mutua de accidentes de trabajo, la cual, frente a un accidente de trabajo, había cubierto los gastos sanitarios y de incapacidad temporal de un trabajador de una de sus empresas asociadas. Dicha empresa, había dejado de cotizar por el trabajador afectado un período de 7 meses (todo el tiempo que duró la relación laboral), ingresando únicamente la denominada cuota obrera.

Con tales antecedentes, la Mutua instó demanda para la reclamación a la empresa –y subsidiariamente al INSS– de lo que había abonado por los conceptos precitados.

El Tribunal de instancia, en criterio compartido por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en Sentencia de 1 de diciembre de 1998 (recurso 1901/1998), determinó la responsabilidad empresarial –y subsidiaria del INSS– al considerar el descubierto como determinante de la responsabilidad empresarial.

2. La Sentencia de contraste

Contra esta última resolución, el INSS interpuso recurso de casación para unificación de doctrina, aportando como Sentencia de contraste otra del mismo Tribunal vasco, pero de fecha de 8 de septiembre de 1998 (recurso 1108/1992), la cual consideraba que nunca en accidentes de trabajo la falta de cotización da lugar a responsabilidad empresarial directa (ni subsidiaria del INSS, por tanto), sobre el argumento de que solo se produce esta responsabilidad cuando la falta de cotización produce perjuicios en los derechos del trabajador, por lo que, habiendo éste percibido de la Mutua las prestaciones correspondientes, ninguna acción cabe contra la empresa puesto que ninguna influencia sobre la prestación tiene su descubierto en el pago de las primas correspondientes.

3. Doctrina sentada

Cuando el Tribunal Supremo ejerce su función nomofiláctica en el supuesto comentado, lo hace para perfilar y acotar, precisamente, su previa doctrina sentada por la STS de 8 de mayo de 1997, también de Sala General, en la que fue ponente Desdentado Bonete¹. En concreto, en dicha resolución se decía que, para poder realizar una interpretación de las normas preconstitucionales² (a aplicar por la falta de desarrollo reglamentario), era necesario realizar una interpretación sistemática y finalista de tales normas a aplicar, para salvar así su adecuación a la legalidad y garantías constitucionales.

¹ Sobre la evolución de la doctrina jurisprudencial al respecto, véase ARADILLA MARQUÉS, M. J., «Responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones: últimos matices en la jurisprudencia». AS, núm. 19, 2000, y SEMPERE NAVARRO, A. V., «La responsabilidad empresarial en contingencias profesionales tras la STS de 1 febrero 2000» AS, núm. 4, 2000.

² La precitada Ley Articulada de Seguridad Social.

Así, se apuntaba en esta resolución del año 1997 (a la que luego siguieron varias el mismo año, todas ellas referidas a contingencias comunes), que la responsabilidad empresarial en las prestaciones por falta de cotización tiene que vincularse a un incumplimiento con trascendencia en la relación jurídica de protección, de forma que la falta de cotización imputable al empresario impida la cobertura del período de cotización exigido. En otro caso se sancionaría dos veces la misma conducta (sanción administrativa directa y sanción indirecta también administrativa por la vía de una responsabilidad) siendo, por tanto, vulnerador del principio *non bis in idem*.

Sin embargo, en supuesto ahora comentado, y tratándose de un accidente de trabajo, no requería un período de cotización previo, lo que hace que el Alto Tribunal considere que no resulta aplicable la anterior doctrina nacida al calor de prestaciones que requerían un período previo de carencia, añadiendo que, en los supuestos en los que no se requiere el tan citado período de carencia, deba acudirse a otros criterios, esto es, la ya clásica distinción entre:

Incumplimientos transitorios, ocasionales o involuntarios. En esos supuestos, la responsabilidad será de la entidad gestora o colaboradora.

Incumplimientos definitivos y voluntarios, rupturistas o expresivos de la voluntad empresarial de no cumplir con la obligación de cotizar. En estos supuestos, la responsabilidad será de la empresa, con responsabilidad subsidiaria del INSS (como sucesor del extinto Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo).

Concluye la resolución considerando la existencia de un incumplimiento del segundo grupo, pues, aunque el período de no cotización no era amplio, era equivalente a todo en el que la relación laboral estuvo en vigor, confirmando así la Sentencia recurrida y la responsabilidad empresarial y subsidiaria del INSS.

4. El Voto Particular de Aurelio Desdentado Bonete

Más allá de la relevancia y distinción que realiza la Sentencia comentada en función de la contingencia, merece la pena subrayar como, en el halo que el propio Desdentado había mostrado en la Sentencia del año 1997 de la que fue Ponente, considera que la normativa a aplicar resultaría inconstitucional por dos motivos esenciales, a saber:

Por la vulneración del principio *non bis in idem*. En concreto, la entidad gestora o colaboradora se liberan del pago, pero se podrá seguir recaudando del empresario las cotizaciones con el correspondiente recargo (y con el límite, lógicamente, de la prescripción de cuotas). Y, al mismo tiempo, el empresario

podrá ser sancionado por el incumplimiento y declarado responsable de la prestación. A juicio de Desdentado, ello constituiría una infracción del artículo 25 CE, sin que a ello obste el hecho de que formalmente la responsabilidad empresarial no se configure formalmente como sancionador, pues sí lo será materialmente.

Por la vulneración del principio de proporcionalidad, en la medida en que la determinación de lo que califica como «sanción», esto es, la responsabilidad en materia de prestaciones, no tiene en cuenta la gravedad del incumplimiento, sino factores aleatorios que determinan el cálculo de la prestación o del capital coste, de forma que un incumplimiento de menor gravedad puede ser objeto de una sanción superior si la prestación causada da lugar un capital superior.

Las anteriores razones hacen que, en su opinión, debiera elevarse cuestión de constitucionalidad para determinar su adecuación a la Constitución de los preceptos de Seguridad en liza.

IV. APUNTE FINAL

Esta resolución, vino a clarificar la doctrina emanada años antes por el propio Tribunal Supremo y a distinguir los criterios de responsabilidad empresarial en función de la necesaria o no existencia de carencia previa. Pero, más allá de tal consideración y en cuanto al Voto Particular, sirve para evidenciar la seria duda de la constitucionalidad de preceptos preconstitucionales que vienen aplicándose en un sistema huérfano de normativa de desarrollo y, en todo caso y en opinión compartida tanto por la posición mayoritaria como por el Voto Particular, la necesaria regulación del régimen de responsabilidades empresariales ante descubiertos de cotización.

LA DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA ASIMILACIÓN LEGAL ENTRE PERSONA CON DISCAPACIDAD E INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL. RELACIÓN Y ALCANCE DE LA CONTRADICCIÓN DE SENTENCIAS EN EL RCU

AZUCENA ESCUDERO PRIETO
Profesora Titular de la Universidad de Valladolid

El recurso social de casación para la unificación de doctrina, hoy regulado en los artículos 218 a 228 del Título IV del Libro III de la LRJS, fue una de las grandes innovaciones de la reforma procesal de 1990. Representó en su momento un cambio radical en la concepción del recurso tradicional de casación para establecer una casación más moderna y selectiva, en la que las funciones de este recurso se alteraron de forma significativa en una línea que puede considerarse pionera en nuestro ordenamiento jurídico.

A. Desdentado Bonete, «La nueva casación para la unificación de doctrina en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 103, 2013, p. 373.

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2008 (RCUD 921/2007) [ECLI: ES: TS:2008:1863].

II. INTRODUCCIÓN

La sentencia objeto de comentario aborda la asimilación entre discapacidad e incapacidad permanente contenida en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad –LIONDAU– y el alcance –material y formal– que esta asimilación tiene en el reconocimiento automático de un grado de discapacidad del 33% al incapacitado permanente. Sustancialmente, la controversia consiste en delimitar el ámbito de aplicación de esta asimilación y determinar el alcance de sus efectos. El interés del tema que aborda esta sentencia es indudable no solo desde el punto de vista sustantivo antes mencionado, también desde el plano más propiamente procedimental en el recurso de casación para la unificación de doctrina –RCUD–, pues el voto particular discrepante formulado por el Magistrado Aurelio Desdentado se detiene a analizar aquello que considera esencial para apreciar la contradicción requerida por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral –LPL– actual artículo 219.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social –LRJS–. Para defender su oposición al RCUD, el Magistrado Aurelio Desdentado mientras realiza un intenso examen de la sentencia recurrida y la de contraste, explica detalladamente los razonamientos jurídicos que le llevan a apreciar que los hechos, fundamentos y pretensiones de las partes son dispares. No es arriesgado afirmar que los razonamientos jurídicos defendidos por Aurelio Desdentado en su voto particular discrepante siguen albergando en la actualidad un importante valor en la construcción jurisprudencial del Derecho del Trabajo.

III. COMENTARIO

La protección social de las personas con discapacidad desde la Ley 26/2011, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, abarca una perspectiva social amplia sustentada en la defensa de los derechos humanos. Con esta Ley se logra superar la fase legislativa de mero reconocimiento de derechos fundamentales; igualdad y prohibición de discriminación, introduciéndose en nuestro ordenamiento jurídico herramientas concretas dirigidas a asegurar que las personas con discapacidad disfruten sin ningún obstáculo del pleno ejercicio de todos los derechos humanos y de las libertades públicas.

La incapacidad permanente total es una contingencia comprendida dentro de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva y, por tanto, vinculada al trabajo, que otorga al trabajador que la

padece una prestación económica, cuya finalidad es sustituir las rentas dejadas de percibir por el trabajador a consecuencia de una situación sobrevenida incapacitante e incompatible con el trabajo que venía desarrollando y su ordenación jurídica se sitúa en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre –LGSS–.

La regulación de la discapacidad desde una perspectiva más instrumental de integración social se encuentra en el RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que promulga la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social –LGDPCDIS– que regulariza y armoniza la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos –LISM–; la Ley 51/2003 y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Finalmente, en un nivel de protección social más amplio la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia se regula en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, que tiene por objeto ordenar las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

Más allá de la diversa regulación normativa apuntada, el legislador introduce múltiples vínculos entre estas normas con la finalidad de extender –en algunos supuestos– sus efectos mediante la equiparación de los derechos de las personas con discapacidad con aquellas que se encuentran en situación de incapacidad permanente total.

En esta sentencia dictada por la Sala Social del Tribunal Supremo el 29 de enero de 2008 se debate el alcance que tiene el reconocimiento legal a la incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, de un grado de discapacidad igual o superior al 33%. La pretensión de la parte actora, que tiene reconocida por el INSS una incapacidad permanente total para su profesión habitual, es que se realice una interpretación literal del artículo 1.2 de la Ley 51/2003 y le sea reconocida de forma automática una discapacidad por parte de los servicios sociales de su Comunidad Autónoma.

1. Los distintos objetivos de la normativa reguladora de la discapacidad y de la incapacidad permanente

El Tribunal Supremo desestima íntegramente el recurso planteado fundamentando su decisión en la doctrina unificada que viene manteniendo en diver-

Los pronunciamientos, se trata de sentencias del Pleno de 21 de marzo de 2007, rec. 3872/2005 y 3902/2005, a las que siguieron otras como las de 29 de mayo y 19 de julio, rec. 113/2006 y 3080/2006, donde la Sala IV razona que la Ley 51/2003 y la Ley 13/1982 atienden objetivos de protección diferentes a aquellos que son propios de la acción protectora de la LGSS, en cuyo ámbito la definición de los grados de incapacidad permanente atiende exclusivamente a consideraciones de empleo y trabajo, mientras que la definición de persona con discapacidad incluye otras dimensiones de la vida social, como son la educación y la participación en las actividades sociales, económicas y culturales. Interpreta el Tribunal Supremo que la atribución de la condición de persona con discapacidad corresponde a la Ley 13/1982, que en su artículo 10 atribuye a equipos multiprofesionales de valoración la competencia de valorar y calificar la presunta «minusvalía», determinando el tipo y grado de disminución en relación con los beneficios, derechos económicos y servicios previstos en la legislación.

2. Sobre la aplicabilidad del artículo 1.2 de la Ley 51/2003

El Tribunal Supremo considera que el reconocimiento de un grado de discapacidad del 33% se concede en el marco de la Ley 51/2003, por tanto, este grado de discapacidad tan solo se reconoce a los exclusivos efectos que en esta Ley se contemplan. De modo que el eje central del sistema de protección de la discapacidad sigue siendo la Ley 13/1982 y la Ley 51/2003 es un mero complemento que «sirve de renovado impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad». En particular, el artículo 1.2 de la Ley 51/2003 reconoce una discapacidad igual o superior al 33% a los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro de incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Ahora bien, la plena eficacia de esta equiparación se circunscribe únicamente al ámbito material previsto en dicha Ley. Así, el Tribunal Supremo entiende que la discapacidad y la incapacidad laboral no son situaciones asimilables a todos los efectos debido a que parten de ámbitos diferentes, exigen valoraciones propias y el ordenamiento jurídico les dota de un nivel distinto de protección.

3. La doctrina del Tribunal Supremo sobre los efectos del reconocimiento automático de un grado de discapacidad del 33% a la incapacidad permanente

Para la definición de la condición de persona con discapacidad la Ley utiliza el criterio del porcentaje de disminución de las capacidades «físicas, psíquicas o sensoriales», refiriendo tal disminución a las posibilidades de «integración educativa, laboral o social» del discapacitado. Esta definición se encuentra en el artículo 7 de la Ley 13/1982 y el porcentaje mínimo para la consideración de persona con discapacidad está fijado en el 33% en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003. En consecuencia, la atribución de la condición de persona con discapacidad pertenece al grupo normativo de la Ley 13/1982 y no a la Ley 51/2003. Por lo que la asimilación contenida en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003 despliega plena eficacia en todo el ámbito de materias de dicha Ley; precisamente, esto es lo que quiere decir la expresión «en todo caso». De ahí que se defienda por el Tribunal Supremo en reiterada doctrina que la atribución no tiene un alcance de asimilación de carácter general de la condición de discapacitado que permita una extensión automática a todo el ordenamiento jurídico.

4. La interpretación por el Tribunal Supremo del concepto de discapacidad introducido en el artículo 4.2 del RD Legislativo 1/2013: Reproducción de la doctrina previa. Una encrucijada jurídica necesitada de respuesta legislativa

El Tribunal Supremo en también una reiterada doctrina SSTS núm. 992/2018 y 993/2018, de 29 de noviembre de 2018 y núm. 298/2020, 302/2020, 306/2020, 307/2020, 308/2020 y 313/2020, de 12 de mayo, mantiene que el concepto de persona con discapacidad del artículo 4.2 del RD Legislativo 1/2013 cuando incorpora la expresión «a todos los efectos» excede el mandato de legislación delegada, debido a que modifica el contenido del artículo 1.2 de la Ley 51/2003 y declara que ha incurrido en ultra vires al sustituir la frase «a los efectos de esta ley» por la de «a todos los efectos». Interpreta el Tribunal Supremo que esta modificación no respeta el concepto de persona con discapacidad recogido en el artículo 1.Dos de la Ley 26/2011 que, además de otorgarle esa delegación, confirmó el concepto de persona con discapacidad contenido en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003.

En relación con estos últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo, considerando que la eficacia de la equiparación entre discapacidad e incapacidad permanente laboral sigue estando limitada a los beneficios concedidos por la Ley 51/2003 y no a los contenidos en el RD Legislativo 1/2013, debe señalarse, con carácter general, que esta interpretación puede tener una estimación diferente si el legislador introduce una modificación legislativa que resuelva el conflicto jurídico planteado, dando respuesta a todas aquellas personas con incapacidad permanente que fueron asimiladas a la condición de discapacidad en virtud del RD Legislativo 1/2013 y a los problemas de dualidad de situaciones que la interpretación por el Tribunal Supremo de su artículo 4.2 ha suscitado. En consecuencia, la modificación legislativa se hace necesaria para incorporar en el ordenamiento jurídico una regulación que dote de seguridad jurídica a todo el marco normativo protector de las personas con discapacidad. Esta tarea, además, se estima especialmente urgente si se toma en consideración que la aprobación de la Ley 26/2011 se sustenta en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y, como declara su Preámbulo, esto supone «la consagración del cambio de paradigma del enfoque de las políticas sobre discapacidad». De tal modo que esta legislación «supera definitivamente la perspectiva asistencial de la discapacidad para abordar una basada en los derechos humanos».

IV. VOTO PARTICULAR FORMULADO POR EL MAGISTRADO AURELIO DESDENTADO BONETE DESESTIMANDO EL RCUD POR FALTA DE CONTRADICCIÓN. LA DELIMITACIÓN DEL SUPUESTO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 217 DE LA LPL –ACTUAL ARTÍCULO 219.1 LRJS–

1. **Identidad entre las pretensiones deducidas de las demandas**

Al Voto particular formulado por el Magistrado Aurelio Desdentado Bonete, se adhieren la Magistrada Milagros Calvo Ibarlucea y el Magistrado José Luis Gilolmo López. La viabilidad del RCUD exige que exista contradicción entre la sentencia impugnada y la sentencia de contraste. Pues bien, en este litigio, el voto particular, tras un examen detenido de la sentencia impugnada y la sentencia de contraste, defiende que existen diferencias sustanciales en las sentencias comparadas que impiden apreciar la contradicción que exige el artículo 217 de la LPL para estimar el RCUD La primera

de estas diferencias consiste en que en la sentencia de contraste el actor solicitaba que «se le declare un grado de minusvalía igual o superior al 33% para poder acceder a un puesto de trabajo de disminuidos físicos de Aragón» y en la sentencia impugnada lo que se pide es que «se declare al actor afectado por un grado de minusvalía del 34%». Esta diferencia es trascendente porque en la parte dispositiva de la sentencia de contraste se plantea un problema que no se suscita en la impugnada, que es determinar si la pretensión deducida entraba dentro de los efectos contemplados por la Ley 51/2003. No hay, por tanto, identidad entre las pretensiones deducidas en las demandas que dieron lugar a los procesos en que se dictaron las sentencias comparadas. En una se plantea una pretensión de valoración del grado de discapacidad a la que se acumula otra pretensión –finalmente estimada– de asimilación general en función del grado de incapacidad reconocido por la Seguridad Social. En la otra se deduce una pretensión de asimilación específica a un efecto concreto que podría resultar comprendido en el ámbito de la Ley 51/2003.

2. Contradicción entre los pronunciamientos de las sentencias

Para el Magistrado Aurelio Desdentado la segunda diferencia resulta aún más decisiva, mientras que la sentencia recurrida ha entrado a decidir sobre la cuestión de fondo, sin plantearse la viabilidad de la acción declarativa ejercitada, la sentencia de contraste ha rechazado la decisión sobre el fondo porque entiende que esta no es admisible al tratarse de una acción meramente declarativa que no refleja un interés actual o real. De modo que, en la sentencia de contraste no se aborda un problema sustantivo sino procesal. Además, la decisión de la sentencia de contraste nunca podría aplicarse de forma completa al supuesto decidido por la sentencia recurrida. En el caso que resuelve la sentencia recurrida hay dos pretensiones: una de calificación de las lesiones conforme al baremo del RD 1971/1999 y otra de asimilación. A la pretensión de calificación no cabe aplicar los argumentos que fundan la decisión de la sentencia de contraste que se refieren solo a la pretensión de asimilación; no hay, por tanto, ni identidad ni contradicción. Respecto de la segunda pretensión de asimilación también se impone la falta de contradicción porque en la sentencia de contraste se trata de una asimilación específica para un efecto que podría estar comprendido en el ámbito de la Ley 51/2003; sin embargo, en la sentencia recurrida se trata de una pretensión de asimilación general. Aurelio Desdentado pone el acento

en el hecho de que en la sentencia recurrida no se ha suscitado ni se ha resuelto el problema procesal sobre el que se pronuncia la sentencia de contraste; es decir, estamos ante dos pretensiones que podrían dar lugar a pronunciamientos distintos conforme a la doctrina de esta Sala IV del Tribunal Supremo –sentencias del Pleno de 21 de marzo de 2007, rec. 3872/2005 y 3902/2005–.

V. APUNTE FINAL

El Magistrado Aurelio Desdentado Bonete defiende que para que se produzca el supuesto previsto en el artículo 217 de la LPL –actual artículo 219.1 de la LRJS– y aceptar la viabilidad del RCUD, se exige que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre un 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 artículo 217 de la LPL, que respecto a los mismos litigantes u otros de la misma situación se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de «hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales». Criterio que viene manteniendo el TS en reiterada doctrina, entre otras, sentencias de 7 de abril y 4 de mayo de 2005, rec. 430/2004 y 2082/2004; 25 de julio de 2007, rec. 2704/2006; 4 y 10 de octubre de 2007, rec. 586/2006 y 312/2007; 16 de noviembre de 2007, rec. 4993/2006; 8 de febrero y 10 de junio de 2008, rec. 2703/2006 y 2506/2007, 24 de junio de 2011, rec. 3460/2010, 6 de octubre de 2011, rec. 4307/2010; 27 de diciembre de 2011, rec. 4328/2010; 30 de enero de 2012, rec. 2094/2011; 31 de enero de 2017, rec. 2147/2015; 30 de marzo de 2017, rec. 3212/2015; 31 de mayo de 2017, rec. 1280/2015 y 5 de julio de 2017, rec. 2734/2015.

Asimismo, el voto particular formulado por Aurelio Desdentado mantiene, en similares términos a los que ha venido defendiendo el Tribunal Supremo, que la contradicción que exige el artículo 217 de la LPL no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, entre otras muchas, en las sentencias de 28 de mayo de 2008, rec. 814/2007; 3 de junio de 2008, rec. 595/2007 y 2532/2006; 18 de julio de 2008, rec. 437/2007; 15 y 22 de septiembre de 2008, rec. 1126/2007 y 2613/2007; 2 de octubre de 2008, rec. 483/2007 y 4351/2007; 20 de octubre

de 2008, rec. 627/2007; 3 de noviembre de 2008, rec. 2637/2007 y 3883/2007; 12 de noviembre de 2008, rec. 2470/2007; 18 y 19 de febrero de 2009, rec. 3014/2007 y 1138/2008; 4 de octubre de 2011, rec. 3629/2010; 28 de diciembre de 2011, rec. 676/2011; 18 de febrero de 2012, rec. 1622/2011; 24 de enero de 2012, rec. 2094/2011; 8 de febrero de 2017, rec. 614/2015; 6 de abril de 2017, rec. 1869/2016; 4 de mayo de 2017, rec. 1201/2015; 25 de mayo de 2021, rec. 1255/2020 y 2 de junio de 2021, rec. 1405/2020.

**FALTA DE ACCIÓN E INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO
(O SOBRE LA *VIS ATRACTIVA* DE LA MODALIDAD DE DESPIDO
PARA CONOCER DE LAS EXTINCIONES DECIDIDAS
POR EL EMPRESARIO)**

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ
Catedrático de la Universidad de León

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2012 (RCUD 2005/2011) [ECLI: ES: TS:2012:5657].

II. INTRODUCCIÓN

Pronunciamiento de nítido contenido procesal, permite reflexionar sobre la necesidad de aquilatar excepciones procesales con un alto grado de abstracción, como la relativa a la falta de acción, a fin de evitar problemas ulteriores. De igual modo, resulta útil para llamar la atención sobre la práctica (no infrecuente) derivada de aceptar una excepción procesal y, sin embargo, entrar a pronunciarse sobre el fondo del asunto. Por último, habrá de servir para recordar jurisprudencia pacífica respecto a la adecuación del procedimiento de despido para impugnar cualquier decisión extintiva por razones no inherentes a la persona del trabajador.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

El recurso aparece interpuesto por quien había sido comandante piloto al servicio de Air Europa y, declarado en situación de incapacidad permanente total, pasó a prestar servicios como empleado en tierra por aplicación de cuanto prevenía (y previene) el artículo 30 del convenio de la compañía. Cumplidos los cinco años a los que alude el precepto para esta continuación singular de la actividad laboral, y habida cuenta de que bajo su criterio no concurrían los requisitos para la jubilación o la dimisión, manifestó a la empresa su intención de seguir prestando servicios como inspector de vuelo o cualquier otra función apropiada de las establecidas en el artículo 58 del convenio. En respuesta a tal comunicación, y dentro de un contexto previo de desencuentros entre las partes a partir de cual constan distintas reclamaciones judiciales por el actor durante ese periodo de tiempo, la compañía le requirió para que, a la mayor brevedad, presentara la dimisión establecida en el artículo 30, conforme habían hecho otros pilotos en sus circunstancias con anterioridad; añadía que si en la fecha en la cual se cumplieran los cinco años no realizaba cuanto le era solicitado, se entendería que en tal data había tenido lugar su cese definitivo.

Frente a esta contestación el piloto instó demanda de despido, la cual fue desestimada al aceptar la excepción de falta de acción, «sin perjuicio de que [el demandante] pueda acudir a plantear la acción derivada del artículo 30 del convenio». Formulado recurso de suplicación, no prosperó el motivo de vulneración de la garantía de indemnidad, no se percibieron indicios de discriminación y el juzgador no consideró necesario que la empresa alegara causa disciplinaria u objetiva alguna para justificar el cese. Tales circunstancias llevaron al Tribunal a desestimar los motivos sobre nulidad e improcedencia del despido y, por ende, sobre daños morales e importe de la indemnización por despido improcedente; a su vez, abrieron la vía del recurso para casación para unificación de doctrina, invocando nulidad de actuaciones por haberse estimado en instancia la excepción de inadecuación de procedimiento, señalando como contraste una sentencia del Tribunal Supremo en la cual, para un supuesto de jubilación forzosa, se había considerado que la modalidad procesal de despido era el cauce adecuado para impugnar cualquier decisión extintiva del empresario, de despido disciplinario o amparada en otra causa legal.

2. Una singular demostración de la existencia de contraste

En un discurso sumamente sugerente del ponente a quien desde estas líneas se rinde homenaje, aparece reflejada una afirmación «a primera vista paradójica»: que se pueda apreciar la contradicción requerida entre la sentencia de instancia y la propuesta como contraste y, sin embargo, resulte más cuestionable con la sentencia recurrida.

El motivo radica en que la de instancia y la de contraste estiman la excepción procesal de inadecuación de procedimiento y, en consecuencia, sin entrar en el fondo de la cuestión, absuelven a la empresa; sin embargo, mientras la de contraste reenvía al procedimiento de despido, la de instancia hace lo propio respecto al procedimiento ordinario. Más difícil es apreciar contraste con la sentencia dictada en suplicación, no en vano, si bien confirma el fallo de instancia en cuanto declara la inadecuación del procedimiento, entra a decidir sobre el fondo del asunto tanto cuando rechaza la nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad o del principio de no discriminación, como cuando lo hace respecto al motivo relacionado con la improcedencia, al afirmar que no se trata de un despido, sino de un cese automático por aplicación del artículo 30 del convenio.

En este sentido, si la sentencia recurrida desestimó el recurso por razones formales, nunca debió entrar en los motivos de fondo; no obstante lo cual, y aplicando un criterio claramente *pro actione*, utiliza una construcción original para apreciar la contradicción y admitir el recurso, ponderando cómo, «al confirmar la de instancia [la de suplicación], contradice la sentencia de contraste (...), y esta contradicción no se elimina por el hecho de que, desconociendo el alcance real de su fallo, se haya pronunciado también sobre el fondo del asunto».

3. Falta de acción e inadecuación del procedimiento

El primero de los fundamentos sobre los cuales se alza la contradicción entre la sentencia recurrida y la propuesta como contraste radica en la estimación de la excepción procesal. En la de contraste lo había sido la relativa a la inadecuación de procedimiento, mientras en la recurrida lo fue la de falta de acción; y, sin embargo, esta discordancia –según ya consta– no enerva la posibilidad de apreciar la imprescindible identidad.

La razón viene dada por la diferencia solo aparente en la excepción invocada, pues, como recuerda la sentencia, «la denominada falta de acción no tiene [al menos, no en los Tribunales laborales] un estatuto procesal definido,

por lo que su uso, en general [es] bastante impreciso». Resulta ser, de este modo, un género que, según las ocasiones, ha podido ser identificado a partir de cuatro especies significativas¹, ya se formulen como en la sentencia analizada, ya se haga bajo los términos que han cobrado fortuna más recientemente²: 1) «Apreciaciones de falta de jurisdicción, normalmente por falta de conflicto actual o real» o «ausencia de un interés litigioso actual y real, de modo especial cuando se esperaban acciones declarativas». 2) «Situaciones de falta de legitimación activa» o «desajustes subjetivos entre la acción y su titular». 3) «Falta de fundamento de la pretensión». 4) «Declaración de inadecuación objetiva del procedimiento o «declaración de inadecuación objetiva del proceso elegido en relación con la pretensión ejercitada».

En este sentido, por tanto, la relación de género a especie permite que la excepción de falta de acción equivalga a cuanto en el pronunciamiento analizado puede ser considerado como un supuesto de inadecuación de procedimiento, según deja ver de manera patente la sentencia de instancia, pues le sirve para no pronunciarse sobre el fondo del asunto bajo el argumento de que «si el demandante no está conforme con la decisión [del empresario], habrá de acudir a un procedimiento ordinario, no al de despido, al no darse las condiciones para admitir la existencia del mismo, y será dentro del procedimiento ordinario donde se habrá de discutir si está empleado o no el artículo 30 del convenio».

4. Sobre la *vis atractiva* del procedimiento de despido para conocer sobre cualquier impugnación de una decisión extintiva empresarial

El Ministerio Fiscal aduce en su informe que, si bien en atención al planteamiento de las sentencias cabría apreciar la contradicción requerida, las circunstancias en presencia le llevan a negarla por cuanto, mientras en la recurrida el cese acaece en atención a las previsiones del convenio, en la contrapuesta deriva del cumplimiento de la edad de jubilación forzosa. Confusión entre cuestión sustantiva y adjetiva convenientemente resuelta en la sentencia al significar cómo las diferencias que pudieran ser relevantes respecto a

¹ En detalle, con ejemplos que responden a cada uno de los tipos, SÁNCHEZ CARRETERO, R. M., «Excepciones procesales en la jurisdicción social: falta de acción», *Diario La Ley*, núm. 3425, 22 de mayo de 2015, pp. 8-12.

² Así, por ejemplo, y entre más, en SSTs 18 de julio de 2002 (rec. 1289/2001), 8 de mayo de 2015 (rec. 56/2014), 5 de diciembre de 2019 (rec. 31/2018), 9 de enero de 2020 (rec. 197/2018) o 3 de marzo de 2021 (rec. 131/2019).

una decisión de fondo no lo son cuando lo debatido es un problema procesal como el relativo al procedimiento a seguir.

Aclarado tal extremo, la reflexión se extiende a la decisión contenida en la sentencia impugnada de apreciar la excepción procesal y, sin embargo, entrar a resolver el asunto. Lo hace ya cuando enjuicia la eventual nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad y/o del principio de no discriminación; pero es aún más patente cuando procede a rechazar el motivo invocado para calificar la decisión de la empresa como despido improcedente. En este sentido, valora que el cese acordado por la empresa «no es despido», pues cuanto ha tenido lugar es «una extinción forzosa de su contrato de trabajo por aplicación del artículo 30 del convenio [transcurso de cinco años desde la declaración en IPT]»; en virtud de lo cual concluye tanto que el actor carecía de acción, como que la sentencia de instancia «no ha incurrido en infracción alguna».

Con este pronunciamiento sobre el fondo no solo actúa de manera inconsecuente, incurriendo en una evidente contradicción interna, sino que además se opone a una reiterada jurisprudencia de la cual se proporcionan abundantes ejemplos, a cuyo tenor la expresión despido utilizada para calificar una modalidad procesal «no debe entenderse constreñida, en principio, al que tuviera origen disciplinario, ya que su significado también comprende por lo general cualquier otro cese unilateralmente impuesto por el empresario al trabajador, aun cuando estuviera fundado en causa ajena a su incumplimiento contractual, grave y culpable». Acudiendo al concepto de motivos no inherentes a la persona del trabajador que recibe tanto del Convenio núm. 158 OIT, como de la Directiva 75/129 (reformada por Directiva 92/56), considera que el despido constituye un «concepto genérico, diversificable, por razón de su causa, en especies distintas»; en consecuencia, que su modalidad procesal era la vía apropiada para conocer de la pretensión formulada, un despido al fin y a la postre.

IV. APUNTE FINAL

Esclarecedora sentencia que une su criterio al de doctrina consolidada en cuanto al concepto polimorfo de la excepción procesal de falta de acción y lo conveniente de precisar a cuál de las cuatro especies que comprende se hace referencia, para evitar equívocos no deseados. De igual modo, reafirma la *vis atractiva* de la modalidad procesal de despido como género capaz de aglutinar todas las variantes de extinción de la relación laboral a instancia del empresario.

SOBRE EL EFECTO POSITIVO DE LA COSA JUZGADA

MANUEL FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA
Doctor en Derecho. Magistrado de la Audiencia Nacional

I. RESOLUCIÓN JUDICIAL COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1995 (RCUD 627/1995) [ECLI: ES: TS:1995:5235].

II. INTRODUCCIÓN

No puede esperarse de los jueces que elaboren un sistema, pero sí se les debe exigir que sus decisiones descansen en «análisis y razones que desde luego trasciendan el resultado inmediato que se alcanza»¹.

Es decir, las decisiones de los jueces no pueden tener su base en un mero acto de voluntad, tienen que ser fruto de la razón y, por ello, deben contener una «doctrina» que permita su aplicación a otros casos análogos. Los jueces tienen que ser capaces de «destilar un principio que determine la solución al caso que se examina y que sea viable para aplicarse a aquellas situaciones... a las que la lógica del principio demanda que debe aplicarse»².

¹ E. ALONSO GARCIA, *La interpretación de la Constitución*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984, p. 34.

² E. ALONSO GARCIA, *La interpretación...*, *opus cit*, p. 35.

Los que hemos tenido la suerte de trabajar con Aurelio y disfrutar de su magisterio, sabemos que esta idea siempre presidió su trabajo y lo mucho que se preocupaba por la «doctrina» que sentaban sus resoluciones.

III. COMENTARIO

1. El supuesto de hecho

Un grupo de trabajadores venía prestando servicios con la categoría profesional de «Diplomado Universitario» en el Departamento de Economía y Hacienda, dependiente del Gobierno de Navarra, efectuando las labores propias de gestión e inspección de tributos, actividades relacionadas con la denominada «campana de la renta».

Al finalizar la campana del IRPF correspondiente a 1990, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Navarra, declaró en sentencia que «la extinción laboral de sus contratos de trabajo de efectos 3 de octubre de 1990 lo ha sido para la campana de 1990». Pero al mismo tiempo, declaraba su «derecho a ser llamados para futuras campanas, al ser su categoría de discontinuos en calidad de interinos». Lo que, en opinión del Juzgado, implicara que mientras las plazas «no estén cubiertas o sean necesarios sus servicios en las campanas denominadas de «Renta», el Gobierno de Navarra debía llamarlos al inicio de cada campana.

Esta sentencia fue recurrida por el Gobierno de Navarra, dando lugar a la STSJ de Navarra de 27 de febrero de 1992, que confirmó la decisión del Juez. La sentencia indicaba que se había ejercitado una acción declarativa «toda vez que faltó el presupuesto para poder accionar por despido, esto es, la falta de llamamiento». Pero lo cierto es que la sentencia, con claridad, reconocía el derecho de los trabajadores a ser llamados en las sucesivas campanas de IRPF.

Añadiendo, lo que resulta vital para el caso de autos, que los trabajadores no eran «fijos discontinuos interinos», sino «lisa y llanamente, trabajadores fijos de carácter discontinuo».

Los trabajadores no fueron llamados en la Campana de 1992, y por ello, demandaron por despido al Gobierno de Navarra. El Juzgado de lo Social núm. 1 de Navarra acogió la excepción de caducidad de la acción desestimando la demanda de los recurrentes.

Esta sentencia se recurrió en suplicación, dando lugar a la STSJ de Navarra de 24 de abril de 1993, que revocó la sentencia del juzgado y declaró la «nulidad de los despidos practicados con fecha 1 de abril de 1992».

Iniciada la campaña para el año 1993, los trabajadores fueron pospuestos en el llamamiento con relación a otros trabajadores, que ingresaron como Titulados de Grado Medio, con carácter fijo discontinuo, en virtud de concurso–oposición.

El Gobierno de Navarra no discutió el carácter de fijos discontinuos de los trabajadores reconocido en sentencia firme. Lejos de ello, el objeto del debate procesal se centró en «determinar si en el orden de prelación de llamamiento al inicio de cada campaña hay que atenerse a la antigüedad de los trabajadores, tesis de los actores o, por el contrario tiene mejor derecho a ser llamados al comienzo de la campaña los codemandados en cuanto que accedieron como fijos discontinuos mediante convocatoria pública».

El Juzgado de lo Social núm. 2 de Navarra dio la razón a la Administración y entendió que, pese a tener una antigüedad mayor, debían ser llamados en primer lugar los que habían superado un concurso público.

La STSJ de Navarra de 31 de diciembre de 1994 (Rec. 448/1994), confirmó la decisión del Juzgado. Para ello, se basaba en que la sentencia que había reconocido su derecho –la del Juzgado de lo Social núm. 3 de Navarra, que, tras reconocer su derecho establecía que el llamamiento debía efectuarse «de acuerdo con la respectiva antigüedad, pero dentro de las vacantes existentes o en la medida en que se cree una situación de necesidad». Al haberse cubierto las vacantes, no procedía el llamamiento de los «interinos fijos-discontinuos». Añadiendo la sentencia que «cualquier otra interpretación distinta a la propugnada, en el sentido de «meter en el mismo saco» a todos los trabajadores fijos discontinuos sin tener en cuenta el modo de acceso a tal condición, pugnaría con los más elementales principios de igualdad, mérito y capacidad».

2. La decisión del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo comienza por destacar que el TSJ de Navarra había olvidado que, en su sentencia de 27 de febrero de 1992, indicaba que los trabajadores no eran «fijos discontinuos interinos», sino que, simplemente, eran «fijos discontinuos». Por lo tanto, por decisión judicial, tenían el mismo estatuto jurídico que los que ingresaron por concurso público.

Por ello, al margen de que la decisión contenida en la STSJ de 27 de febrero de 1992 fuese, o no, correcta, lo cierto es que se trataba de un pronunciamiento judicial firme, operando el denominado «efecto positivo de la cosa juzgada».

El TS, exponiendo su doctrina sobre el efecto positivo de la cosa juzgada, razonó que «a diferencia de lo que ocurre con el efecto negativo, el efecto positivo de la cosa juzgada no exige una completa identidad, que de darse actuaría excluyendo el segundo proceso, sino que para el efecto positivo es suficiente, como ha destacado la doctrina científica, que lo decidido –lo juzgado– en el primer proceso entre las mismas partes actúe en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluye el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona, vinculándolo a lo ya fallado. Pero dentro de esta concepción general, que pondera el elemento prejudicial de conexión lógica, hay a su vez dos posibles alternativas. De acuerdo con la concepción más rigurosa, solo lo que se ha incorporado a la parte dispositiva de la sentencia es susceptible de producir esa vinculación que no es predicable de las declaraciones de hecho, ni de las consideraciones jurídicas, aunque éstas tengan una indudable relevancia para precisar el propio alcance de lo decidido en el fallo. Pero dentro de una concepción más flexible la vinculación afecta también a aquellos elementos de decisión que siendo condicionantes del fallo no se incorporan a éste de forma específica, aunque actúan sobre él como determinantes lógicos».

El Alto Tribunal opta por la segunda línea y, en consecuencia, concluye que la STSJ de Navarra había lesionado el efecto típico de la cosa juzgada positiva. Lo que implicaba que el factor diferenciador utilizado para postergar el llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos por sentencia, no era correcto, pues no eran «interinos».

Pero el Tribunal matiza: si bien el pronunciamiento declarativo firme condiciona las futuras decisiones, «la calificación del despido afecta únicamente a cada despido singularmente considerado, de manera que si un despido se consideró nulo por falta de llamamiento esta consideración no determina que cualquier otro despido por falta de llamamiento que pueda producirse en el futuro deba calificarse también como nulo». Lo que permite al TS calificar el despido de improcedente, concediendo a la Administración la opción entre la readmisión o el abono de la correspondiente indemnización.

IV. APUNTE FINAL³

Como señala Guasp⁴, la cosa juzgada produce efectos materiales y procesales. Dentro de estos últimos, cabe diferenciar entre «las consecuencias de carácter declarativo o influencia del fallo en ulteriores actividades de declaración del orden jurisdiccional» *–res iudicata–* y «carácter ejecutivo o influencia del fallo en ulteriores actividades de ejecución» *–actio iudicati–*.

Pues bien, la *res iudicata* o cosa juzgada es «la influencia que ejerce un cierto fallo sobre posibles declaraciones ulteriores de cualquier otro órgano jurisdiccional y puede ser más plenamente definida como la indiscutibilidad o inatacabilidad de un fallo judicial, una vez que ésta ha sido emitido»⁵. Añadiendo que en el moderno derecho procesal, «no se trata... de una mera repercusión negativa del fallo (imposibilidad de abrir el proceso sobre la misma materia), sino de una verdadera función positiva del mismo (imposibilidad de que ningún nuevo proceso se decida de un modo contrario a como antes fue fallado)»⁶.

Por lo tanto, el juego de la cosa juzgada impide tanto los ataques inmediatos como los mediatos contra lo decidido en sentencia. Su fundamento es la seguridad jurídica y resulta básico para la estabilidad del sistema, de forma que la cosa juzgada solo puede quedar sin efecto en supuestos tasados que deben ser interpretados de forma restrictiva *–recurso de revisión–*.

Se entiende de este modo el acierto de la sentencia comentada, que realiza una importante distinción:

a) Por una parte, está el pronunciamiento declarativo que estableció que los trabajadores eran fijos discontinuos y no fijos discontinuos interinos, lo que implicaba que debían ser llamados a la campaña por orden de antigüedad, sin que fuera posible postergarlos respecto de aquellos que habían superado un concurso. Esta pretensión fue enjuiciada en su día, coincidiendo los sujetos y la *causa petendi*, operando dicho pronunciamiento como prejudicial para el proceso por despido *–res iudicata–*, lo que implicaba el juego del principio de cosa juzgada positiva y que la decisión adoptada por el Gobierno de Navarra fuese ilegal por contraria al mencionado principio.

³ Sobre la cosa juzgada, en general, puede verse, entre otros J. MONTERO AROCA y otros, *Derecho Jurisdiccional II (Proceso Civil)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pp. 494 ss.

⁴ J. GUASP, «Los límites temporales de la cosa juzgada», *Anuario de Derecho Civil*, 1948, pp. 436 ss.

⁵ J. GUASP, «Los límites temporales...», *opus cit*, p. 437.

⁶ J. GUASP, «Los límites temporales...», *opus cit*, p. 437.

b) Por otra, el pronunciamiento relativo al nuevo despido. Aquí, el problema se encontraba en que el TSJ de Navarra, en un despido anterior, había calificado como despido «nulo», la falta de llamada de los mismos trabajadores. Ahora bien, para el Alto Tribunal, por definición, cada acto de despido es nuevo y, por lo tanto no puede operar el principio de cosa juzgada positiva. La anterior decisión del Tribunal de Justicia de Navarra constituye un precedente, pero al no operar la cosa juzgada positiva, nada impedía, en su caso, al mismo TSJ cambiar motivadamente de criterio, o al TS, sostener un criterio distinto, como así ocurrió al calificar el alto Tribunal el cese como despido improcedente.

Ciertamente, puede haber casos en los que el nuevo despido tenga por objeto eludir la eficacia de la cosa juzgada *–res iudicati–* y, en consecuencia, podría ser nulo al contravenir el artículo 24 de la Constitución. Pero no era este el supuesto enjuiciado por la sentencia, en el que el Gobierno de Navarra no intentó eludir la cosa juzgada, sino que, razonablemente, entendió que la concurrencia de una nueva circunstancia implicaba que el derecho de los recurrentes quedaba postergado respecto de aquellos trabajadores que habían superado el concurso.

LA INCLUSIÓN EN LA REMUNERACIÓN DE LAS VACACIONES DE LOS CONCEPTOS SALARIALES DERIVADOS DEL TRABAJO REALIZADO. EL ESPECÍFICO SUPUESTO DE LAS COMISIONES

ALICIA FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ
Contratada Doctora de la Universidad de Alicante

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1996 (RCUD 1321/1996) [ECLI: ES: TS:1996:7302].

II. INTRODUCCIÓN

Como se sabe, las vacaciones son un derecho que encuentra anclaje en la propia CE, en concreto, en su artículo 40, el cual encomienda a los poderes públicos, entre otros derechos laborales, garantizar «el descanso necesario, mediante (...) las vacaciones periódicas retribuidas (...)». Este instituto tiene por objeto que el trabajador cuente con el tiempo de descanso necesario para evitar que el desgaste derivado de la actividad productiva merme su salud. Que la norma constitucional haga referencia expresa al concreto carácter retribuido de las vacaciones no casualidad, sino que cumple como cláusula de garantía fundamental para que este derecho sea efectivamente disfrutado.

Y es que, dado el carácter alimenticio del salario, si lo trabajadores no lo tuvieran asegurado durante las vacaciones, el reconocimiento de este derecho difícilmente cumpliría con su razón de ser. En este sentido, para garantizar el disfrute de las vacaciones, la idea que rige su remuneración es la de la equivalencia con el periodo de actividad, esto es, que el trabajador perciba el salario que normalmente recibe en activo. Ahora bien, como se verá, aunque la virtualidad de este principio parece clara cuando los conceptos retributivos son satisfechos con una periodicidad estable (como, por ejemplo, ocurre con el salario base fijado por unidad de tiempo), su aplicación puede suscitar dudas respecto a las partidas salariales derivadas del trabajo realizado, como es el caso de las comisiones, ya que adolecen de cierta incertidumbre tanto con relación a su consecución como a su cuantía.

En torno a esta problemática, la inclusión de las comisiones en la remuneración de las vacaciones, se suscitó un intenso debate jurisprudencial sobre el que la STS de 17 de diciembre de 1996, en la que fue ponente D. Desdentado Bonete, supuso un punto de inflexión y que aun, en la actualidad, sigue coleando.

III. COMENTARIO

Aunque, como ya se ha señalado, las vacaciones retribuidas son un derecho consagrado en la CE, la normativa interna no ha regulado satisfactoriamente su carácter remunerado, lo que ha provocado que ésta sea una materia fuente de frecuente controversia judicial. La escueta regulación legal contenida en el artículo 38 ET, que se limita a reiterar el carácter retribuido de las mismas sin prever ninguna pauta para cuantificar su importe, llevó a los órganos judiciales a considerar aplicable, para colmar dicha laguna legal, las previsiones contenidas en el Convenio 132 OIT sobre las vacaciones pagadas. Ahora bien, esta regulación, tampoco resultó ser la panacea normativa, en la medida que su articulado no resulta todo lo claro que se desearía.

El artículo 7 del Convenio 132 dispone que el trabajador tendrá derecho, al menos, a «su remuneración normal o media (...) calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado». Como se deduce fácilmente de una rápida lectura del precepto, son muchas las aristas a las que se han tenido que enfrentar los órganos judiciales a la hora de interpretar su alcance, pero, por razones obvias, este análisis únicamente se va a centrar en problemática de si las comisiones percibidas por el trabajador han de integrar la retribución de las vacaciones, entendida ésta como la «remune-

ración normal o media», que justamente es la que abordó el maestro Desdentado en la Sentencia reseñada¹.

La referencia a la «remuneración norma o media» a la que se refiere el Convenio 132 OIT adolece de un importante grado de incertidumbre. Ciertamente, son muchas las cuestiones que esta previsión suscita ¿Qué se ha de entender por remuneración? ¿cualquier emolumento satisfecho por el empresario independientemente de su naturaleza salarial o extrasalarial? ¿la referencia a la retribución normal o media se han de comprender como términos equivalentes o, por el contrario, el precepto establece dos modos alternativos para el cálculo de la retribución de las vacaciones? ¿la locución «remuneración normal o media» implica la exclusión de aquellos conceptos que sean extraordinarios?, etc.

Justamente, es en esta última cuestión sobre la que incide la sentencia objeto de análisis ¿las comisiones han de incluirse en la retribución de las vacaciones por tratarse de remuneración normal o media? Pues bien, sobre esta cuestión puede constatarse como la jurisprudencia ha oscilado desde una consideración contraria a su consideración dentro de la retribución de las vacaciones hasta, como muestra la resolución del Maestro Desdentado, su reconocimiento sin ambages, para, recientemente, recalcar en un punto equidistante entre ambas posiciones antagónicas. Veamos.

Durante mucho tiempo la tesis sostenida por los órganos judiciales aceptaba la exclusión de las comisiones de la retribución de las vacaciones. En este sentido, se argumentaba que las comisiones eran resultado de circunstancias ajenas a la actividad del trabajador y que solo se devengaban cuando dicho resultado efectivamente tenía lugar. De este modo, las comisiones no podían ser consideradas en la retribución de las vacaciones ya que implicaría, por un lado, la doble percepción del concepto indicado y, por otro, no cumplían con el requisito del carácter normal en su devengo².

Frente a esta tradicional tesis, el TS dio un giro de ciento ochenta grados, siendo la sentencia elaborada por el D. Desdentado Bonete la resolución que determinó esta nueva deriva jurisprudencial³. En el caso objeto de controversia el trabajador se negó a aceptar el finiquito ofrecido por la empresa, dado que para determinar la remuneración de las vacaciones no se tuvieron en cuenta las

¹ Junto al alcance que ha de darse a la cláusula «remuneración normal o media», las facultades de la negociación colectiva para fijar la retribución vacacional ha sido otro de los elementos de su régimen jurídico que más controversia ha suscitado.

² STCT de 16 de febrero de 1978 y de 6 de abril de 1979.

³ En efecto, aunque el TS en la resolución de 20 de diciembre de 1991 ya se aprecia dicho giro argumental, no es hasta la sentencia comentada en la que la nueva doctrina judicial se formula nítidamente.

comisiones generadas durante la prestación de servicios. En efecto, para su cálculo la empresa solo tomó en consideración los conceptos periódicos fijos que percibía el trabajador, esto es, salario base y prorrata de pagas extraordinarias, dejando fuera, por tanto, las comisiones pactadas en el contrato de trabajo

Pues bien, en la resolución, el magistrado Desdentado, haciendo gala de la claridad expositiva que le caracterizaba, advierte el error en el que incurría la anterior línea jurisprudencial al confundir el carácter normal de la retribución con la invariabilidad de su importe derivada de factores diferentes al tiempo de trabajo. A su modo de ver, de seguirse este criterio, se habría de excluir cualquier partida salarial calculada en función de la cantidad o calidad de trabajo por considerarla extraordinaria. Por ello, a juicio de la Sala, las comisiones en la medida que constituyen una importante parte del salario han de ser tomadas en cuenta al determinar retribución de las vacaciones.

Esta última doctrina fue la que rigió la materia durante casi tres décadas, hasta la STS de 28 de febrero de 2018 (rec. 16/2017). Esta resolución matizó, entre otros aspectos⁴, la postura mantenida hasta la fecha por la Sala sobre los complementos salariales derivados del trabajo (entre las que están incluidas las comisiones) y la retribución vacacional. A juicio del TS, la expresión «remuneración normal o media» constituye un concepto jurídico indeterminado que ofrece cierto margen de incertidumbre. Al tratar de disipar su alcance, la Sala identifica dos núcleos. En primer lugar, el núcleo de certeza que, en su expresión positiva, implica la inclusión con carácter indiscutible de la retribución ordinaria del trabajador que es percibida siempre por éste (como, por ejemplo, el salario base o los complementos debidos a condiciones personales del trabajador). Y, en su vertiente negativa, supone la exclusión de los conceptos retributivos que tengan carácter extraordinario (tales como, los bonus o las horas extraordinarias). Esto es, identifica la exigencia del artículo 7 COIT de que la remuneración sea normal con la idea de habitualidad en la percepción, de modo que las partidas salariales que sean esporádicas no se tomarían en consideración.

Obviamente, como expresamente reconoce el Tribunal, esta concepción genera cierto grado de incertidumbre en relación con aquellas percepciones relativas al concreto trabajo realizado que, sin ser constantes, sí que se aprecia cierta reiteración en su consecución. Entre las mismas, como resulta evidente, se incluirían las comisiones. Pues bien, a juicio de la Sala la calificación de estos conceptos como retribución ordinaria o extraordinaria a efectos de la

⁴ En concreto, en la facultad de la autonomía colectiva para determinar los conceptos que han de tomarse en consideración para cuantificar la retribución de las vacaciones.

remuneración de las vacaciones dependerá de las circunstancias concurrentes, especialmente la habitualidad en su ejecución. La cuestión a renglón seguido, por tanto, radica en determinar que se ha de entender por habitualidad, lo que, sin duda, ante la falta de previsión normativa que lo concrete, obliga a los órganos judiciales a un examen casuístico en caso de que se produzca discrepancia entre las partes.

Por ejemplo, en la STS de 28 de febrero de 2018, teniendo en cuenta que el convenio colectivo aplicable tomaba como periodo de referencia para promediar las partidas salariales no periódicas un periodo de 11 meses, la habitualidad sería apreciable, a juicio del Tribunal, cuando se hubieran percibido los conceptos controvertidos en seis o más meses dentro ese marco temporal de referencia.

IV. APUNTE FINAL

Como se desprende de lo expuesto, el carácter retribuido de las vacaciones ha sido y es una materia altamente litigiosa. La importancia de este derecho, que está reconocido en la propia CE, no se compadece con su desarrollo en la legalidad ordinaria. La falta de una previsión clara que determine el modo de cuantificar el salario vacacional ha llevado al TS a elaborar a lo largo de décadas una compleja doctrina jurisprudencial que, aun en la actualidad, es objeto de revisión.

El Magistrado Desdentado, como en tantas otras materias, dejó su impronta, puesto que supo ver y exponer con claridad la necesidad de incluir en la retribución de las vacaciones las comisiones en cuanto que su carácter incierto y variable no implica necesariamente su naturaleza extraordinaria o eventual. Y, aunque su intervención se limitó a analizar el papel que jugaban las comisiones, la doctrina que asentó tuvo un alcance mucho más amplio, puesto que, lógicamente, fue extensible a todos aquellos complementos salariales derivados del trabajo realizado. Y, a pesar de que esta línea jurisprudencial ha sido objeto de matización con posterioridad, la esencia de esta (el potencial carácter normal de los complementos derivados del trabajo realizado a efectos de determinar la remuneración vacacional) no se ha visto afectada.

REVALORIZACIÓN DE PENSIONES Y LÍMITES ANUALES A SU COBRO: UNA CUESTIÓN DE PRINCIPIOS

LUIS ANTONIO FERNÁNDEZ VILLAZÓN
Profesor Titular de la Universidad de Oviedo

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1999 (RCUD 1981/1998) [ECLI: ES: TS:1999:572]. Voto Particular de José María Botana López

II. INTRODUCCIÓN

La cuestión abordada por la sentencia objeto de este comentario podría parecer, en una primera lectura, marcadamente técnica y muy específica, aunque con consecuencias materiales de calado para los perceptores de prestaciones de jubilación de la Seguridad Social. Sin embargo, según veremos, la resolución enlaza este aspecto tan puntual con principios generales y básicos del sistema de Seguridad Social, como son el de proporcionalidad o el del carácter contributivo de las pensiones. Se produce, así, un paso de lo muy específico a lo más abstracto y general, que no es extraño advertir en algunas resoluciones de los tribunales; especialmente cuando los ponentes responsables de su redacción son de la categoría intelectual de Aurelio Desdentado Bonete.

Para entender bien el asunto planteado debemos tener en cuenta el contexto histórico en el que surge. Estamos en los años noventa, década en la que

se consolida definitivamente una práctica que alcanzará gran arraigo en nuestro sistema político y, también, en nuestra opinión pública: la de garantizar el poder adquisitivo de las pensiones mediante su actualización, tomando como referencia el índice de precios al consumo. Estas revalorizaciones deben conjugarse, no obstante, con los límites máximos de pensiones fijados por las sucesivas leyes de presupuestos, establecidos como técnica para evitar una excesiva sobrecarga del sistema y, así, garantizar su sostenibilidad, otro principio de alcance general que ha condicionado enormemente las disposiciones normativas sobre la materia.

La regla general es aparentemente sencilla. Si nuestra prestación, o la suma de prestaciones en caso de percibir varias, excede ese límite anual, no procede la actualización o debe realizarse solo en la proporción permitida por el límite. La cuestión es que al año siguiente se aprueban nuevos límites anuales y nuevos porcentajes de revalorización. Surge entonces la duda sobre la cantidad a la que ha de aplicarse la nueva revalorización. ¿Es el montante de la pensión realmente percibida el año anterior, es decir, la cuantía minorada por la aplicación del límite presupuestario de aquel año?, ¿o es la cantidad que se hubiera percibido de no existir tal límite, teniendo en cuenta que éste perdió vigencia con su Ley de Presupuestos y procede ahora aplicar uno nuevo más alto?

Las consecuencias de una u otra opción sobre la cuantía que efectivamente ha de percibir el beneficiario son evidentes. Sobre todo, si tenemos en cuenta que, al realizarse estas operaciones casi todos los años, la opción por una u otra interpretación puede tener un efecto en cascada relevante sobre la actualización del poder adquisitivo que permite la cuantía de la prestación. Lo que puede ser, inicialmente, no tan evidente es la conexión del problema con los mencionados principios de proporcionalidad y carácter contributivo del sistema. Es esta, de hecho, la principal aportación de la sentencia comentada y no resulta difícil adivinar detrás de ella el buen hacer de su ponente.

También es perfectamente reconocible su mano en el estilo empleado en la redacción. El tono es eminentemente técnico, como exige la naturaleza de la cuestión resuelta, pero ello no impide que se describa con precisión y claridad un asunto complejo y enrevesado, a la vez que se le da una solución que, según tendremos ocasión de ver, mantiene aún hoy su valor. El lenguaje es purista (evita, por ejemplo, en todo momento el término «principio de contributividad», muy usado por nuestra doctrina, pero no admitido por la Academia Española) pero sencillo. En resumen, el texto es un buen ejemplo del estilo nada barroco, pero incisivo, contundente y muy didáctico al que Aurelio Desdentado nos tenía acostumbrados.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

Don J. C. venía recibiendo una pensión de jubilación del régimen general del sistema de Seguridad Social, así como una pensión del mismo tipo de la MUFACE, ambas desde 1988. Hasta 1991 la suma de ambas prestaciones excedía el límite marcado por las respectivas leyes de presupuestos, por lo que la cantidad percibida efectivamente en cada anualidad fue reducida en la proporción necesaria para ajustarse a dicho límite. A partir de tal año, sin embargo, la cuantía de ambas pensiones comenzó a quedar por debajo del tope, lo que permitía una mayor revalorización de las cantidades percibidas.

El Instituto Nacional de Seguridad Social aplicó esa revalorización a la cantidad efectivamente percibida el año anterior, es decir, a la cuantía ya reducida por la aplicación del correspondiente límite presupuestario y siguió haciéndolo así en los años siguientes, en los que tales límites continuaron situándose por encima de la suma de las pensiones percibidas. Don J. C. consideraba que, a partir de 1991, debieron calcularse cada año las pensiones que le hubieran correspondido de haber aplicado las revaloraciones de años anteriores sin límites. Sobre esa cantidad debió calcularse la revalorización del año correspondiente y, sobre este último resultado, aplicar el límite presupuestario de la anualidad corriente. Como resultado de esa operación, reclamó 94.840 pesetas por diferencias entre lo percibido y lo que le correspondía percibir en el año 1996.

El Juzgado de lo Social núm. 29 de Madrid dio la razón al demandante, pero la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid revocó la resolución del Juzgado y desestimó la reclamación. Contra esta última decisión se interpone el recurso de unificación de doctrina que da pie a la sentencia objeto de comentario. Se alega como contradictoria la STS de 25 de noviembre de 1994 (rcud 1266/1994), que en un caso similar se pronunció en la misma dirección que el Juzgado.

2. Doctrina sentada

El Supremo señala que la doctrina correcta es la de la sentencia de contraste, de la que, por cierto, fue ponente otro magistrado ilustre que ya no está entre nosotros: Pablo Cachón Villar. La doctrina sentada entonces se reafirma y reproduce: debe evitarse la confusión, pues se trata de conceptos diferentes, entre la cuantía inicial y revalorizada de la pensión y el límite anual presupues-

tario. El verdadero importe de una pensión es el inicial, aumentado por las sucesivas revalorizaciones, sin perjuicio de que anualmente se establezcan determinados límites para su pago. Por ello, las revalorizaciones deben aplicarse, no al importe limitado por los sucesivos límites máximos, sino a la pensión reconocida y actualizada mediante las distintas revalorizaciones.

Pero el Aurelio Desdentado ponente no se limita a este recordatorio de lo ya previamente establecido, si no que añade consideraciones adicionales. En concreto, señala que es cierto que los Decretos de revalorización de pensiones y las propias leyes de presupuestos, incluyen un mandato según el cual no procede revalorización cuando el importe de las prestaciones exceda del tope máximo vigente en cada momento, lo que parece apuntar a una cierta congelación de las cantidades correspondientes. Sin embargo, considera que esa regla debe entenderse desde una interpretación sistemática y finalista de la función del límite de la cuantía de las pensiones. De tal modo, afirma que el objeto de dicho límite no es el de reducir de forma permanente la prestación, sino el de establecer un tope de percepción de carácter temporal, que se proyecta exclusivamente durante la vigencia de la ley de presupuestos que lo fija. Cuando esa vigencia cesa, la pensión recobra su importe de manera total o parcial, en la medida que lo permita el límite de la nueva ley presupuestaria. En otras palabras, «se trata de una limitación del cobro, no de la pensión».

En refuerzo de esta argumentación es cuando se invocan los ya referidos principios de proporcionalidad y carácter contributivo del sistema. La interpretación que sostiene que las revalorizaciones deben calcularse sobre las prestaciones realmente percibidas y topadas, no sería compatible con tales principios. En efecto, si por razones financieras se hace preciso establecer un tope máximo para las pensiones, éste debe respetar en lo posible el principio de proporcionalidad con el esfuerzo contributivo. Tal cosa solo se conseguiría si la limitación anual de las pensiones no deriva en un perjuicio adicional y permanente para el pensionista, como sería el hecho de que la prestación no pudiera recuperar su importe revalorizado aún cuando los límites que lo impedirían se hubiesen flexibilizado. Con estas ideas, la jurisprudencia confirmada se enriquece y refuerza de manera indiscutible.

Cabe destacar, además, que la relación entre el principio de proporcionalidad contributiva y el de sostenibilidad del sistema se establece en esta resolución de manera bien distinta a la que suele ser habitual. Normalmente, siempre que desde instancias políticas se ha hablado de reforzar los principios de proporcionalidad y «contributividad» del sistema ha sido con la idea de reforzar el equilibrio financiero de aquél y garantizar su sostenibilidad. Inevitable-

mente, ello ha supuesto limitaciones en el nivel de protección¹. Sin embargo, en este caso, tales principios han servido para atenuar la aplicación del límite máximo de las pensiones, uno de cuyos objetivos es garantizar, precisamente, esa sostenibilidad². Todo ello no hace si no incrementar el interés y el valor particular de la resolución que comentamos.

IV. APUNTE FINAL

Después de 1999 no se encuentran más sentencias del alto tribunal sobre el tema suscitado. Parece que la cuestión resulta, a partir de entonces, pacífica. Bien es cierto que la revalorización de las pensiones es materia que experimentará importantes transformaciones en las décadas siguientes. La crisis financiera de 2008 tendrá un serio impacto sobre las cuentas de la Seguridad Social. Se abrirá entonces un periodo de ruptura con el modelo de revalorización vigente hasta entonces, que se materializará en revalorizaciones de pensiones más bajas, congelaciones y pérdida de poder adquisitivo. Todo ello cristalizará en la introducción del llamado «factor de sostenibilidad» en el artículo 58.2 de la Ley General de Seguridad Social. En este contexto, pareciera que la doctrina sentada en la sentencia objeto de comentario estaba condenada a convertirse en recuerdo de un pasado que no iba a volver.

No obstante, la aplicación del factor de sostenibilidad se encuentra en estos momentos aplazada y llevamos ya tres años consecutivos en que las pensiones han sido revalorizadas en porcentajes similares o superiores al índice de precios al consumo. Además, en el momento de escribirse este comentario, acaba de firmarse un acuerdo entre el gobierno y los agentes sociales para garantizar la revalorización en función del IPC y derogar el mencionado factor de sostenibilidad, sustituyéndolo por un «mecanismo de equidad intergeneracional». Así pues, el cambio de modelo no parece haberse consumado y, en consecuencia, situaciones como la resuelta por la sentencia comentada pueden volver a plantearse. En tales casos, creemos que, pese a los años transcurridos, la doctrina en ella contenida conserva toda su vigencia y valor. De hecho, si se analizan las normas de revalorización más recientes, como el Real Decre-

¹ Vid. RICO LETOSA, S., «Los principios de contributividad y proporcionalidad en el cálculo de la pensión de jubilación: Un camino hacia la reducción de la protección», *Temas Laborales*, núm. 57, 2000, MADRID YAGUE, P., «Los principios de contributividad y de solidaridad en la organización de las pensiones de jubilación», en VV. AA., *Tratado de jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de las Villa Gil con motivo de su jubilación* (López Cumbre, L., Coord.), Iustel, Madrid, 2007.

² GALLEGOS LOSADA, R., «El límite máximo de las pensiones públicas: generosidad y contributividad», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014.

to 46/2021, de 26 de enero, podemos advertir que su estructura y reglas básicas no se diferencian demasiado de las aplicadas entonces.

Nos encontramos, en consecuencia, con una doctrina jurisprudencial antigua, pero que mantiene toda su actualidad por el momento (al menos, mientras no se concrete en que consistirá exactamente el anunciado mecanismo de equidad intergeneracional). En definitiva, un clásico jurídico que no envejece. Un ejemplo más de la obra de Aurelio Desdentado Bonete. Una labor impecable, honesta y de alto nivel intelectual. Así lo muestran todas sus aportaciones, tanto las desarrolladas en su papel de aplicador de la ley, como las construidas en su condición de auténtico científico del Derecho.

**LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL LLEVADA A CABO
EN EL MARCO DE UN EXPEDIENTE DE REGULACIÓN
DE EMPLEO TIENE SIEMPRE CARÁCTER DE INVOLUNTARIA
AUN CUANDO SE INSTRUMENTE POR MUTUO ACUERDO
DE EMPRESA Y TRABAJADOR EN VIRTUD DE OFERTA
DE PREJUBILACIÓN CON IMPORTES PACTADOS**

JOSÉ FLORES ALCÁZAR
Doctorando. Universidad de Murcia

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2006 (RCUD 4453/2004) [ECLI: ES: TS: 2006:6920]. Recurso de casación para unificación de doctrina. Jubilación anticipada. Carácter del cese. Es cese involuntario el que se produce como consecuencia de ERE, aunque los trabajadores afectados se hayan determinado mediante aceptación voluntaria de su inclusión en el ámbito del ERE.

II. INTRODUCCIÓN

Es muy frecuente que, las extinciones del contrato de trabajo acordadas en el marco de un despido colectivo¹, se formalicen mediante un contrato de

¹ Regulado en el artículo 51 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 (ET).

extinción de la relación laboral de mutuo acuerdo de las partes ex artículo 49.1.a) del ET. La calificación que se otorgue al cese como voluntario o involuntario, adquiere enorme relevancia para el trabajador, la empresa, y la Seguridad Social, pues comporta diferentes obligaciones y derechos en las prestaciones y obligaciones de Seguridad Social que acontecen con dicha calificación, así como en el ámbito fiscal.

La STS de 24 de octubre de 2006, de la que fue ponente el Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, dictada en Sala General en unificación de doctrina, revisó la doctrina jurisprudencial seguida hasta ese momento por el Tribunal², estatuyendo el criterio que sigue vigente en la actualidad, que establece que, en el marco de un ERE autorizado por la administración³, aunque los trabajadores afectados se hayan determinado mediante aceptación voluntaria de estos de su inclusión en el ámbito del ERE, debe considerarse una extinción involuntaria del contrato de trabajo. Es decir, «consideró que los supuestos en que el trabajador se acoge voluntariamente al plan de prejubilaciones acordado en un expediente de regulación de empleo constituyen ceses no imputables a la libre voluntad del trabajador, a efectos de la pensión de jubilación anticipada⁴».

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

Trabajador que voluntariamente se acoge a la prejubilación establecida en el acuerdo estipulado por la empresa y la representación sindical con motivo de expediente de regulación de empleo autorizado por la autoridad laboral.

² Revisa la doctrina de las SSTs de 30 de enero de 2006, rec. 5320/2004 y 6 de febrero de 2006, rec. 1111/2005, dictadas en unificación de doctrina, en las que se confirma el criterio jurisprudencial por el que, la libre adhesión por parte del trabajador a una oferta de prejubilación, pactada entre la empresa y los representantes de los trabajadores, aun en el marco de un despido colectivo, no podía calificarse sino como una extinción voluntaria y pactada del contrato de trabajo de mutuo acuerdo entre las partes.

³ Autorización administrativa que desaparece con la entrada en vigor de la Ley 3/2012, de 6 de julio. Empresa y representantes de los trabajadores pueden llegar a un acuerdo sobre los términos y condiciones del despido colectivo y, para el caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, la empresa puede comunicar a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final de despido colectivo y las condiciones en que se producirá éste, siempre que concurren las causas económicas, organizativas, técnicas o de producción a que se refiere el artículo 51.1 ET

⁴ STS de 23 febrero 2021, rec. 3647/2018: «Reiterada doctrina jurisprudencial [por todas, sentencias del TS de 24 de octubre de 2006, recurso 4453/2004 (Pleno); y 25 de octubre de 2006, recurso 2318/2005 (Pleno); 23 de mayo de 2007, recurso 4900/2005 y 7 de febrero de 2008, recurso 4237/2006] consideró que los supuestos en que el trabajador se acoge voluntariamente al plan de prejubilaciones acordado en un expediente de regulación de empleo constituyen ceses no imputables a la libre voluntad del trabajador, a efectos de la pensión de jubilación anticipada»

Al término de la prestación por desempleo contributivo, el trabajador pasó a la situación de prejubilación, percibiendo las ayudas previas a la jubilación ordinaria. Solicitada la prestación de jubilación, el INSS le reconoció una prestación en la que se descontaba un coeficiente reductor de la base reguladora correspondiente a un cese por libre voluntad del trabajador. El trabajador accionó contra la resolución del INSS por considerar que su cese obedecía a una causa por completo ajena a su voluntad al estar inmerso en el ámbito de un ERE.

2. Doctrina sentada

Hasta dicho pronunciamiento, la jurisprudencia otorgaba igual consideración a la extinción con causa en un acuerdo individual entre el trabajador y su empresa⁵, a la extinción fundada en lo establecido en Convenio Colectivo⁶, a la extinción basada en un acuerdo de la empresa con los representantes legales de los trabajadores –tanto en la fase de consultas previas a un despido colectivo como en virtud del artículo 49.1.a) ET–, o la extinción del contrato de trabajo con motivo de despido colectivo⁷. En todos los casos, la doctrina del Tribunal Supremo consideraba que, el trabajador que accedía voluntariamente a la extinción de su contrato de trabajo, recibiendo a cambio las indemnizaciones y ventajas acordadas, lo hacía voluntariamente.

En la STS de 24 de octubre de 2006, la Sala revisa su propia doctrina, estableciendo que: «con independencia de que hubiera en el marco del ERE un acuerdo sobre prejubilaciones, lo cierto es que el cese del actor está dentro de las extinciones autorizadas en el expediente. Por ello, el contrato no se ha extinguido por la libre voluntad del trabajador que decide poner fin a la relación. Por el contrario, el contrato se ha extinguido por una causa por completo independiente de la voluntad del trabajador; en concreto, por una causa económica, técnica, organizativa o productiva, que ha sido constatada por la Administración y que ha determinado un despido colectivo autorizado [...] Es cierto que la opción por la prejubilación ha sido voluntaria, pero eso no significa que el cese lo sea [...] porque el cese sigue produciéndose como consecuencia de una causa independiente de la voluntad del trabajador y lo único que sucede es que la concreción de esa causa sobre uno de los trabajadores afectados se realiza teniendo en cuenta la voluntad de éstos. [...] No desconoce esta Sala que en

⁵ SSTS de 28 de febrero de 2000, rec. 793/99, y 1 de junio de 2004, rec. 128/2003.

⁶ SSTS de 30 de mayo de 2002, rec. 2805/2002, de 25 de noviembre de 2002, rec. 1463/2002, de 15 de marzo de 2003, rec. 2487/2002.

⁷ STS de 20 de septiembre de 2005, rec. 877/2004.

sus sentencias de 30 de enero y 6 de febrero de 2.006 se ha mantenido criterio distinto del que aquí se establece. Pero, por las razones que se han expuesto, la doctrina de estas sentencias debe revisarse» (FJ 4.º).

La nueva doctrina jurisprudencial se fundamenta en la redacción dada al artículo 161.3.d) de la LGSS/1994 por la DA 2.ª de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social: «se presumirá que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el artículo 208.1.1 de esta Ley, que en su apartado a) establece que, se encontraran en situación legal de desempleo los trabajadores que extingan su relación laboral en virtud de despido colectivo adoptado en virtud del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores». Evidentemente, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, el criterio seguido hasta ese momento por el Tribunal Supremo quedaba sin apoyo, pues la propia norma ofrece una solución expresa⁸.

3. Evolución posterior

Tras esta sentencia, es constante y reiterada la doctrina jurisprudencial que califica como involuntario al cese del trabajador acogido a prejubilación en el marco de un ERE, independientemente de la instrumentación formal con que se lleve a cabo. Para la Sala, la adscripción a las medidas pactadas en un despido colectivo es voluntaria, pero la causa de extinción del contrato es el propio despido colectivo, basado en una causa económica, organizativa o productiva, y por tanto ajena a su voluntad, sea cual sea la formalización del cese que haya realizado la empresa.

Este criterio, como no podría ser de otra forma, es seguido por la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, que respecto de la calificación como voluntaria o involuntaria a la extinción de la relación laboral en el marco de un despido colectivo, «dado que “tiene un perfil laboral evidente”, de manera que, habiéndose pronunciado sobre ella la jurisdicción social, de forma reiterada, procede que sigamos su criterio, como ya ha hecho, también de manera reiterada, la Sección 4.ª de esta Sala Tercera de lo Contencioso administrativo [...] La STS 6920/2006, en unificación de doctrina, es muy clarificadora. La adscripción a las medidas pactadas en un ERE es voluntaria, pero la causa de la extinción del contrato es el ERE, basado en causa económica, organizativa o pro-

⁸ STS de 17 de enero de 2007, rec. 4534/2005.

ductiva, y por tanto involuntaria, sea cual sea la formalización que haya realizado la empresa»⁹.

VI. APUNTE FINAL

Ciertamente se trata de una sentencia con unas connotaciones y trascendencia importantísimas, pues la calificación como involuntario al cese de la relación laboral en el marco de un despido colectivo, aun cuando la misma se lleve a cabo mediante un acuerdo de mutuo acuerdo del artículo 49.1.a) ET, implica unas consecuencias verdaderamente trascendentales para todos los agentes intervinientes en el proceso.

Para el trabajador, en el ámbito fiscal, puede implicar la exención o no de IRPF de las cantidades percibidas con motivo de la extinción del contrato de trabajo¹⁰. A los efectos de prestaciones de Seguridad Social, le puede facultar para acceder a la situación de desempleo y, en su caso, el posible cobro de la prestación, así como el acceso a la jubilación anticipada por causa ajena a su libre voluntad¹¹.

En el ámbito de recaudación de la TGSS, para la empresa, el hecho de que se califique la baja como involuntaria, unido al hecho de estar inmersa en un despido colectivo del artículo 51 ET, supone un desembolso económico importante¹². Es de destacar la reiterada jurisprudencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo afirmando la competencia de la TGSS para modificar la causa del cese comunicada por la empresa, pues es muy generalizada una práctica por la que, la empresa, comunica el cese como voluntario aun cuando el trabajador se encuentre afectado por un ERE, alegando para ello que la extinción de su contrato de trabajo se sustenta en un acuerdo individual firmado por mutuo acuerdo de trabajador y empresa ex artículo 49.1.a) ET, actuación que sistemática-

⁹ STS 3.^a de 21 de septiembre de 2020, rec. 4364/2018, SSTS 3.^a de 16 de octubre de 2019, rec. 2064/2017, en la que se hace mención, entre otras, a las Sentencias, de 19 de diciembre de 2017, rec. 3052/2015, 21 de diciembre de 2017, rec. 3051/2015 y 3058/2015, 3 de enero de 2018, rec. 3055/2018, 15 de enero de 2018, rec. 3054/2015, 12 de marzo de 2018, rec. 3060/2015, 19 de marzo de 2018, rec. 3061/2015, rec. 3062/2015 y rec. 3064/2015, 22 de marzo de 2018, rec. 3065/2015, rec. 3066/2015, rec. 3075/2015, rec. 3101/2015, y 5 de abril de 2018, rec. 3102/2015, rec. 3103/2015 y rec. 3104/2015, y en la que se afirma la desaparición sobrevinida del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

¹⁰ Artículo 7.e) LIRPF

¹¹ En la vigente LGSS artículos 267 y siguientes para la situación de desempleo y artículo 207 para el acceso a la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador

¹² Obligación de aportar al Tesoro Público las obligaciones establecidas en los apartados 9, 10 y 11 del artículo 51 ET en relación con la DA 16.^a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto (LAAM).

mente es enmendada de oficio por la TGSS, modificando la causa del cese¹³. Obviamente, lo que es una obligación para la empresa, se configura como un derecho para la Administración que, por una parte, tiene la obligación de asumir, en su caso, la protección por desempleo (prestación por desempleo y abono de la aportación de la empresa correspondiente a las cotizaciones a la Seguridad Social durante la percepción de las prestaciones de desempleo por el trabajador) y, en contraposición a ello, el derecho a percibir las obligaciones que impone a la empresa el artículo 51 ET en sus apartados 9.1.º y 11.

Dada la proliferación de despidos colectivos que a partir de la crisis económica desatada en 2007 se han venido sucediendo en España, y continúan con la crisis económica desatada como consecuencia de la pandemia originada por el COVID-19, resulta patente la trascendencia del criterio jurisprudencial establecido en esta sentencia, pues, como se ha establecido, conlleva una afectación de derechos y obligaciones de enorme trascendencia para todos los agentes intervinientes en la relación laboral.

¹³ STS 3.ª de 16 de octubre de 2019, rec. 2064/2017.

SEGURIDAD JURÍDICA E INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS

RAQUEL FLÓREZ ESCOBAR
Socia de Freshfields Bruckhaus Deringer

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1996 (RCUD 1611/1995) [ECLI: ES: TS:1996:3687].

Se trata de un recurso extraordinario de revisión, en el que A. Desdentado Bonete, sin serlo inicialmente, fue designado ponente ante el voto particular del magistrado originalmente designado como tal, que no compartía la decisión mayoritaria de la sala, E. Álvarez Cruz.

II. INTRODUCCIÓN

Llevamos un par de años extraordinarios, y, en esta ocasión, no creo que nadie pueda pensar que me excedo al caracterizarlos como tales. Ha habido algún aspecto positivo, pero, indudablemente, muchos negativos, siendo uno de ellos la muerte de Desdentado Bonete. Así, en el momento que supe de la preparación de este homenaje, no lo dudé un momento a la hora de decidir contribuir con el mismo.

No esperaba, eso sí, que me propusieran comentar una sentencia tan antigua... Tanto, tanto, como mis años de ejercicio. Ni de un tema tan poco habitual, como lo es el recurso de revisión. Tampoco dudé al aceptarla: es bueno salir de nuestra zona de confort de vez en cuando, y repasar los principios bá-

sicos del derecho, como lo es, en el caso que nos ocupa, el de la cosa juzgada. Plantea una interesante dicotomía, que si bien ha sido resuelta en el mismo sentido en numerosas ocasiones, en este caso resulta algo más llamativa debido a las circunstancias del caso concreto.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

Se trata de un recurso extraordinario de revisión interpuesto por un empleado que fue despedido en 1993 en base a un informe de un detective al que se acompañaba un reportaje fotográfico, despido que es declarado en primera instancia como procedente en atención a dicho informe.

Al sustanciar el recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia, el letrado del demandante se da cuenta, al ver detenidamente el informe y el reportaje fotográfico y compartirlo con el demandante, que ha habido un error y la persona que aparece en las fotografías no es de hecho el demandante, sino otra persona con gran parecido físico.

A raíz de dicho descubrimiento, y dadas las consecuencias, el demandante interpuso entonces querrela criminal contra la empresa y el detective por falsedad documental, falso testimonio y por aportar testigos falsos en juicio, querrela que aportó junto con el recurso de suplicación, sin perjuicio de lo cual el Tribunal Superior de Justicia de Valencia dictó sentencia en febrero de 1995 confirmando el despido y desestimando el recurso.

La querrela dio lugar a diligencias previas y procedimiento abreviado, que se resolvió con un auto de sobreseimiento provisional de las actuaciones pues, aunque quedó demostrado que efectivamente el fotografiado no había sido el demandante, no había existido dolo, si no únicamente «un lamentable error motivado por el extraordinario parecido físico» entre ambas personas.

2. Relevancia del asunto

Se trata de una situación un tanto excepcional no solo por el carácter extraordinario del recurso, si no por las propias circunstancias del caso, pues si bien queda demostrado en el procedimiento penal que ha existido un error y el demandante no era la persona que aparecía en el informe del detective, lo cierto es que, estrictamente hablando, no se cumplían los requisitos para atacar con éxito la firmeza de la sentencia de origen, razón por la que el recurso es desestimado.

A su vez, el voto particular de Álvarez Cruz introduce un elemento de discusión respecto a los límites de esa interpretación estricta que, finalmente, no es aceptado por la mayoría.

Es interesante la reflexión que ha hecho posteriormente el Tribunal Supremo sobre la finalidad del recurso de revisión: no se trata de corregir sentencias supuestamente injustas, sino rescindir las ganadas injustamente.

3. Doctrina sentada

El objeto de la revisión es, por tanto, una sentencia firme. Dado que supone la quiebra de la autoridad de la cosa juzgada, es fundamental, y así se pone de manifiesto desde el principio, llevar a cabo una interpretación restrictiva y rigurosa tanto de las causas que pueden dar lugar al recurso, como de los requisitos formales exigidos.

Así, en este caso, la sala, siguiendo al ponente Desdentado Bonete, considera que en aplicación de esta doctrina, el recurso debe ser desestimado.

Recordemos los siguientes elementos del asunto que resultan clave para la resolución que comentamos:

El informe del detective (con su reportaje fotográfico) no es un documento nuevo: se presenta como prueba en el acto del juicio de primera instancia, momento en el que se da traslado del mismo a la parte demandante (al abogado, eso sí, sin que el propio demandante tenga oportunidad de revisarlo).

Es en el momento del recurso cuando la parte demandante constata el error.

La querrela que se interpone, aun reconociendo que se ha producido un error, termina con un auto de sobreseimiento provisional, y no con una sentencia.

El recurrente sustancia su recurso con apoyo en el artículo 1796.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)¹, en relación con el artículo 86.3 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL)².

¹ Artículo 1796 LEC (Redacción vigente hasta 7 de enero de 2001). Habrá lugar a la revisión de una sentencia firme:

1.º Si después de pronunciada se recobraren documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor, o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.

2.º Si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido reconocidos y declarados falsos o cuya falsedad se reconociera o declarare después.

3.º Si habiéndose dictado en virtud de prueba testifical, los testigos hubieren sido condenados por falso testimonio, dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.

4.º Si la sentencia firme se hubiese ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta.

² Artículo 86 LPL. [...] 3. Si cualquier otra cuestión prejudicial penal diera lugar a sentencia absoluta por inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo, quedará abierta contra la sentencia dictada por el Juez o Sala de lo Social la vía de la revisión regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Como ya hemos mencionado, ya en el momento de la sentencia había sentada una doctrina clara en relación con la naturaleza excepcional de este recurso, que por lo tanto exige una interpretación rigurosa y estricta tanto de las causas que permiten interponerlo como de los requisitos formales exigidos. Y es precisamente esta interpretación la que lleva a la desestimación del recurso.

El demandante sostenía, con base en el artículo 1796.2 LEC, que el informe del detective base del pronunciamiento había sido declarado falso. Sin embargo, un informe de detective no es un «documento», sino parte de la prueba testifical, de manera que la causa, en su caso, alegada, debería haber sido la del párrafo 3 del mismo artículo, sin que haya habido condena alguna. La sentencia alude también a la posibilidad de considerar o no las propias fotografías como fuente autónoma de prueba, cuestión sobre la que la doctrina no era pacífica³. Pero independientemente de la tesis que se adoptara, lo cierto es que no había habido un reconocimiento de falsedad a través de sentencia penal: lo que hubo fue un error, y un auto de sobreseimiento provisional. Es decir: (i) ni falso testimonio; (ii) ni falsedad documental; (iii) ni resolución idónea para establecerlas⁴.

Además, el error fue ya impugnado en el recurso de suplicación, impugnación que fue rechazada por no ser tampoco la querrela documento idóneo para rectificar un hecho, haciéndose además notar que la comprobación que se practicó al revisar los autos para sustanciar el recurso de suplicación, debería haberse hecho en primera instancia.

Tampoco se acoge el argumento relativo al artículo 86.3 de la LPL, porque ni había sentencia penal o resolución asimilable (un auto de sobreseimiento no es equiparable), ni reconocimiento de falta de participación del actor (la referencia al error aparece en la fundamentación, pero no en el fallo). Así pues, se acuerda la desestimación del recurso.

El voto discrepante no lo es sobre el cumplimiento de los requisitos legales en su literalidad. La discrepancia se refiere a la cuestión de la interpretación rigurosa entendida como interpretación literal, haciendo referencia al artículo 3.1 del Código Civil⁵, al considerar que dicha interpretación rigurosa no

³ Y que hoy en día parece haberse decantado por su no-consideración como fuente autónoma, si bien en la mayor parte de las sentencias siempre se hace referencia al caso concreto. Véanse las sentencias de Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña de 12 febrero de 1999 y de Galicia de 7 de marzo de 2005, que hacen de hecho referencia a las sentencias del Tribunal Supremo de 24 febrero 1992 y esta que estamos comentando de 17 de junio de 1996.

⁴ Cuestión ya sentada en otras sentencias anteriores del Tribunal Supremo, de 15 de abril de 1991 y de 25 de marzo de 1992.

⁵ Artículo 3 del Código Civil. 1. 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 aquéllas. 2. La equidad habrá

debería significar tener que aceptar una interpretación literal cuando esta está en contra, desde el punto de vista del magistrado discrepante, del espíritu del precepto. Espíritu que, según él, es el de dar cabida a la revisión cuando la sentencia tenga su fundamento en documentos o declaraciones que posteriormente se hayan acreditado falsas, más allá de la forma jurídica en la que dicha acreditación haya tenido lugar: dado que el auto de sobreseimiento afirma claramente la existencia de un lamentable error, ello significa que el reportaje fotográfico es un documento falso. Y ello no tendrá relevancia penal, pero sí debería haberla tenido en el ámbito laboral, para, en consecuencia, haber estimado el recurso.

IV. APUNTE FINAL

La discusión se centraba por lo tanto en si debía prevalecer la seguridad jurídica sobre la veracidad de los hechos, independientemente de la forma de haberse constatado esa falsedad. Entiendo sin duda el voto particular del magistrado Álvarez Cruz si prestamos atención única y exclusivamente al caso concreto. Pareciera que el resultado «no es justo» y precisamente estamos hablando de impartir justicia, ¿no? Sin embargo, y sin perjuicio de la sensación que debe haberle quedado al demandante en su momento de que la justicia no es tal (sentimiento con el que es probable que todos los abogados nos sintamos identificados en uno u otro momento de nuestra carrera), creo que es importante valorar el caso en abstracto, y que el fallo pone en valor la importancia de la seguridad jurídica, máxime cuando hubo oportunidad de haber señalado el error en primera instancia, y teniendo en cuenta que no hubo actuación delictiva de ninguna de las partes. Precisamente tratar de «hacer justicia» en el caso concreto, interpretando la norma de manera que parece adecuada para el caso concreto que se revisa, pero a través de pronunciamientos que luego pueden sentar jurisprudencia y establecer principios generales, es fuente de grandes inseguridades jurídicas, que no solo no contribuyen a una mayor justicia, sino que derivan en un nivel de inseguridad jurídica que no contribuye en absoluto al buen funcionamiento del ordenamiento jurídico, y, de esa manera, no generan mayor, sino menor justicia. Creo por tanto que el fallo propuesto por Desdentado Bonete y acordado por la mayoría era el correcto. Le echamos de menos.

de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales solo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.

ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDADES RESPECTO DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL AUTOASEGURADA QUE SE PROLONGA MÁS ALLÁ DE LA RELACIÓN LABORAL

ANTONIO FOLGOSO OLMO
Abogado y Doctor en Derecho

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1997 (RCUD 4086/1996) [ECLI: ES: TS:1997:6900].

II. INTRODUCCIÓN

La sentencia comentada aborda la cuestión relativa a la responsabilidad del abono de la prestación de incapacidad temporal por enfermedad común en los supuestos en que se haya acordado la colaboración voluntaria de la empresa en la gestión de dicha prestación. En concreto, analiza qué entidad será la responsable de su abono una vez que la relación laboral finaliza: la empresa o la entidad gestora.

No obstante, para dar respuesta a esta cuestión, profundiza en la naturaleza de la referida colaboración voluntaria, siendo este el punto que más interés suscita. Precisamente en este aspecto, se formula un voto particular por D. Antonio Martín Valverde (al que se adhieren otros magistrados) que aporta contundentes argumentos en contra.

El debate se resuelve a favor de la postura que D. Aurelio Desdentado plasma en su ponencia y sin que su doctrina se haya cuestionado pese al tiempo transcurrido¹.

III. COMENTARIO

La resolución aborda el supuesto de un trabajador de Telefónica que inició un proceso de incapacidad temporal derivada de enfermedad común. Dieciséis días después, la empresa procedió a su despido, que fue calificado judicialmente como procedente.

Tras el cese, el actor continuó de baja médica y solicitó al INSS el pago de la prestación, lo que fue rechazado por la entidad gestora. La denegación se fundamentó en que la empresa tenía concedida autorización para la colaboración voluntaria en la gestión de la Seguridad Social en lo que afecta a la gestión de la incapacidad temporal. Por tanto, la entidad gestora entendió que le correspondía a dicha empresa la responsabilidad en cuanto a la prestación solicitada.

En ese escenario, el trabajador dirigió reclamación contra Telefónica, que fue también desestimada. La empresa consideró que la colaboración de las empresas en la gestión de prestaciones se limitaba a las relacionadas con sus trabajadores, condición que ya no ostentaba el actor al haberse extinguido la relación laboral.

Finalmente, se formuló demanda, que fue estimada por el juzgado de instancia. La sentencia condenó al INSS y a la TGSS a abonar la prestación a partir de la fecha del despido, por lo que absolvió a la empresa de toda responsabilidad.

Recurrida dicha sentencia en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó el recurso, revocó la sentencia de instancia y condenó a la empresa a abonar dicha prestación, absolviendo de ello al INSS y a la TGSS.

Dicha sentencia fue recurrida en casación para unificación de doctrina ante el TS, que apreció la existencia de contradicción y dictó la sentencia comentada.

Aunque la cuestión abordada es *a priori* bastante concreta, se produce una amplia discusión en torno a la naturaleza del autoaseguramiento, frente a lo que

¹ En el mismo sentido se han pronunciado, entre otras, la STS de 23 de diciembre de 1997 (rcud. 949/1997) [ECLI: ES: TS:1997:7974], de 16 de mayo de 2000 (rcud. 3517/1999) [ECLI: ES: TS:2000:3931], la de 30 de abril de 2001 (rcud. 4534/1999) [ECLI: ES: TS:2001:3579] o la de 11 de julio de 2001 (rcud. 3545/2000) [ECLI: ES: TS:2001:6049].

se evidenciaron dos posturas: de un lado, el voto mayoritario, del que es ponente D. Aurelio Desdentado Bonete; de otro lado, el voto particular, formulado por D. Antonio Martín Valverde y al que se adhirieron tres magistrados más.

1. Doctrina sentada

El voto mayoritario comienza señalando que la regla general para determinar la responsabilidad en materia de prestaciones se contenía en el artículo 126.1 LGSS, que establecía que cuando se causase derecho a una prestación serían responsables de la misma, de acuerdo con sus respectivas competencias, las entidades gestoras, las mutuas o el empresario que colabore en la gestión (o, en su caso, los servicios comunes).

La sentencia considera que estas normas responden al principio general del seguro mercantil, en virtud del cual está obligada a asumir la cobertura del siniestro la entidad con la que estaba concertado el aseguramiento del riesgo en el momento de actualizarse este, pues es dicha entidad la que ha percibido (o debe percibir) las primas que constituyen la contraprestación económica de aquella cobertura.

Entiende la Sala que esto es lo sucedido en el ámbito de la denominada colaboración voluntaria de las empresas en la gestión de la Seguridad Social, la cual implica materialmente una forma de autoaseguramiento en la medida en que la empresa asume el pago a su cargo de las prestaciones, con la consiguiente reducción de la cuota correspondiente.

Por lo tanto, la empresa asume de forma voluntaria la cobertura y se libera de la obligación de abonar parte de la cuota íntegra, por aplicación de la citada reducción; consecuentemente, el INSS se libera también de la responsabilidad de las prestaciones que se causen por estas contingencias. De esta manera, cuando se produce el hecho causante que determina el nacimiento de la prestación de incapacidad temporal, la empresa que colabora voluntariamente en su gestión es la responsable del abono hasta que se produzca la extinción de la prestación por causa legal. Por ende, no puede liberarse de dicha obligación como consecuencia de la finalización del contrato de trabajo, porque esa circunstancia no extingue el derecho al subsidio, ni altera el sujeto responsable de su pago.

En este sentido, cuando el artículo 77 LGSS vinculaba la colaboración de las empresas a la cobertura de su propio personal, no determinaba con ello que la extinción de la relación laboral le liberaría igualmente del abono del subsidio. Ello es así en tanto que la referencia al propio personal opera en el momento del establecimiento del autoaseguramiento y en el del hecho causante.

Así, una vez que se causa la prestación, la entidad que practica dicho autoaseguramiento responde de su abono, con independencia de las incidencias que pudieran producirse con posterioridad en la relación laboral. En contraprestación, la empresa se ha liberado de la obligación de abonar la cuota íntegra, viéndose beneficiada de una reducción.

De este modo, considera contrario a la lógica del aseguramiento y a los criterios de equidad imputar al INSS la responsabilidad de un gasto por el que no ha percibido las contraprestaciones legalmente previstas.

Tampoco entiende que dicha conclusión deba verse afectada en atención a criterios de eficacia en el control de la situación protegida, dado que dicha vigilancia se mantiene cuando la colaboración voluntaria afecta también a la prestación de la asistencia sanitaria. Lo decisivo es, a juicio de la sentencia, que la comprobación de la situación del trabajador a través de la asistencia sanitaria ya iniciada no debe alterarse por el cese. En este sentido, se apoya en una interpretación finalista del artículo 20.4 ET, en cuanto que establece la facultad del empresario de verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por este para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico. A tal objeto, recuerda que la negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por tales situaciones

Por todo lo expuesto, se concluye que, en el caso de empresas que opten por colaborar en la gestión de las prestaciones a través de la asunción directa de la gestión de la incapacidad temporal y de la asistencia sanitaria, cuando estas se inicien durante la vigencia de la relación laboral, debe extenderse su responsabilidad a los supuestos en que dichas prestaciones continúen tras terminar el contrato de trabajo.

2. El voto particular

El voto discrepante rechaza la conclusión alcanzada, para lo que discute las premisas conceptuales sobre las que se sustenta el voto mayoritario. Además, reprocha a la sentencia haber sido excesivamente dogmática y forzar de manera innecesaria el sentido gramatical de los preceptos aplicados. También, critica que no se haya tenido en cuenta el criterio teleológico de interpretación de las normas en juego. Merece ser destacado que esta tesis fue la que apoyada por el Ministerio Fiscal en su informe.

El punto de partida de la discrepancia radica en la consideración de que la asunción de las prestaciones de incapacidad temporal por enfermedad común en régimen de colaboración voluntaria pueda constituir un acto de aseguramiento. Partiendo de dicha consideración, niega que deba analizarse el instituto de la colaboración voluntaria en la gestión de la Seguridad Social desde la óptica del seguro (social y, en último término, mercantil). Por lo tanto, entiende que el enfoque del voto mayoritario desde la óptica de los conceptos y categorías de la dogmática del seguro han llevado a una conclusión que no es la más satisfactoria para la resolución de la cuestión debatida.

En este sentido, aprecia que dicha interpretación hubiera podido sostenerse con otras regulaciones previas a la Ley de Seguridad Social de 1966, donde la incapacidad temporal y la asistencia sanitaria derivadas de enfermedad común daban lugar a un sector diferenciado de aseguramiento atendido por cuotas propias y específicas. Sin embargo, no es este el panorama analizado por la sentencia comentada, dado que el sistema de Seguridad Social no se estructura ya por ramas de seguros sociales, sino por sectores de acción protectora, en el que la incapacidad temporal es solo una de las distintas situaciones amparadas, cuya financiación se atiende mediante una única cotización común (no desagregada por contingencias).

Igualmente, entiende erróneo el argumento relativo a la reducción de la cuota, como si de un seguro independiente se tratara. En realidad, lo que se produce es la aplicación de un «coeficiente» a una cotización conjunta por contingencias comunes, determinado en atención al gasto relacionado con la colaboración voluntaria por el Ministerio competente.

En general, el voto particular es muy crítico con la terminología empleada en la sentencia, de forma que censura incluso que se hable de autoaseguramiento para referirse a la asunción voluntaria de las prestaciones de incapacidad temporal por parte de las empresas. La protección de las contingencias sociales no es una responsabilidad que las empresas deban asegurar, sino un cometido de los poderes públicos, respecto del que las empresas ostentan un mero deber de colaboración; y esta debe ser admitida e interpretada en los términos que resulten compatibles con las exigencias de una adecuada protección. Por tanto, no se trata de convertir a las empresas en aseguradoras, sino en entidades colaboradoras de la Seguridad Social.

En consecuencia, se considera que la colaboración voluntaria de las empresas en la gestión de la Seguridad Social no debe extenderse a los supuestos en que su personal ya no forme parte de la empresa por haberse extinguido el contrato de trabajo. Al respecto, razona que no es casual que la referida colaboración voluntaria se limite a situaciones de necesidad (asistencia sanitaria e in-

capacidad temporal) que dan lugar a prestaciones a corto plazo, durante cuya percepción la relación de trabajo queda suspendida o interrumpida, pero se mantiene viva.

También, rechaza que el artículo 20.4 ET pueda fundamentar la decisión aplicable, en tanto que la potestad de verificar el estado de la enfermedad no podrá desbordar el tiempo de duración del contrato de trabajo, por lo que no podrá extenderse su radio de acción a quienes ya no mantienen vinculación con la empresa.

Finalmente, tampoco comparte la conclusión alcanzada por considerarla insatisfactoria desde el punto de vista de la finalidad del precepto. Apunta que el despido genera casi siempre una situación psicológica difícil entre empresario y trabajador, por lo que el mantenimiento de la obligación de pago periódico más allá de la extinción del contrato puede convertirse en una fuente de conflictos y litigios; en especial, si se atribuye al empleador la potestad de verificar la situación sanitaria.

IV. APUNTE FINAL

Probablemente, en su momento habría resultado difícil anticipar que la específica cuestión planteada al Tribunal Supremo trascendería hasta el punto de generar un debate de tal profundidad. Así, el análisis de las consecuencias de la colaboración voluntaria en la gestión de prestaciones se tradujo en una intensa discusión sobre su propia naturaleza. En dicho enfrentamiento, se contrapusieron dos posturas absolutamente antagónicas, fundamentadas en torno a si debía equipararse dicha colaboración a un acto de aseguramiento, debiendo en consecuencia regirse (o no) por los principios del mismo.

No resulta difícil apreciar la gran altura jurídica del debate que se produjo en la Sala Cuarta entre las posiciones de D. Aurelio Desdentado Bonete y D. Antonio Martín Valverde. Las consecuencias de esta controversia trascendieron sin duda alguna el caso concreto, ya que más allá de darle respuesta, se sentaron los principios generales sobre los que deberían resolverse las cuestiones que en el futuro se planteasen sobre la materia.

VALOR LIBERATORIO DEL FINIQUITO RESPECTO A CONCEPTOS NO INCLUIDOS EN ÉL

IGNACIO DEL FRAILE LÓPEZ
Socio del Área Laboral de Gómez Acebo & Pombo

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Comentaremos la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo (Sala General) en fecha 28 de febrero de 2000, correspondiente al Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina 4977/1998 [ECLI: ES: TS:2000:1542].

Especialmente interesante resulta el voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado D. Bartolomé Ríos Salmerón. La discrepancia no se refiere a la parte dispositiva de la sentencia sino al razonamiento de ésta en la que decide sobre el fondo.

II. INTRODUCCIÓN

La sentencia comentada versa sobre una materia tan importante y tantas veces discutida como la eficacia liberatoria de los finiquitos firmados por las personas trabajadoras, debatiéndose si su alcance debe tener efectos liberatorios plenos o solamente respecto de las partidas o conceptos salariales expresamente reflejados en el documento.

Más allá de la importancia y la vigencia práctica de la sentencia a día de hoy, más de veinte años después, resulta realmente interesante ahondar en los

brillantes razonamientos esgrimidos por el Magistrado Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete para negar la eficacia liberatoria al finiquito firmado en el caso de autos.

III. COMENTARIO

1. Hechos

A los efectos que aquí interesa, los principales hechos enjuiciados fueron los siguientes:

Dos trabajadores habían suscrito un contrato a tiempo parcial de 20 horas de trabajo semanales, a pesar de que realizaban una jornada diaria de 9 horas de trabajo y en ocasiones debían pernoctar fuera de su lugar de residencia.

El horario de trabajo era de 9-14 horas y de 16-20 horas. Iniciaban la jornada en la oficina de la empresa de Jerez de la Frontera y luego eran transportados en vehículo de la propia empresa a distintos pueblos de la provincia de Cádiz, donde realizaban visitas domiciliarias para la venta de los productos de la compañía. Al finalizar su jornada a las 20 horas, el vehículo de la empresa les transportaba de nuevo hasta Jerez de la Frontera.

Los dos trabajadores causaron baja en la compañía y firmaron un finiquito en el que se decía expresamente lo siguiente: «He recibido de... la cantidad de diecisiete mil novecientos ochenta y siete pesetas, como liquidación por todos mis devengos, sueldos e indemnizaciones en la Sociedad, quedando por completo finiquitadas mis cuentas con la misma, cesando voluntariamente y dando por terminada en el día de hoy la relación laboral que me unía a la misma, percibiendo todas las cantidades que por dichos conceptos pudieran corresponderme por saldo y finiquito, y sin que tenga que reclamar a la mencionada Compañía cantidad alguna por ningún otro concepto».

En el finiquito entregado a los trabajadores solo se hacía mención expresa a los siguientes conceptos salariales: sueldo, vacaciones, comisiones y desplazamientos.

Los trabajadores presentaron una demanda de reclamación de cantidad contra la compañía, reclamando horas extraordinarias, dietas por desplazamiento con pernocta, diferencias salariales, así como plus de asistencia y puntualidad.

2. Sentencias de instancia

El Juzgado de lo Social número 2 de Jerez de la Frontera estimó las demandas de los trabajadores y consideró que los finiquitos firmados por ambos solo tenían carácter liberatorio respecto de las cantidades percibidas.

Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía estimó el recurso de suplicación interpuesto por la compañía y revocó la sentencia de instancia, absolviendo a la empresa de las pretensiones deducidas por los empleados, al entender que los finiquitos firmados tenían valor liberatorio pleno. En este sentido, entendía que los términos de los finiquitos eran claros y revelaban la voluntad inequívoca de los firmantes de saldar todas las deudas existentes derivadas de sus respectivos contratos.

3. Recurso de casación para la unificación de doctrina y contradicción

Los trabajadores presentaron recurso de casación para unificación de doctrina, alegando como sentencia contradictoria la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Málaga en fecha 27 de marzo de 1991.

A pesar de que existían diferencias entre la sentencia recurrida y la alegada de contraste, el Tribunal Supremo concluye que existe contradicción, aunque la misma solo se aprecia en parte, para los conceptos en los que no se había cuantificado el pago, sin comprender, por tanto, lo reclamado por diferencias por sueldo y por dietas de desplazamiento, pues las cantidades recibidas por tales conceptos sí estaban precisadas en los documentos de finiquito.

4. Resolución del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo concluye que el finiquito, sin perjuicio de su valor normalmente liberatorio, viene sometido a un control judicial, como todo acto jurídico o pacto del que es emanación externa. En este sentido, incluye algunos ejemplos en los que, sin negarse el carácter liberatorio del finiquito, sí se excluye su eficacia liberatoria: (i) cuando el documento no exterioriza inequívocamente una intención o voluntad extintiva o liquidatoria de las partes (por ejemplo, extinción de la relación laboral en el caso de trabajadores fijos discontinuos); (ii) cuando la causa resulta ilícita (por ejemplo, finiquito de un contrato temporal cuando ya había devenido indefinido); o (iii) cuando el objeto tomado como base no se ajustaba o no se podía ajustar a la realidad (por

ejemplo, cuando con fecha posterior a la firma del finiquito, pero con efectos retroactivos, se fijan incrementos salariales por Convenio Colectivo que eran desconocidos en el momento de la firma del documento).

En el caso enjuiciado, el Tribunal Supremo valora que los contratos finiquitados eran parciales a media jornada pero los trabajadores venía realizando habitualmente su trabajo durante nueve horas diarias y con la necesidad de frecuentes desplazamientos. Por ello, sorprende al Tribunal que los recibos de finiquito fijaran unas cantidades muy reducidas y que no se hubiera justificado el pago de horas extraordinarias o pluses de asistencia y puntualidad. En palabras del Ministerio Fiscal, «parece casi irrisorio el pensar que los dos actores iban a considerarse finiquitados con tan exigua cantidad, cuando se les debía una muy superior».

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el Tribunal Supremo concluye que el acuerdo que precedió a la firma del finiquito no reúne los requisitos esenciales para su eficacia, de modo que al no aparecer en el finiquito la remuneración de horas extraordinarias ni del plus de asistencia y puntualidad, el efecto liberatorio de aquél no puede alcanzar estos conceptos retributivos. Por consiguiente, entiende vulnerado el artículo 1283 del Código Civil («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») y estima el recurso de casación para unificación de doctrina de los dos trabajadores reclamantes.

5. Voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete

Si la sentencia resulta interesante, quizás lo es más el voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, en el que la discrepancia no se refiere a la parte dispositiva de la sentencia sino a su razonamiento, por entender que la eficacia liberatoria del finiquito debe limitarse de forma más estricta a partir del principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales que consagra el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores.

En efecto, considera que el valor liberatorio del finiquito debe estar en función de tres aspectos principales: (i) el alcance de la declaración de voluntad que incorpora; (ii) la ausencia de vicios en la declaración de voluntad; y (iii) su conformidad con la regla del artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores. En el presente caso, no se ha alegado ningún vicio de voluntad y el alcance de ésta tampoco ofrece ninguna duda razonable, por lo que debemos cen-

trarnos en la relación entre la declaración de saldo y la regla de indisponibilidad contenida en el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, teniendo en mente que la finalidad de la norma es proteger la efectividad de los derechos establecidos por disposiciones imperativas frente a los actos de disposición de la autonomía privada.

Continúa argumentando que para que el finiquito pueda constituir una vía lícita de recoger una transacción, es necesario que se cumplan determinados requisitos: (i) debe quedar claro que a través de esta vía las partes, mediante concesiones recíprocas, están evitando o poniendo fin a un pleito; (ii) el objeto al que se refiere la declaración debe estar expresado con suficiente determinación, sin que sean válidas las cláusulas de renuncia generales que comprenden derechos que no tienen relación con la disputa a la que ha de entenderse referida la transacción; y (iii) si la declaración se ha producido fuera de los cauces legalmente previstos para las conciliaciones laborales, será necesario que exista una cierta incertidumbre en cuanto al resultado del litigio y una proporción en el sacrificio de los eventuales derechos indisponibles.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, concluye que no se cumple ninguna de estas exigencias en el presente caso, dado que la declaración de finiquito no prevenía ni ponía fin a un pleito. Además, consistía en una cláusula genérica de renuncia, no se apreciaba incertidumbre alguna y tampoco resultaba apreciable la proporcionalidad en las prestaciones. Todo ello conllevaría igualmente la estimación del recurso en los mismos términos y con las mismas consecuencias de la sentencia recurrida, pero con un razonamiento jurídico distinto.

IV. APUNTE FINAL

La sentencia del Tribunal Supremo comentada es una de las resoluciones más citadas en sentencias que resuelven pleitos en los que se discute la eficacia liberatoria del finiquito. Asimismo, resulta especialmente relevante destacar que los motivos esgrimidos por el Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete en su voto particular siguen siendo utilizados frecuentemente para tratar de restar carácter liberatorio a los finiquitos, incluso a día de hoy cuando han transcurrido más de veinte años desde su formulación. Sin duda, el mundo jurídico-laboral echará de menos la brillantez del Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, quien nos ha dejado un legado imborrable a lo largo de toda su trayectoria profesional.

LA AJENIDAD Y EL CONTROL EFECTIVO DE LA SOCIEDAD EMPLEADORA, A EFECTOS DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

RICARDO GABALDÓN GABALDÓN
Presidente del Consejo General de Colegios Oficiales
de Graduados Sociales de España

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 30 abril 2001 (RCUD 4525/1999) [ECLI: ES: TS:2001:3499].

II. INTRODUCCIÓN

Constituye un gran honor para todo el colectivo de Graduados Sociales, a los que represento, participar en este merecido Libro homenaje a la extraordinaria figura del excelente jurista el Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, un auténtico referente en la jurisdicción social, que nos ha dejado un relevante legado de jurisprudencia y obra científica, con sabias aportaciones que enriquecen y enriquecerán el trabajo diario de los que nos dedicamos, con solidez jurídica y responsabilidad, a la resolución de conflictos laborales individuales y colectivos, buscando la Justicia Social y, actuando siempre en beneficio de los justiciables.

En la Sentencia que se analiza se realiza un interesante análisis de la concurrencia de las notas de dependencia y ajenidad, como configuradoras

de la relación laboral, a los efectos de la percepción de la prestación por desempleo, cuando la empleadora es una sociedad anónima, con participación mayoritaria en el capital social por el cónyuge de la beneficiaria, administrador social. Y concluye, apreciando la ajenidad en la relación laboral y, por ende, el derecho de la trabajadora a lucrar la prestación por desempleo, cuyo reintegro reclama el Instituto Nacional de Empleo, en estas actuaciones.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

El Instituto Nacional de Empleo ejercita la acción de revisión de actos declarativos de derechos a favor de los beneficiarios, para que se deje sin efecto la Resolución por la que se le reconoció a la demandada las prestaciones por desempleo, al no ostentar la condición de trabajadora por cuenta ajena. La demandada suscribió un contrato temporal para obra o servicio determinado y, posteriormente, un contrato indefinido con una sociedad anónima, en la que el marido era administrador social, que ostentaba el 80 % del capital social, perteneciendo el diez por ciento a la demandada y, siendo el régimen matrimonial vigente, el de gananciales. Le fue reconocida y abonada la prestación por desempleo correspondiente al periodo de servicios en la reseñada relación laboral. A instancia de la actuación de la Inspección de Trabajo, se concluye por la entidad gestora que fue indebido el reconocimiento de la prestación por desempleo, formulando la demanda que ha dado origen a las presentes actuaciones, reclamando que se dejara sin efecto la Resolución que reconoció la prestación y, se condenara a la demandada al reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas. La sentencia del Juzgado de lo Social desestimó la demanda. Esta sentencia fue recurrida en suplicación, estimándose el recurso por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que estimó la demanda. Recurrida la sentencia en casación para la unificación de doctrina, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2001 (rcud 4525/1999), ponencia del Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, estimó el recurso, revocando la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, considerando que la actora reunía la condición de trabajadora por cuenta ajena y, por lo tanto, desestimándose la demanda formulada por el instituto Nacional de Empleo.

2. Relevancia del asunto

Es importante resaltar que no es de aplicación al caso de autos la disposición adicional vigésimo séptima de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, ya derogada, pero recogiendo, con idéntico tenor, su contenido, el artículo 305 de la vigente Ley General de la Seguridad Social. Por lo tanto, la resolución del litigio se lleva a cabo aplicando los artículos 205 y 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 y, el artículo 1.3.e) del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, ya derogado, pero reflejando la misma redacción el artículo 1.3 e) del vigente Estatuto de los Trabajadores. Tampoco son de aplicación la disposición adicional 43.^a de la Ley 66/1997, ni en el artículo 34 de la Ley 50/1998. De ello se extrae la extraordinaria importancia de la sentencia, que realizó una interesante exégesis de la interpretación del control efectivo de la sociedad, a los efectos de la determinación de la existencia de relación laboral y, consiguientemente, del derecho a percibir la prestación por desempleo, sentando las bases para la solución futura de la cuestión, con una jurisprudencia actualmente aplicable.

3. Control efectivo de la sociedad versus trabajos familiares

Con carácter previo, el Alto Tribunal examina si estamos en presencia de un supuesto de trabajo familiar, o por el contrario, excede del ámbito del mismo, al ser la empleadora una sociedad anónima. El artículo 1.3 e) del vigente Estatuto de los Trabajadores excluye del ámbito de aplicación de esta norma «los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción». La prestación por desempleo se le reconoció a la demandada desde el 3 de octubre de 1992 hasta el 2 de agosto de 1994, por lo que era de aplicación el Estatuto de los Trabajadores aprobado por la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, cuyo artículo 1.3.e) tenía la misma redacción que el actual. Por consiguiente, para los trabajos familiares rige la presunción de no laboralidad, salvo prueba en contrario. Desde este punto de vista, habría de analizarse si la demandada ha acreditado la existencia de efectiva prestación de servicios y, teniéndose en

cuenta que, según la declaración de hechos probados de la sentencia del Juzgado de lo Social, consta, a través de la prueba testifical, que la demandada realizó efectiva prestación de servicios para sociedad anónima, con sumisión a horario, habría de colegirse que existió relación laboral y, por ende, la desestimación de la demanda.

Sin embargo, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo que no estamos en presencia de trabajos familiares, ya que la empleadora es una sociedad anónima y, por lo tanto, ningún vínculo familiar podía tener la demandada con la persona jurídica. Esto conlleva que haya de analizarse la cuestión controvertida desde el punto de vista de la existencia o no del control efectivo de la sociedad por la trabajadora y su cónyuge. Aunque, en principio, en las sociedades mercantiles capitalistas es posible compatibilizar la condición de socio con la de trabajador por cuenta ajena, cuando quien presta el trabajo tiene una participación mayoritaria en el capital social, no concurre la nota de ajenidad y, el trabajo desempeñado puede calificarse como trabajo por cuenta propia. Y, el límite concreto a partir del cual se pierde la ajenidad es el 50 %, según reiterada jurisprudencia sentada, entre otras, en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1997.

4. La sociedad de gananciales no afecta a la nota de dependencia en el marco de la relación laboral

La demandada ostenta la titularidad de un diez por ciento del capital social, por lo que no tiene el control efectivo de la sociedad empleadora. Pero señala la sentencia que se analiza que, dado que el régimen matrimonial vigente es el de gananciales, debe examinarse si se aprecia el control social familiar, a los efectos de desvirtuar la concurrencia de la dependencia y de la ajenidad.

Comienza por el estudio de la incidencia del régimen de gananciales en la dependencia y, concluye que el contrato lo suscribió la demandada con la sociedad y, aunque el marido fuera el titular mayoritario del capital y el administrador social, lo cierto es que cabe la contratación entre cónyuges, a tenor del artículo 1323 del Código Civil y, los trabajos familiares, con las peculiaridades del artículo 1.3.e) del Estatuto de los Trabajadores, por lo que el régimen de gananciales no incide en la concurrencia de la nota de dependencia.

5. **La incidencia de la sociedad de gananciales en la nota de ajenidad**

Otra cuestión diferente –resalta la sentencia–, es la incidencia de la sociedad de gananciales en la apreciación de la existencia de ajenidad. Y, al respecto, indica lo siguiente:

6. **La imputación a la sociedad de gananciales de las acciones a efectos de la determinación del control efectivo de la sociedad**

No es posible la asignación individual de cuotas de participación en la sociedad, a cada uno de los cónyuges, durante la vigencia de la sociedad de gananciales, ya que constituye una comunidad en mano común. Ahora bien, el poder de disposición de las acciones sociales es un elemento que ha de tenerse en cuenta para delimitar la ajenidad de la prestación de servicios de la demandada y, la participación mayoritaria del cónyuge de la misma, permite afirmar el control familiar efectivo, lo que influye en la ajenidad de los servicios prestados.

7. **La asignación individual ideal de cuotas de la sociedad**

A estos efectos, es posible realizar una asignación individual de cuotas, no alcanzando las de la actora el límite jurisprudencial del 50%. Obsérvese que esta doctrina jurisprudencial fue consagrada legislativamente en la disposición adicional vigésimo séptima de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, derogada y, en el artículo 305 de la Ley General de la Seguridad Social vigente. Esta asignación ideal de cuotas permite concluir que concurre la nota de ajenidad en el caso de autos, en el que, además, la titularidad del 10% del capital social pertenecía a un tercero.

8. **Resolución del litigio**

Atendiendo a todo lo expuesto, concluye la Sentencia del Tribunal Supremo que la demandada desarrolló una prestación de servicios efectiva por cuenta ajena a favor de la sociedad anónima, por lo que fue ajustada a derecho la Resolución del Instituto Nacional de Empleo que el reconoció el derecho a lucrar la prestación por desempleo. En consecuencia, estimó el recurso de ca-

sación para la unificación de doctrina, revocando la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y, desestimando la demanda formulada por la entidad gestora.

IV. APUNTE FINAL

El Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, con la extraordinaria agudeza intelectual que le caracterizó y la excelencia de sus resoluciones, nos legó una sentencia que solventa la difícil delimitación entre los trabajos familiares y, la problemática de la concurrencia de la ajenidad en la prestación de servicios para una sociedad anónima, cuando el cónyuge de la persona trabajadora, ostenta la titularidad de la mayoría del capital social y, la condición de administrador.

Siempre permanecerá este extraordinario Magistrado del Tribunal Supremo en la memoria del colectivo de Graduados Sociales, con un entrañable recuerdo y, un profundo agradecimiento por sus sabias enseñanzas. D. E. P.

VALIDEZ DEL CONTRATO DE FOMENTO DE EMPLEO SIN SITUACIÓN DE «DESEMPLEO» NI INSCRIPCIÓN PREVIAS

FERMÍN GALLEGO MOYA
Abogado. Profesor de la Universidad de Murcia

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1996 (RCUD 2990/1994) [ECLI: ES: TS:1996].

Constituido en Sala General, y actuando como ponente su Magistrado Desdentado Bonete, el Tribunal Supremo dicta, el 1 de febrero de 1996, la sentencia que, superando vaivenes declarados, viene a precisar el alcance que, como presupuesto habilitante del contrato de trabajo temporal de fomento de empleo, en el contexto del entonces RD 1989/1994, tienen los requisitos de encontrarse el trabajador «desempleado e inscrito» en la Oficina de Empleo (art. 1.1); alcance que, en los supuestos de sucesión de contratos de duración determinada, en los que el contrato de fomento del empleo sigue a otro vínculo temporal anterior, plantea una delicada cuestión interpretativa, no tanto en relación al requisito de inscripción, del que el TS pronto afirma su carácter meramente «formal», sino en cuanto a la consideración de «desempleado» de quien, sin solución de continuidad, cesa en un vínculo laboral previo y comienza uno nuevo, sin una situación intermedia de paro.

La resolución analizada, que cuenta con el Voto particular discrepante del Magistrado Sr. Bris Montes¹, desestima el recurso de casación unificadora in-

¹ Al que se adhiere el Magistrado Martínez Emperador.

terpuesto por la parte trabajadora frente a la STSJ Andalucía/Málaga de 24 de junio 1994, en autos promovidos por despido frente a la Diputación Provincial de Málaga, resolución que, revocando la de instancia, confirma la validez del cese de quien, coincidiendo con la finalización de un previo contrato de interinidad, suscribe al día siguiente un contrato de fomento de empleo tras cuya finalización reclamará por despido improcedente al entender convertida su relación laboral, por fraude de ley, en indefinida.

II. INTRODUCCIÓN

Con la sentencia comentada, el TS endereza el rumbo «oscilante» que, en relación a esta cuestión, mostraban pronunciamientos previos: unos, formales, alineados con la literalidad del precepto y otros, flexibles, cercanos a la finalidad evolutiva de la norma². El problema a resolver, en definitiva, era si se podía entender cumplido el requisito del artículo 1.1 del citado RD³, en los casos en que un trabajador terminaba un contrato temporal causal y al día siguiente era contratado por la misma empresa mediante la modalidad de fomento de empleo. La decisión a adoptar, es obvio, además de resolver las dudas sobre la validez de miles de contratos de fomento de empleo, iba a suponer, derivadamente, la calificación o no como improcedente, de su propia finalización.

III. COMENTARIO

1. Los hechos que motivaron el conflicto

El contexto fáctico es el de la contratación para el fomento al empleo precedida de una previa contratación temporal sin solución de continuidad, esto es, sin que exista propiamente una situación de desempleo que justifique técnicamente la aplicación de la citada modalidad contractual. En concreto, una trabajadora, inscrita en la Oficina de empleo en la modalidad de mejora de

² Destaca cómo el RD 1989/1994, con respecto a regulaciones previas, introduce criterios más flexibles y realistas de ordenación con los que evitar la rigidez que venía entorpecido la utilización de esta figura contractual basada en la temporalidad como «reclamo» para el empleo.

³ Norma que sería derogada por la Ley 10/1994, de 19 de mayo, si bien ello no determinó la desaparición del contrato de fomento de empleo, pues la figura continuó siendo regulada, para 1994, por la DA 6.^a de dicha ley y, para los años 1995 y 1996, respectivamente, por la Ley 42/1994, de 30 de noviembre y por el RD-ley 12/1995, de 28 de diciembre. Finalmente, el contrato sería suprimido por RD-ley 8/1997, de 16 de mayo.

empleo⁴, finaliza el día 16 de septiembre 1990 un contrato de interinidad, suscribiendo al día siguiente, 17 de septiembre de 1990, un nuevo contrato, esta vez bajo la modalidad de fomento al empleo; finalizado éste, demanda por despido al entender que el vínculo se transformó en indefinido, al fallar el presupuesto habilitante del contrato: haberse formalizado con una persona desempleada.

El trasfondo de éste, y de cientos de pleitos similares, es el mismo: la idea de que los contratos para el fomento del empleo podrían estar utilizándose para «estirar» al máximo la contratación temporal, una vez agotadas las modalidades causales.

2. La «oscilante» doctrina jurisprudencial previa

La divergencia previa a la unificación de doctrina era palmaria: unas Sentencias (véanse SSTs 15 de septiembre de 1989, 25 de enero de 1989, 21 de diciembre de 1992, 25 de enero de 1994) negaban la licitud del contrato de fomento, al fallar el requisito de la inscripción en desempleo, al que tildaban de elemento constitutivo o esencial de este tipo de contrato; mientras que otras coetáneas (por todas, SSTs 23 de octubre de 1992, 10 de mayo de 1994, 6 de octubre de 1995) consideraban «desempleado» al trabajador, simplemente por haber finalizado un contrato anterior, dispensándole de la obligación de inscripción en aquellos casos en que esta no se acreditase.

3. La opción de la doctrina unificada y su evolución posterior

El TS va a considerar que es conforme a derecho el contrato de fomento al empleo inmediatamente consecutivo a un contrato temporal causal llegado a su término, porque, atendiendo a la función de este segundo contrato desde una perspectiva «dinámica», se advierte que, pese a la falta de una situación puente de paro entre los dos contratos, este último ha cumplido efectivamente su función de fomento de empleo, pues sin él el trabajador hubiera cesado el día anterior; con respecto a la exigencia de inscripción, se indica que la misma está dirigida a acreditar la condición de desempleado, que identifica con la

⁴ Desde el comienzo de su argumentación, el TS «aparta» esta cuestión, deviniendo irrelevante, por tanto, que se trate de una inscripción plena o de una mejora de empleo, desde el momento en que la propia inscripción se considera un requisito accesorio.

persona laboralmente inactiva con voluntad de trabajo, de forma que la meritada inscripción acreditativa de lo indicado es solo un requisito adicional de control, no un requisito autónomo, por lo que no debe aplicarse con rigor formalista en casos como el presente, en los que no es cuestionable la persistencia de la voluntad de trabajo de quien al día siguiente al cese comienza una nueva prestación laboral⁵.

Dictada la anterior sentencia en Pleno, el rumbo se enderezó. Y así, muy pronto, la STS 23 de febrero de 1996 (rcud 3431/95) traía aquella a colación, afirmando el fin de la falta de uniformidad previa; la de 21 de mayo de 1996 (rcud 2771/95) la aplicaba para resolver la contradicción con una anterior de la propia Sala (la de 18 de julio de 1989), al igual que hacía la de 5 de julio de 1996 con respecto a la contraria de 10 de mayo de 1994; la STS de 15 de enero de 1997, en fin, habla ya de doctrina «reiterada», mientras que la de 13 de mayo de 1997, advierte de la pérdida del valor referencial a efectos del juicio de contradicción de las sentencias previas cuya doctrina, como es el caso, había sido variada ulteriormente⁶.

4. El voto particular

La sentencia cuenta con un interesante voto particular, que invita a pensar. El mismo asume que, desde el punto de vista individual del trabajador, es cierto que la celebración de cualquier contrato le previene de la situación de desempleo. Sin embargo, desde el punto de vista del colectivo de desempleados solo se puede asegurar que disminuya el desempleo como tal si se da empleo al que carece de él en cuanto desempleado efectivo, encontrándose inscrito en la oficina de empleo, pues «solo así se evita que sea contratado para fomento de empleo un trabajador que por sus relaciones, dotes o cualquier otra circunstancia individual pudiera haber celebrado otro tipo de contrato distinto» (en referencia clara al contrato indefinido). No podemos obviar que el RD 1989/1984, regulador de la contratación temporal como medida de fomento de empleo, autoriza la celebración de contratos cuya temporalidad no está justificada causalmente, tratándose de una excepción a la presunción de duración indefinida del contrato de trabajo. En este contexto, la previsión legal

⁵ Por lo demás, el requisito formal se podría cumplir con la inscripción como demandante de empleo y la inmediatamente seguida presentación del contrato en la oficina de empleo.

⁶ Lógicamente, las salas de duplicación amoldaron sus respectivos criterios a la doctrina unificada, tal y como se observa, por poner dos ejemplos, en la STSJ Navarra de 24 de julio de 1996 (núm. 370/1996) o la STSJ País Vasco de 30 de abril de 2001 (rec. 397/2001).

de desempleo inscrito cumpliría la finalidad y razón de ser de la norma, aumentando los puestos de trabajo al tiempo que disminuye el colectivo de desempleados; ello además dificulta que el contrato de fomento de empleo venga a sustituir a los contratos indefinidos, menos ventajosos para la empresa.

IV. APUNTE FINAL

La interpretación no formalista que se ha impuesto del artículo 1.1 RD 1989/1984 fortalece la tradicional aspiración empresarial de contratación temporal acausal, siendo evidente que la parte favorecida por dicha interpretación no literal del precepto no es el trabajador, sino el empleador, que impone dicho contrato, interesado en mantener los servicios de una persona concreta sin soportar las posibles contrapartidas posteriores de una relación laboral indefinida⁷.

No puede negarse que «materialmente», el día después de finalizar un contrato temporal, el trabajador es un parado al que un nuevo contrato de fomento salva del indeseado desempleo. Pero ello no tiene porqué equivaler a la pérdida del derecho a una «mejor» contratación, ajustada a la permanencia de las necesidades que se cubren.

Como indica Cavas Martínez⁸, no deja de ser un «sofisma» presentar como desempleado a quien nunca ha dejado de trabajar para salvar la licitud del contrato con él celebrado; si bien, frente a dicha consideración, también puede afirmarse –con la postura mayoritaria– que la visión del Voto particular tampoco previene la distorsión en la aplicación de la fórmula contractual ni garantiza la distribución del empleo, pues se limitaría a «obligar a las partes a un comportamiento formalista con objetivos meramente preventivos», bastando demorar un día la contratación para conseguir el mismo fin, añadiendo, sin embargo, costes de tramitación y de inseguridad.

Con todo, los efectos más «negativos» que se desprenden para el trabajador de aquella interpretación flexible, podrán «neutralizarse», en muchos casos, atendiendo a la secuencia de contratos temporales formalizados previamente, bastando con la identificación de uno en el que se haya incumplido sustancialmente su régimen jurídico (este sí, se entiende que de estricto cum-

⁷ OTXOA CRESPO, Isabel, y DE LA FUENTE LAVIN, Mikel, «La situación de desempleo del trabajador a contratar en la modalidad de fomento de empleo», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. IV, BIB, 1996/131.

⁸ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, «Jurisprudencia Social, Unificación de Doctrina», febrero 1996, *Revista Aranzadi Social*, p. 24.

plimiento), para presumir la fijeza del vínculo laboral y consiguiente improcedencia del cese, si se mantiene la esencialidad del vínculo, conclusión que la propia sentencia comentada contemplaría al advertir que no se cuestiona en el caso analizado la posible licitud del contrato temporal anterior y el efecto de esa eventual ilicitud sobre el posterior de fomento⁹.

⁹ Algo que sí hace en STS de 14 marzo 1997, rcud 1571/1996, en que inaplica la doctrina unificada precisamente porque el contrato precedente se consideró fraudulento al no especificar la causa habilitante.

ACEITUNAS HOY SÍ Y MAÑANA NO

M. BEGOÑA GARCÍA GIL

Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de mayo 1997 [ECLI: ES: TS: 1997:4426].

II. COMENTARIO

1. **El caso suscitado**

El presente recurso de casación para unificación de doctrina analizado se refiere a trabajadoras que han prestado servicios a la empresa demandada en diversos períodos y en virtud de diferentes modalidades contractuales. La actividad de la empresa es la de aderezo de aceituna, realizándose diversos trabajos como: escogida, guisado, envasado y etiquetaje.

La cuestión central es que las trabajadoras realizaron trabajos diversos cuya determinación del tiempo de trabajo se vinculó a la mayor o menor cantidad de pedidos de aceituna o tamaño, finalizando cuando se agotan los pedidos e iniciándose cuando existe un nuevo pedido.

Las trabajadoras demandan por despido a la empresa ante el cese acordado por terminación del contrato, alegando que, en atención al carácter cíclico de la actividad empresarial, son trabajadoras de carácter fijo discontinuo.

2. Relevancia del asunto

La relevancia del asunto se fija en que en la sentencia analizada de determinó que estamos ante una relación laboral fija-discontinua, ya que no hay obra o servicio determinado. Diferenciando claramente entre contratos fijos discontinuos y contratos eventuales. En concreto, se estableció que la relación laboral debía formalizarse mediante contrato fijo discontinuo porque la evolución de los pedidos de los productos de la empresa genéricamente determinados (los pedidos de aderezo de aceitunas) no constituye una obra o servicio determinado con autonomía y sustantividad propia dentro de su actividad.

Esta actividad en un desarrollo normal y genérico, sin un principio y un fin definidos objetivamente, que permitan diferenciar el objeto de los contratos del resto de la actividad de la empresa, ni siquiera se ha contratado para atender pedidos concretos, sino que se contrata «hasta la terminación de los servicios contratados propios de su categoría durante la campaña», cláusulas de los contratos obrantes en las actuaciones, por lo que el único dato de determinación, sobre la base de la aplicación de una labor típica del proceso productivo de la empresa, la selección de la aceituna, está en la campaña que se reitera anualmente. Se destaca también que no existe un supuesto de eventualidad, modalidad que trató de aplicarse inicialmente a una de las actoras, porque, aparte de que se hubieran infringido los límites temporales de esta figura, la contratación no se realizó para atender circunstancias excepcionales del mercado, acumulación de tareas o un exceso de pedidos, sino para participar en la actividad ordinaria de la empresa.

Como consecuencia el criterio determina que el despido debe declararse improcedente porque se alega una causa extintiva inexistente por el empresario, el vencimiento del término, con voluntad de declarar definitivamente extinguidas las relaciones laborales.

3. Doctrina sentada

Podemos establecer que la doctrina sienta los criterios determinativos que diferencian y limitan el contrato temporal y el contrato fijo discontinuo, distin-

guiendo claramente entre los dos tipos de contratos. Con ello es determinativo de la diferencia la necesidad de reiteración aunque sea por tiempos limitados.

En este sentido con características distantes¹, cabe establecer. Por un lado, la contratación temporal será posible cuando se realice para atender a circunstancias excepcionales u ocasionales, es decir, cuando la necesidad de trabajo es imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular. En otras palabras, «cuando la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular». Y, por otro lado, se puede utilizar el contrato fijo discontinuo cuando se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, esto es, a intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de cierta homogeneidad, de modo que responde a necesidades normales y permanentes de la empresa que se presentan, por lo regular, de forma cíclica o periódica. La existencia de un contrato fijo de carácter discontinuo cuando se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, o lo que es igual, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad»².

4. Evolución posterior

La doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1997 sirve de base en los siguientes años para establecer un camino referente en la materia que a continuación destacamos. Y que se centra, principalmente en la determinación de que la situación de hecho a la que responda la contratación fija discontinua sea cíclica y no meramente esporádica y aislada.

En este sentido en 1998³ se establecen las bases para determinar la condición de trabajador fijo discontinuo que se basa en la necesidad de carácter permanente y cíclica. En 1999⁴ la sala establece expresamente por la jurisprudencia que no es posible contratar bajo la modalidad de fijo discontinuo aquellas actividades que se encuentran condicionadas a la provisión anual de fondos o presupuestos públicos. De la misma forma en 2001⁵ se reiteró este pronunciamiento. En el 2002, la jurisprudencia estableció que correspondía

¹ SSTS de 15 de octubre de 2014, rec. núm. 492/2014; de 24 de octubre de 2012, rec. núm. 749/2012; de 22 de septiembre de 2011, rec. núm. 12/2011.

² SSTS de 30 mayo de 200 rcud 5315/05, 26 de mayo de 2008 rcud 3802/06, 21 de enero de 2009 rcud 1627/08, 14 de julio de 2008 rcud 2811/08 y 15 de septiembre de 2009 rcud 4303/08 entre otras.

³ STS de 25 de febrero de 1998 rcud 2013/1997.

⁴ STS de 5 de julio 1999 rcud 2958/1998.

⁵ STS de 30 abril 2001 rcud 9396/1996.

que la actividad docente en centros de enseñanza debía formalizarse por contrato fijo discontinuo y no mediante contrato eventual⁶.

Posteriormente en 2005⁷ respecto de las actividades que podían ser objeto de este tipo de contrato, se pronunció el Tribunal Supremo; aquellas actividades que se desarrollan a lo largo de todo el año sin más interrupción que el tiempo de vacaciones tienen que ser formalizarse con contrato fijo discontinuo. Sin embargo, cuando la necesidad de trabajo es extraordinaria procede el contrato de trabajo extraordinario⁸.

En 2010⁹ rechaza el Tribunal Supremo que pueda considerarse de naturaleza fija discontinua una relación «que se mantiene de manera ininterrumpida –sin solución de continuidad alguna– desde el año 1999», toda vez que «la regulación legal... excluye la sistemática y prolongada falta de solución de continuidad entre las campañas, en términos tales que nos encontremos en presencia de una actividad permanente que no intermitente, como la discontinuidad requiere por definición. La doctrina comporta el rechazo de tal naturaleza jurídica en relación laboral que se mantiene de manera ininterrumpida –sin solución de continuidad alguna– desde el año 1999.

De esta forma es destacable que en 2011¹⁰ se establece como propio de este contrato la actividad cíclica o periódica, considerada en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad. Siguiendo esta línea en 2012¹¹ se dictan dos sentencias con el mismo sentido. Con ello queda claro que corresponde contrato temporal cuando la necesidad de trabajo es extraordinaria o imprevisible y el de fijos discontinuos cuando tiene carácter permanente¹².

De forma sucesiva en 2013¹³ en algunos sectores de actividad se resuelve sobre las campañas que pueden «encadenarse» o sucederse sin interrupción, determinando que si esta continuidad se produce de manera sistemática y prolongada en el tiempo, corresponde el contrato indefinido de carácter ordinario y no al fijo discontinuo. De la misma forma que se vuelve a reiterar que para apreciar la condición de trabajadores fijos discontinuos ha de acreditarse: «el carácter permanente de la actividad, como consecuencia de una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, a intervalos temporales se-

⁶ STS de 27 marzo 2002.

⁷ STS de 20 abril 2005.

⁸ STS de 31 enero 2011.

⁹ STS de 15 de julio de 2010 rcud 2207/2009.

¹⁰ STS de 22 de septiembre de 2011 rcud 12/2011.

¹¹ SSTS de 24 de abril de 2012 y 22 de febrero de 2012.

¹² STS de 12 de marzo de 2012, rcud 2152/2011.

¹³ STS de 1 de octubre de 2013, rcud 3048/2012.

parados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad». Esa doctrina comporta, aquí también, «el rechazo de tal naturaleza jurídica en relación laboral que se mantiene de manera ininterrumpida –sin solución de continuidad alguna–, es decir, durante un largo período temporal...»¹⁴. Se matiza por la jurisprudencia en 2018¹⁵ de tal forma que no corresponde el contrato de obra determinada, sino el de fijos discontinuos, cuando la actividad, aunque limitada en el tiempo, no es de duración incierta.

En 2020¹⁶, siguiendo el camino, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo establece que es inherente al contrato fijo-discontinuo que haya cierta discontinuidad en el trabajo, esto es, intervalos temporales en los que no se presten servicios porque no haya trabajo que atender. Si el trabajo y las necesidades empresariales son prolongada y sistemáticamente ininterrumpidos y permanentes y dejan de ser intermitentes, el contrato muda su naturaleza¹⁷ de fijo-discontinuo a fijo continuo u ordinario, pues no hay discontinuidad, sino que hay continuidad. Como esta Sala ha recordado que ya ha dicho en las citadas SSTs 15 de julio de 2010 y 10 de octubre de 2013, «la regulación legal excluye la sistemática y prolongada falta de solución de continuidad entre (las campañas), en términos tales que nos encontremos en presencia de una actividad permanente que no intermitente, como la discontinuidad requiere por definición. Afirmando en último caso la Sala de lo Social del alto tribunal que es «seña de identidad» del contrato fijo-discontinuo la discontinuidad. Si, por el contrario, lo que existe de forma reiterada en el tiempo es una continuidad en la prestación de servicios, el contrato no podrá ser considerado fijo-discontinuo, y ello porque su real naturaleza será la de fijo o, si por contraposición prefiere decirse así, la de fijo continuo. En concreto, en esta sentencia se debate entre la celebración de un contrato fijo discontinuo o uno fijo continuo, la contratación de los recurrentes se entiende incompatible con la naturaleza y finalidad el contrato fijo discontinuo, pues los servicios prestados no son, de forma sistemática y reiterada en el tiempo, discontinuos, sino que son continuos y sin solución de continuidad, de ahí que el contrato apropiado sea el de fijo continuo.

III. APUNTE FINAL

La naturaleza del contrato fijo discontinuo se encuentra delimitada por la actividad a la que se refiere que debe ser: una actividad cíclica o periódica,

¹⁴ STS de 10 de octubre de 2013, rcud 3048/2012.

¹⁵ STS de 13 de febrero de 2018, rcud 3825/2015.

¹⁶ STS de 28 de octubre de 2020, rcud 4364/2018.

¹⁷ STS de 10 octubre de 2013, rcud 3048/2012.

considerada en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad¹⁸. La doctrina general sobre la unidad del vínculo contractual y los efectos derivados de la ruptura que pueda tener lugar durante los periodos de interrupción de la prestación de servicios, con la evidente particularidad de que se trata de trabajos cíclicos de temporada en los que se produce la cesación de servicios durante varios meses al año, considerando sin solución de continuidad las inmediatamente precedentes y sucesivas de una a otra anualidad.

¹⁸ STS de 15 de octubre de 2014, rec. núm. 492/2014.

EL DERECHO DEL TRABAJO Y LOS POBRES. DESPIDOS NULOS DE PORTERO DE FINCA URBANA Y DE SU ESPOSA

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET
Catedrático Emérito de la Universitat de Barcelona

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 marzo 1989 [ECLI: ES: TS:1989: 2132].

El TS estima el Recurso de Casación por infracción de ley interpuesto por don Simón y por su esposa doña Inés contra la sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 14 de las de Madrid, que casa y anula, estimando en parte las demandas promovidas por los recurrentes contra la Comunidad de Propietarios, declarando nulos los dos despidos, manteniendo la suspensión del contrato del primero de los recurrentes y readmitiendo de inmediato a su esposa con abono de los salarios dejados de percibir.

II. INTRODUCCIÓN

Se trata de un supuesto en el que se despide al portero (Simón) de una finca urbana de Madrid por el solo hecho de llegar a los 18 meses de Incapacidad Laboral Transitoria(en lo sucesivo ILT) a causa de enfermedad común (estando en ese momento en situación de Invalidez Provisional y en trámite de posible declaración de Invalidez Permanente), y se despide, implícitamente, a su vez, a su esposa (Inés), que se había encargado de la limpieza del edificio

durante esos 18 meses, sin contrato de ningún tipo, y ni afiliación, ni alta, ni cotización a la Seguridad Social, jugando en todo esto un papel errático el Administrador de la Finca en nombre de la Comunidad de Propietarios.

III. EL CASO PLANTEADO

1. Nos enfrentamos a un Recurso de Casación por infracción de ley contra una sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 14 de las de Madrid, que había conocido de la demanda sobre sendos despidos concatenados, estimándolos ambos procedentes.

2. Con fecha 25 de mayo de 1987, la Magistratura de Trabajo núm. 14 de Madrid, desestimó las demandas presentadas por el actor principal y su esposa, absolviendo de todos los pedimentos deducidos contra la Comunidad de propietarios, que eran los de readmisión de ambos esposos en las mismas condiciones que regían antes de producirse los despidos, con abono de los salarios de tramitación, y sin perjuicio, en caso de declarar la improcedencia y no la nulidad, de la opción prevista en el entonces artículo 56, apartado 1 del ET/1980.

3. El actor y portero (Simón) había prestado sus servicios como Portero de la Comunidad de propietarios, con plena dedicación, desde 1 de abril de 1966, por lo que en el momento del despido llevaba 21 años de trabajo y con un salario mensual de 90.000 pesetas. Según el artículo 7 de la vetusta OT de Empleados de fincas urbanas de 13 de marzo de 1973...» Se entiende incluido en la categoría de Portero con plena dedicación a la persona mayor de edad civil que, teniendo casa-habitación en el inmueble en el que preste sus servicios y cumpliendo los requisitos de capacidad determinados en esta OT, realice los cometidos señalados en la misma en virtud de contrato de trabajo y en forma de dedicación exclusiva. Para el cumplimiento de su cometido laboral se entenderá que el puesto de trabajo será tanto en la conserjería, mostrador etcétera, como desarrollando las funciones que son propias de su labor.

4. El 16 de febrero de 1987 (tras 18 meses de ILT¹) el actor solicitó el paso a la invalidez, sin que en el momento de la firma de la Sentencia de Magistratura existiera todavía pronunciamiento de las Comisiones de Evaluación.

5. El 26 de febrero de 1987 (a los diez días de alcanzado el plazo máximo de la ILT), la Comunidad de vecinos, a través de su Administrador, comu-

¹ Según el artículo 126.1.a) del TRLGSS, Decreto 2065/1974, de 30 de mayo (BOE de 20 de julio de 1974).

nicó al actor, sin más ni más, sin encomendarse a nadie, y mediante una extraña carta, lo siguiente:» Como usted conoce, con fecha 16 de febrero de 1987 se cumplieron los dieciocho meses de ILT constante de usted por enfermedad común. Como quiera que la Comunidad no se ha pronunciado sobre esta situación ¿?, cumplo la normativa –¿qué normativa?– de comunicarle fehacientemente ¿? que con esta fecha citada le doy de baja como trabajador de esta empresa y le comunicó que, si la Comunidad no le informa de otra cosa –¿increíble?–, tiene usted treinta días naturales para desalojar la vivienda que actualmente ocupa, según lo preceptuado por el artículo 41 de la OT de Empleados de Fincas Urbanas. Pasado el citado plazo estará usted en situación de precario con relación a la ocupación de la vivienda y sin ningún derecho a permanecer en ella».

6. Durante el tiempo que duró la ILT el actor percibió de la Comunidad demandada la totalidad del salario (90.000 ptas. mensuales), y a él se le encargó que alguien le sustituyese en la limpieza, tarea que encomendó a su esposa (Inés). O sea que la designación de quien hubiera de cubrir el servicio de limpieza quedaba en manos absolutamente del Portero en ILT, exigiendo que el mismo pagara a su esposa ¿?

7. En ningún momento (en 18 meses) se contrató formalmente a la esposa ni se le dio de alta en la seguridad social, ni se cotizó por ella, ni a ella le pagaba la Comunidad que se beneficiaba de sus servicios de limpieza durante los 18 meses. Como si el Administrador hubiera transferido los deberes de la empresa al Portero.

8. En resumidas cuentas: de las 90.000 pesetas que cobraba mensualmente el Portero en ILT, todo lo que superaba el subsidio de la ILT por enfermedad común, era para que pagara a la persona encargada de las limpiezas², cual si se tratara de un trabajador o auxiliar asociado del Portero de baja en ILT y nunca de una trabajadora al servicio de la Comunidad de Propietarios.

IV. EL RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY Y LA RELEVANCIA DEL DOBLE ASUNTO

1. Contra la increíble (derecho para los pobres) sentencia desestimatoria de la Magistratura de Trabajo núm. 14 de Madrid, se interpuso Recurso de casación por infracción de ley, al amparo de los arts. 167 y 214 de la LPL 1980 entonces vigente.

² No ha sido posible localizar el posible Convenio Colectivo del sector, si es que lo hubiera en tales fechas, y ello pese a haberlo intentado con los responsables legales de Madrid.

2. De los hechos probados de la sentencia de la Magistratura de Trabajo no se desprende en modo alguno que la Comunidad de propietarios del edificio ni el aquí cuestionado Administrador pusieran objeción alguna a que fuera la esposa (INÉS) del citado Simón quien se hiciera cargo de la limpieza del edificio mientras durase la enfermedad del Portero titular (les daba igual). O sea: sustitución consentida durante 18 meses, a ciencia y paciencia, pero sin asumir que era una trabajadora temporal de la Comunidad y no del Portero, y sin formalizar de ningún modo este contrato ante las autoridades laborales a efectos de su seguridad social. ¿No era papel del Administrador el haber regularizado esta situación?

3. De los hechos probados, obviamente, pues todo era tácito, no se desprende que existiera recibo alguno del cobro por parte de la esposa de la diferencia entre la prestación por ILT de su esposo y el total percibido mensualmente por el trabajador de baja, sino que simplemente se entendía embebido en las 22.500 pesetas mensuales de mejora lo que se retribuía a la esposa limpiadora. Al ser despedidos de esta forma (despido directo del Portero en trance de Invalidez Permanente y despido indirecto de la esposa) los dos esposos formularon sendas demandas por despido desestimadas por la citada Magistratura núm. 14. de las de Madrid, contra la cual se recurre.

4. Queda claro desde el principio que, pese a lo que se mantuviere por los demandados, no existió nunca, en modo alguno, una relación laboral entre los esposos, cual si se tratara por ej. de una auxiliar asociada (art. 10.3 ET). La sustitución operada por vía fáctica (como desentendiéndose del tema la Junta de Propietarios y el Administrador) era una suerte de contrato temporal de interinidad con quien se beneficiaba de los servicios de la trabajadora y con auténtica dejación de sus responsabilidades por parte del Administrador y de la Comunidad.

5. Como dirá la STS comentada, la comunicación del Administrador es ciertamente ambigua, por el carácter condicionado de la decisión, por la propia falta de precisión de ésta y por la referencia a la ausencia de un acuerdo definitivo de la Comunidad. Con todo, la literalidad de sus términos era suficientemente indicativa de una voluntad de extinción del vínculo frente a la que resulta proporcionada y normal la reacción del trabajador y de su esposa. La comunicación se emite por el Administrador de la Comunidad en actuación que no fue posteriormente desautorizada.

6. Se trata de calificar la comunicación del Administrador/ Comunidad como un despido y de sostener su nulidad, con la consiguiente censura jurídica de la sentencia de instancia, teniendo en cuenta que el contrato estaba suspendido con derecho a la reserva de plaza a causa de la ILT y que la esposa, aunque hubiera sido designada como suplente o interina por el mismo Portero/

esoso, a instancias de la Comunidad, no era trabajadora del Portero, sino de la Comunidad de Propietarios.

7. Según el artículo 45 del ET/1980 el contrato de trabajo podía suspenderse por, entre otras, las siguientes dos causas: 1.^a ILT y 2.^a Invalidez provisional de los trabajadores. Y tal suspensión comportaba la exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo. Y al cesar las causas legales de suspensión, el trabajador tendría derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado.

8. En el supuesto de ILT, cesa el derecho de reserva si el trabajador es declarado en situación de Invalidez permanente total o absoluta o gran invalidez, de acuerdo con las leyes vigentes sobre Seguridad Social. Por lo tanto, el contrato de trabajo no se había extinguido, según disponía el ET, pues se estaba, como poco, en situación de Invalidez provisional pendiente de la declaración o no de Invalidez Permanente.

9. Conviene advertir que la baja, impuesta por el Administrador y consentida tácitamente por la confiada Propiedad, como trabajador de la empresa, no fue una simple baja a los meros efectos de dejar de cotizar a la Seguridad Social ligada a la terminación de la situación de ILT y al inicio de la Invalidez provisional (art. 70.4 de la LGSS de 1974), ni tampoco puede interpretarse como el anuncio de una suspensión del contrato de trabajo, que ya había comenzado con la primera de esas situaciones. Era una suerte de expulsión, incluso de la vivienda, al margen de toda interpretación correcta del ordenamiento jurídico. Digo lo anterior porque a la comunicación de la baja se unía la exigencia imperiosa del desalojo de la vivienda con expresa mención del artículo 41 de la OT antes citada. Si el sentido de los términos de la comunicación es suficientemente explícito, pese a su desafortunada redacción, también hay que señalar que esos términos no contradicen la intención real de la Comunidad demandada evidenciada a través de sus actos posteriores a la carta, pues no consta que aquélla en algún momento con anterioridad a la contestación a la demanda aclarase el pretendido equívoco, precisando que mantenía la suspensión del contrato de trabajo, lo que pudo hacer desde el momento en que recibió la papeleta de conciliación.

10. ¿Qué problemas se plantearon en el recurso? El primero es el relativo al tipo y contenido de la comunicación recibida por el actor, con una denuncia de la infracción de los artículos 45.1.c), 49.5, 55.1, 55.6 del ET (1980) y del artículo 214 de la LPL (1980)

11. De modo anecdótico cabe recordar que, efectivamente la citada, vetusta y superada OT de Empleados de Fincas Urbanas, en su superado artículo 54 decía que «Si el Empleado de finca urbana con o sin plena dedicación

quedara temporalmente incapacitado, a consecuencia de enfermedad o accidente, tendría derecho a la reserva del puesto y a continuar, en su caso, durante dieciocho meses en el disfrute de la vivienda; transcurridos los mismos sin ser declarado en alta, la Propiedad podría rescindir el contrato de trabajo. Tal vez a esto se había acogido el Administrador, desconociendo el derecho vigente cuando tienen lugar los hechos, que negaba esta posibilidad de lanzamiento, pues era un simple portero al que se despedía.

12. Como muy bien aplicó la STS comentada, el despido por causa improcedente de un trabajador que, como el actor tenía suspendido su contrato de trabajo, determinaba la nulidad del acto extintivo conforme al artículo 56.6 del ET/1980, con los efectos previstos en el artículo 103 de la LPL/1980, o sea mantenimiento de la situación de suspensiva del contrato hasta la terminación de la misma por causa legal.

13. Acerca de la laboralidad de la relación de la esposa con uno o con otro, el motivo tercero del Recurso denuncia, en relación con la situación de la actora, la infracción de los arts. 1.1 y 8.1 del ET/1980, sosteniendo la laboralidad de la relación existente entre aquella y la Comunidad con las consecuencias que de ello se derivan y no con su propio esposo. Efectivamente no se trata de una suplencia total, sino solamente a efectos de la limpieza. O sea, sustitución parcial y pago en proporción ¿pero qué proporción?

14. Existió durante 18 meses y diez días una prestación efectiva y evidente de los servicios de limpieza de la actora (posiblemente incluso servicios de portería) y fue la Comunidad quien recibió esa prestación y se benefició directamente de la misma. Desconozco el número de horas trabajadas al día, a la semana, al mes o al año y qué cálculo se hizo (parece que ninguno) para retribuir adecuadamente o no a la trabajadora por sus servicios. Tampoco parece haber habido queja alguna por los servicios recibidos. El Administrador dice, o debió decir al trabajador en ILT: «la Seguridad Social te paga el subsidio y no trabajas, así que la cantidad que iba hasta tu sueldo real servirá para que tu retribuyas a quien tu quieras que haga la limpieza»: Y el portero elige a su esposa, que vivía y seguro cuidaría de la misma portería. El trabajador es instituido fácticamente como pagador, sin ser jurídicamente el empresario de su esposa.

15. Cabe recordar aquí la figura del auxiliar asociado del artículo 10.3 ET/1980, donde se prevé que, si el trabajador, conforme a lo pactado por escrito (inexistente), asociare a su trabajo a un auxiliar o ayudante, el empresario de aquél lo será también de éste. Antes bien cabe mejor pensar en el contrato de interinidad (art. 15 ET/1980) a tiempo parcial, ya que la jornada de la esposa era más reducida, pues solo se encargaba de la limpieza de la finca (posiblemente al vivir en la finca hiciera más funciones propias de la portería). Pero tal

contrato tampoco se formalizó como debería haber sido hecho y mandaba el art. 15 del ET/1980. Y en su consecuencia, debería incluso haber adquirido la condición de trabajadora fija al no haber sido dada de alta en la Seguridad Social, pues había transcurrido un plazo muy superior al del periodo de prueba (más de 18 meses). Aparte de otras responsabilidades de distinta índole.

16. El artículo 12 de la OT de los Empleados de Fincas Urbanas de 13 de marzo de 1974, señalaba que tendría la consideración de suplente aquel que fuera contratado expresamente para sustituir al fijo, en sus ausencias motivadas por enfermedad, permiso, vacaciones u otras causas que dejaran subsistente el vínculo laboral del ausente; cesando, sin derecho a indemnización, al reincorporarse el titular.

17. Como reconoce acertadamente el TS la laboralidad de la relación entre la actora y la Comunidad, lleva necesariamente a apreciar la existencia de otro despido implícito en la carta dirigida al trabajador(no existen dos cartas de despido), pues al extinguir el contrato con éste, que servía de base a la relación con su esposa y negar la existencia de esta relación sin cuestionar el cese efectivo de la prestación de servicios por parte de aquélla, se advierten los efectos propios de un acto extintivo que afecta a esta segunda relación. Ambos quedaban despedidos y expulsados de la vivienda o portería

18. Acierta y mucho el TS cuando declara que ambos despidos encadenados han de calificarse como nulos, el segundo por falta total del más mínimo requisito de comunicación personal que establecía el artículo 55.1 del ET/1980, con las consecuencias previstas en el núm. 4 de este mismo artículo, fijándose el salario a estos efectos en la diferencia entre la remuneración total del esposo de la actora y el importe legal de la prestación de ILT (90.000 ptas., 67.500 ptas., 22.500 ptas.).

19. Como dijera el artículo 55 del ET/1980 «... Será nulo el despido cuando el empresario no cumpliera los requisitos establecidos en el número uno de este artículo... El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir. Y el despido de un trabajador que tenga suspendido un contrato de trabajo se consideraría nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia».

V. FALLO Y DOCTRINA SENTADA

Procede, por tanto, la estimación del Recurso casando la sentencia recurrida y dictando un nuevo pronunciamiento con estimación parcial de las demandas en los términos que resultan de los precedentes fundamentos y en este sentido procede condenar a la Comunidad de Propietarios a mantener la situación

de suspensión del contrato por ILT/Invalidez provisional subsiguiente del demandante Don Simón hasta que finalice dicha situación por causa legal procedente y readmitir con carácter inmediato a D.^a Inés (su esposa) con abono a la misma de los salarios dejados de percibir, a razón de 22.500 ptas. mensuales.

Obviamente el TS no entra, pues no se plantea en el Recurso en las consecuencias colaterales derivadas del hecho de que durante más de 18 meses D.^a Inés no había sido dada de alta en la Seguridad Social, ni se había cotizado por ella. Queda por ver si esas 22.500 ptas. mensuales eran o no debidas a Don Simón como mejora o complemento del subsidio de ILT, en cuyo caso D.^a Inés nunca habría percibido pesetas algunas durante el tiempo que prestó los servicios de limpieza en la Finca. Otro tema es el de la responsabilidad por el desaguado organizado por este Administrador.

VI. APUNTE FINAL. VALORACIÓN

La STS comentada no puede parecerme más acertada en defensa, además, de una tipología de trabajadores abandonados, en aquellos tiempos más que ahora, a su suerte (asimilados a la peor situación del servicio doméstico histórico). Derecho de pobres. Pobres derechos. Increíble la sentencia de instancia, increíble el papel del Administrador e increíble el desinterés de la Comunidad de Propietarios.

**SENTENCIA FIRME POR EXCLUSIÓN DE LA BOLSA
DE EMPLEO: COSA JUZGADA POSITIVA (PERO NO NEGATIVA)
EN RECLAMACIÓN RELATIVA A PERIODO DIFERENTE**

JESÚS GARCÍA ORTEGA
Catedrático de la Universidad de València

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2013 (RCUD 1917/2012). [ECLI: ES: TS:2013:1818].

Recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 3 de abril de 2012, en el recurso de suplicación núm. 414/12, interpuesto frente a la sentencia dictada el 23 de junio de 2010 por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Elche, en los autos núm. 370/10, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.E., sobre tutela de los derechos fundamentales de igualdad y tutela judicial efectiva.

II. INTRODUCCIÓN

La Resolución de la Dirección General de Trabajo de 11 de mayo de 2004 dispuso la inscripción en el registro y publicación de los Acuerdos de 27 de febrero de 2004 de desarrollo del I Convenio Colectivo citado (*BOE* de 28 de mayo de 2004), cuyo Anexo III integra el Acuerdo sobre el procedimiento y la normativa de contratación del personal laboral temporal en la Sociedad Estatal

de Correos y Telégrafos, S.A., en el que constaba como requisito para formar parte de la bolsa de empleo «no haber sido despedido ni indemnizado por despido en Correos y Telégrafos» (apartado 5.5), siendo ese, también, motivo de «decaimiento del aspirante de las bolsas en las que se figure» (apartado 8.1). Este acuerdo derogaba el publicado el 8 de enero de 1993, que contenía reglas similares, y afectaba a las convocatorias posteriores al mismo.

Estos acuerdos adoptados en el ámbito de una empresa pública que requiere un número elevado de trabajadores dieron lugar desde su constitución a una abundante litigiosidad centrada, especialmente, en la aplicación de los requisitos de acceso y de excusión antes transcritos. La bolsa de empleo se configuró como un procedimiento de colocación específico y de reparto de empleo, atribuyendo un derecho de llamamiento en función del lugar ocupado en la lista. La aplicación de estas reglas de origen convencional suscitaba serias dudas sobre su adecuación a la ley en materias como el encaje causal de los contratos temporales que se celebraban y, especialmente, sobre los efectos de una sentencia de despido sobre el derecho a permanecer en la bolsa, que es la cuestión de fondo que subyace en la resolución comentada¹. En este sentido, la jurisprudencia consideró a propósito del Acuerdo de 1993 que una sentencia de despido no podía producir respecto de las listas de espera «unos efectos que no aparecen en precepto alguno. Obtenida sentencia declarando improcedente el despido del trabajador y efectuada la opción por el empleador a favor de la indemnización, una vez abonada, el contrato queda definitivamente resuelto a todos los efectos. Pero el trabajador no queda, ni puede quedar, incapacitado para volver a ser contratado por el mismo empleador», por lo que la exclusión se declaró ilegal y se confirmó la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la AN en proceso de conflicto colectivo que reconocía «a los trabajadores despedidos que hayan obtenido sentencia firme declarando la improcedencia y que hayan percibido la correspondiente indemnización, tienen derecho a volver a ser inscritos en las listas de espera» (STS de 23 junio de 1997, rec. 1706/1996).

Contra el Acuerdo de 27 de febrero de 2004 antes transcrito se promovió proceso conflicto colectivo que concluyó mediante STS de 9 de marzo de 2007, rec. 108/2005, en cuyo fallo declaró «el derecho de los trabajadores de la empresa demandada que hayan visto rescindido su contrato con el percibo de una

¹ Vid. CARDENAL CARRO, M., «Ilegalidad de la exclusión de la bolsa de trabajo de Correos y Telégrafos, S.A., tras despido indemnizado: no caben planes de fomento del empleo alternativos», *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 4/2007, BIB 2007/662, p. 6 de 7; CARDENAL CARRO, M., «Las denominadas “listas de espera” para la contratación, especialmente en el organismo autónomo de Correos y Telégrafos. [STSJ País Vasco de 17 febrero de 1998]», *Aranzadi Social* 1/1998, BIB 1998/390, p. 2 de 6.

indemnización, sea en proceso por despido, sea en acto de conciliación previo al proceso, a no ser excluidos de la Bolsa de Empleo de la demandada por tal causa», si bien en su fundamentación jurídica tan solo admitió su injustificado y contrario al artículo 14 CE, pero no admitió que el Acuerdo fuera contrario al derecho fundamental de tutela judicial efectiva, en su manifestación de garantía de indemnidad, aduciendo que la efectividad del mismo requiere que la relación laboral sea efectiva y actual, hecho que no concurre cuando ésta ya no está vigente, sino que se ha extinguido cobrando el trabajador la indemnización convenida o señalada judicialmente. No obstante, la citada STS de 9 de marzo de 2007 fue aclarada «a efectos doctrinales» por la STS de 30 de octubre de 2007, rec. 4295/2005 (Ponente Aurelio Desdentado Bonete), considerando de un lado, que la anterior STS de conflicto colectivo despliega el efecto positivo de cosa juzgada sobre los procesos individuales que versen sobre el mismo objeto, pero su efecto normativo solo vincula a la parte dispositiva y no a las consideraciones jurídicas, «que no entran en el efecto positivo de la cosa juzgada»², estableciendo que sí existió vulneración de la garantía de indemnidad porque no es necesario que la medida de represalia se produzca durante la vigencia del contrato; de otro lado, rebate la justificación empresarial de la exclusión de la lista: el abono de la indemnización por despido repara el daño por la pérdida del empleo, pero no compensa el daño que supone la exclusión de cara a conseguir un nuevo empleo en la misma empresa; tampoco se puede justificar en la libertad de contratación, que fue voluntariamente limitada por el Acuerdo colectivo, por el que la empresa se comprometía a contratar respetando el orden o posición en la bolsa. En resumen, «no está... aquí en juego la libertad de contratación sino la introducción de un criterio de selección que vulnera un derecho fundamental reconocido en la Constitución Española».

El supuesto de hecho de la sentencia comentada tiene como trasfondo la problemática en torno a la exclusión de la bolsa de empleo de Correos: la trabajadora recurrente ya obtuvo una sentencia estimatoria firme que condenó a la empresa al pago de una indemnización de daños y perjuicios por su exclusión durante un determinado periodo (STSJ Comunidad Valenciana de 4 de 2008, rec. 1841/2008). La cuestión que se aborda es determinar si aquella sentencia despliega el efecto negativo de la cosa juzgada respecto a su exclusión en un periodo posterior, como sostiene la sentencia recurrida (STSJ Co-

² No obstante, el propio Aurelio Desdentado da cuenta de precedentes (STS de 29 de mayo de 1995) en la Sala en que a propósito del alcance del efecto positivo de la cosa juzgada se consideró que no se limitaba a la decisión incorporada al fallo, sino que se extendía también a los elementos condicionantes de esa decisión, *vid.* DESDENTADO BONETE, A., «Dos visiones de la cosa juzgada», *Diario La Ley* núm. 6743, 26 de junio de 2007, pp. 1943-1944.

munidad Valenciana de 3 de abril de 2012, rec. 414/2012), o el efecto positivo, como afirma la sentencia de contraste (STSJ Comunidad Valenciana de 14 de febrero de 2012, rec. 139/2012).

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

Tras el cese de la actora en fecha 28 de febrero de 2005 y la posterior interposición de demanda por despido, la demandada la excluyó de las listas de espera. En fecha 22 de julio de 2005 se convocó a constitución de bolsas de empleo destinadas a la cobertura temporal de puestos base, etc.; uno de los requisitos para participar era no haber sido despedido ni indemnizado por despido por la Empresa, por lo que la actora fue rechazada. Tampoco fue admitida para participar en la prueba de selección para contratación de personal fijo convocada el 30 de junio de 2006, porque era requisito estar inscritos en cada bolsa de empleo temporal. Presentada de tutela de derechos fundamentales, la Sentencia del Juzgado de lo Social de fecha 12 de diciembre de 2007 declaró que la exclusión constituía vulneración del derecho fundamental a la igualdad, declaraba el derecho de la demandante a acceder a la bolsa de contratación y al pago de una cantidad en concepto de daños y perjuicios desde la fecha de la exclusión hasta la fecha de la sentencia, descontando el periodo en que percibió prestaciones por desempleo; no concede la sentencia de instancia la petición de abono del salario diario desde la fecha de la sentencia hasta su reintegro en la bolsa de empleo porque «no es posible valorar en este momento los perjuicios que pueda sufrir la actora en dicho periodo en la medida en que no se conoce si prestará servicios para otras entidades y si en consecuencia sufrirá o no una merma de ingresos, todo ello sin perjuicio de que la actora pueda formular en un futuro nueva reclamación por este periodo». La sentencia de suplicación (4 de diciembre de 2008) estima parcialmente el recurso de la demandante, revoca la sentencia recurrida en el sentido de considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, incrementa la cuantía de la indemnización y condena a la entidad demandada a que realice a la actora la prueba de selección en las mismas condiciones que hubo en la convocatoria de 30 de junio de 2006.

No habiendo prosperado la petición de condena de futuro, la trabajadora excluida presentó nueva demanda de tutela de derechos fundamentales por su exclusión de la bolsa de empleo en el periodo comprendido entre 12 de di-

ciembre de 2007 y 28 de junio de 2008, día de su inclusión en a bolsa. La sentencia de instancia (de 23 de junio de 2010) condenó a la demandada a la demandada al abono de una indemnización, pero la sentencia fue revocada por la Sentencia recurrida (de 14 de febrero de 2012) considerando que «no es posible plantear nuevamente una petición de tutela para reclamar una indemnización derivada de una anteriormente resuelta».

2. Doctrina sentada

La cuestión que resuelve la sentencia comentada consiste en determinar si en la segunda reclamación por los mismos conceptos que en la primera, que había sido resuelta por sentencia firme, despliego sus efectos la cosa juzgada en su vertiente negativa tal como resuelve la resolución recurrida, o en su vertiente positiva.

La cosa juzgada material consiste en la vinculación que produce en otro proceso la parte dispositiva de la sentencia; se distingue un efecto negativo o preclusivo y el efecto positivo o prejudicial. La cosa juzgada en su vertiente negativa excluye «un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo» (art. 222.1 LEC). El efecto positivo no impide un ulterior proceso, pero «lo resuelto con fuerza de cosa juzgada vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal» (art. 222.4 LEC). Como pone de manifiesto la sentencia comentada, en los supuestos de reclamaciones por los mismos conceptos por periodos diferentes se produce el efecto positivo de la cosa juzgada, pero no el negativo o excluyente. Porque, aunque se produzca identidad subjetiva y en los fundamentos jurídicos, no concurre la identidad objetiva, porque «al ser distintos los periodos reclamados, elimina el efecto negativo de la cosa juzgada», debiéndose apreciar el positivo; es decir, la divergencia entre los periodos objeto de la respectiva reclamación rompe la identidad objetiva que impide el efecto negativo de la cosa juzgada. El momento preclusivo marca el límite temporal de la cosa juzgada³;

³ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal civil*, vol. I, Parte general, Madrid, 1976, p. 453. No siendo vinculantes los fundamentos jurídicos, en materia laboral se habla del «momento preclusivo de los hechos» y se fija en el escrito de conciliación o mediación, salvo los hechos nuevos que no hubieran podido conocerse con anterioridad [art. 80.1.c) LRJS], *vid.* NOGUEIRA GUASTAVINO, M., «Límites del efecto negativo de la cosa juzgada y proceso social», en AA.VV. *El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 721.

pero lo resuelto en un pleito anterior «no es inmodificable indefinidamente pues, si cambian las circunstancias, no opera la presunción legal...» (STS de 5 mayo de 2021, rec. 3397/2019).

3. Evolución posterior

La jurisprudencia sobre el efecto positivo de la cosa juzgada en caso de reclamaciones por los mismos conceptos referidas a periodos diferentes se ha mantenido con carácter general sin fisuras. Lo mismo cabe indicar de la doctrina sentada sobre el incumplimiento de las obligaciones de contratación a través de la bolsa de empleo y la determinación de la indemnización (STS de 4 de abril de 2019, rec. 682/2018). En fin, otros aspectos relativos a las bolsas de empleo sobre los que se ha pronunciado la jurisprudencia han sido el *dies a quo* del plazo de prescripción para reclamar la indemnización de daño y perjuicios por indebida exclusión, que se ha fijado en la fecha en que adquiere firmeza la sentencia que reconoce al actor el derecho (STS de 1 de octubre de 2019, rec. 672/2019). Quizá en estos casos de «daños continuados» habría que fomentar las acciones de futuro (art. 220 LEC) aunque no supongan una reacción frente a un daño actual (STS de 10 de junio de 2009, rec. 1333/2008).

IV. APUNTE FINAL

Con la desaparición de Aurelio Desdentado hemos perdido un sabio del derecho y de tantas otras cosas. Su carácter de trabajador infatigable nos ha dejado una amplia obra que nos acompañará siempre; en este sentido, mi gratitud por su colaboración cuando se la pedí. Mi filiación granota me proporcionó la ocasión de acompañarlo a cenar tras un acto académico, aprovechando que el otro club de València disputaba un partido histórico y convocó a la mayoría; guardo un recuerdo imborrable de esa larga velada.

COTIZACIÓN POR GUARDIAS MÉDICAS. ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE

BELÉN GARCÍA ROMERO

Catedrática de la Universidad de Murcia

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2002 (RCUD 1184/2001) [ECLI: ES: TS:2002:3037]. Voto Particular: Formulado por el Magistrado, Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde, y al que se adhieren los Magistrados Excmos. Sres. D. Luis Ramón Martín Garrido, D. Juan Francisco García Sánchez y D. Joaquín Samper Juan.

II. INTRODUCCIÓN

La determinación del modo en que ha de realizarse la cotización del personal facultativo en los periodos de guardias médicas no es abordada en el fondo por el Tribunal Supremo en la sentencia comentada, al declarar de oficio la falta de jurisdicción del orden social para conocer de la pretensión deducida en la demanda.

Así, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, planteado por el sindicato del personal sanitario CEMSATE, contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana, de 12 de marzo

de 2001, lleva al Alto Tribunal a examinar de oficio, con carácter previo, dos cuestiones de orden público procesal. De un lado, la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de esta pretensión y, de otro, la adecuación del procedimiento de conflicto colectivo utilizado en lo que se refiere a las pretensiones de Seguridad Social que afectan a las prestaciones.

Mientras que la Sala mantiene una posición unánime sobre la segunda cuestión previa señalada, en cambio, la cuestión competencial es objeto de un voto particular discrepante con el pronunciamiento de la mayoría.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

La cuestión de fondo que se plantea en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si el personal facultativo que desempeña mediante nombramiento la prestación de servicios de atención continuada fuera de la jornada establecida con carácter general (médicos de atención primaria) o de guardia (facultativos de atención especializada) tiene o no derecho a que todo el tiempo en que prestan servicios se considere tiempo de trabajo efectivo con derecho a la retribución del mismo como jornada ordinaria, con cotización íntegra a la Seguridad Social por el tiempo total trabajado hasta que se produzca su cese.

Se alega que dicho personal trabaja un total aproximado de 170 o 190 horas al mes en 10 o 12 guardias, de 17 o 24 horas, y que no son retribuidos de forma ordinaria, sino exclusivamente por complemento de atención continuada, cotizando únicamente por los días que realizan guardias, sin percibo de pagas extraordinarias, ni bajas por maternidad ni días de libre disposición por asuntos propios. Por ello, se pide, entre otras cosas: 1) que el horario que realizan se considere en su totalidad tiempo de trabajo, con retribución como jornada ordinaria y cotización íntegra a la Seguridad Social hasta que se produzca su cese; 2) derecho a bajas por incapacidad temporal, prestaciones de incapacidad permanente, etc.

Dicha demanda fue desestimada en la instancia, y contra la misma se interpone el presente recurso de casación. Pero antes de entrar en el mismo la Sala de lo Social del Tribunal Supremo considera que ha de examinar de oficio dos cuestiones de orden público procesal: la primera se refiere a la competencia del orden jurisdiccional social para conocer la pretensión relativa a la forma cómo ha de realizarse la cotización del personal incluido en el ámbito del

conflicto. La segunda cuestión se refiere a la adecuación del procedimiento de conflicto colectivo utilizado en lo que se refiere a las prestaciones de Seguridad Social que afectan a las prestaciones de incapacidad temporal y permanente.

2. Relevancia del asunto

Una cuestión de gran trascendencia desde el punto de vista de la competencia de los órdenes jurisdiccionales es la de determinar cuál es el competente para resolver las controversias sobre recaudación y sobre declaración de la existencia de la obligación de cotizar o la determinación del importe y alcance de las cotizaciones: ¿el social o el contencioso-administrativo?

En este litigio, la delimitación del ámbito competencial del orden social de la jurisdicción se plantea estando vigente la anterior norma procesal: La Ley de Procedimiento Laboral de 1995 (LPL de 1995). Dicha cuestión ha suscitado numerosos problemas interpretativos que ha forzado a la doctrina científica y jurisdiccional a tratar de precisar los límites entre distintos órdenes competenciales.

Precisamente, la resolución de esta situación es uno de los objetivos declarados en la Exposición de Motivos de la actual Ley Rituaria, que trata de acometer mediante una ampliación, racionalización y clarificación del ámbito de conocimiento del orden jurisdiccional social.

La vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS de 2011) define de manera más descriptiva que la precedente LPL el ámbito competencial del orden social, aunque en líneas generales, y con algunas excepciones (señaladamente, la LRJS no excluye la cobertura de la prestación de incapacidad temporal) no altera las fronteras entre el orden social y el contencioso administrativo marcadas por la anterior ley de ritos.

3. Doctrina sentada

Sobre la competencia del orden jurisdiccional social para conocer la pretensión relativa a la forma cómo ha de realizarse la cotización del personal incluido en el ámbito del conflicto.

La Sala considera que el problema a resolver es el alcance de la expresión gestión recaudatoria contenida en el artículo 3.1.b) LPL, y lo hace aplicando la doctrina mayoritaria (STS de 21 septiembre 1987, 20 julio 1990 y otras muchas posteriores), cuyo criterio consolidado es el de entender que la actividad

recaudatoria debe entenderse en sentido amplio, como una actividad que, en el ámbito de las relaciones de cotización y a diferencia de lo que ocurre con la acción protectora, comprende todos los actos de declaración de la deuda y de fijación de su importe (liquidación). Concluye señalando que la jurisdicción en esta materia corresponde al orden contencioso administrativo.

Sobre este pronunciamiento mayoritario de la Sala se formula voto particular por el Magistrado, Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde, y al que se adhieren los Magistrados Excmos. Sres. D. Luis Ramón Martín Garrido, D. Juan Francisco García Sánchez y D. Joaquín Samper Juan. De acuerdo con el mismo, la determinación de la cotización a la Seguridad Social por el tiempo total trabajado hasta el cese de los facultativos en las guardias médicas es una cuestión cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción social. El punto de partida de su razonamiento es que, en materia de Seguridad Social, la competencia de la jurisdicción social es la regla mientras que la del orden contencioso-administrativo es excepcional o limitada. Entiende que los actos de declaración y determinación de cotización a la Seguridad Social no deben considerarse actos de recaudación o de gestión recaudatoria propiamente dicha, porque se trata de actos previos que afectan no a derechos o intereses instrumentales relativos a la provisión de medios de financiación del sistema de protección, sino al propio derecho a prestaciones de Seguridad Social.

Sobre la adecuación del procedimiento de conflicto colectivo utilizado en lo que se refiere a las prestaciones de Seguridad Social que afectan a las prestaciones de incapacidad temporal y permanente.

La Sala declara que el procedimiento de conflicto colectivo que ha seguido el sindicato demandante no es adecuado para hacer valer pretensiones sobre reconocimiento del derecho a prestaciones de incapacidad temporal y permanente, ya que, de acuerdo con el artículo 151 LPL (actual artículo 153 LRJS), dicho proceso se ha de limitar a las reclamaciones de los trabajadores (a través de representaciones colectivas) frente a los empresarios, y viceversa. Esta contraposición de empresarios y trabajadores no se da cuando, como sucede en el caso, el objeto de la pretensión es la acción protectora del régimen público de la Seguridad Social. La vía a utilizar en estos casos, tal y como se establece en la sentencia, es el proceso de Seguridad Social.

4. Evolución posterior

La jurisprudencia posterior confirma que, con arreglo al artículo 3.1.b) LPL y 3.f) LRJS, están excluidas del ámbito de la jurisdicción social no solo las

controversias sobre recaudación en sentido estricto, sino todas aquellas que tengan por objeto la declaración de la existencia de la obligación de cotizar o la determinación del importe y alcance de las cotizaciones, sin que el hecho de que no exista un acto administrativo previo de liquidación contra el que se recurra altere la regla de competencia que rige también cuando la reclamación de cotización se dirige frente al empresario para que este proceda al abono de las cotizaciones que se estimen procedentes. Tal pronunciamiento se recoge en la SAN, Sala de lo Social de 26 de julio de 2016, con cita de diversas sentencias del Tribunal Supremo¹.

De otro lado, el Magistrado que formuló el voto particular en contra del pronunciamiento mayoritario —el Excmo. Sr. Antonio Martín Valverde— en STS de 26 de diciembre de 2006 (rec. 2444/2005), declaró de oficio la falta de la jurisdicción del orden social para conocer de la pretensión deducida en la demanda que se refiere a determinación de la cotización a la Seguridad Social por el tiempo total trabajado por el personal sanitario que trabaja por cuenta del Servicio Andaluz de Salud. Explica que la referida cuestión competencial ha sido resuelta por la Sala de Conflictos de Competencia jurisdiccional del Tribunal Supremo (Auto de 20 junio 2005; rec. 48/2004) y por la Sala de lo Social del propio Tribunal Supremo², atribuyendo la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa cuando el planteamiento de la controversia ha tenido lugar después de la entrada en vigor de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal sanitario de los servicios de salud. La razón principal es la naturaleza administrativa de la relación del personal estatutario con la Administración sanitaria, cuya generación, desarrollo, efectos y extinción se sujeta al derecho administrativo y, en consecuencia, los conflictos que surjan entre las partes quedan sujetos a la revisión por la jurisdicción contencioso-administrativa.

IV. APUNTE FINAL

La jurisprudencia coincide en atribuir la competencia al orden contencioso-administrativo para resolver las controversias acerca de la determinación de la obligación de cotizar referido al personal facultativo, ya sea en base a la naturaleza de la relación del personal estatutario, tras la aprobación de la

¹ STS, Sala IV, de 18 octubre de 2004 (rec. 269/2003), con cita de las de 10 noviembre 2003 (rec. 3546/2002), 22 diciembre 2003 (rec. 3693/2002) y 29 abril 2002 (rec. 2760/2001).

² SSTS, Sala IV, de 16 diciembre 2005 (rec. 39/04) dictada en Pleno; 21 diciembre 2005 (rec. 4758/04) y 14 febrero 2006 (rec. 5359/04).

Ley 55/2003, ya sea haciendo una interpretación amplia del concepto de gestión recaudatoria, como sucede en la sentencia comentada (y en otras anteriores y posteriores que reiteran esta doctrina). El criterio de la incompetencia de la jurisdicción social para conocer las cuestiones relacionadas con la gestión recaudatoria, entre las que se incluyen la recaudación en periodo voluntario de las cuotas es incorporado en el vigente artículo 3.f) LRJS, en el mismo sentido del Auto del Tribunal Supremo de 10 diciembre de 2005 (rec. 1619/2005), que reitera la doctrina establecida en la sentencia aquí comentada (STS de 29 de abril de 2002).

RELACIÓN ENTRE LA FINALIZACIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y EL DESPIDO

JORDI GARCÍA VIÑA
Catedrático de la Universidad de Barcelona

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1991 (RCUD 1075/1990) [ECLI: ES:1991: 5583].

II. INTRODUCCIÓN

La sentencia plantea la compleja relación que aún existe en la actualidad entre las prestaciones de Seguridad Social, concretamente el hipotético paso de la incapacidad temporal a la incapacidad permanente y la consecuencia en cuanto a la pervivencia del contrato de trabajo.

Este es un tema que viene ocasionando muchos conflictos jurídicos, que afectan tanto a la empresa, como al trabajador y a la propia Seguridad Social y que combina aspectos económicos, en relación con quien asume el pago de la prestación de incapacidad temporal y jurídicos, en cuanto a la pervivencia de la suspensión del contrato de trabajo, así como de los efectos que se derivan de dicha situación.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

El trabajador se encontraba en ILT desde el 3 de junio de 1989, y, recibió en 1 de diciembre de 1989, comunicación de alta médica proveniente del INSS,

de 28 de noviembre, en la que se le indica puede realizar su trabajo habitual. Recurrida la comunicación por el trabajador, el INSS se ratifica en Resolución de 22 de enero de 1990, el cual reclama contra dicha resolución del INSS ante la Jurisdicción de lo Social, mediante demanda.

Por otra parte, y con fecha 7 de diciembre de 1989, el INSS comunica el trabajador que se instruye expediente para determinar si se halla afectado de algún grado de incapacidad y que, a partir del 1 de enero de 1990, se le abonará el subsidio de ILT por la Dirección Provincial del INSS, dejando de percibirlo por cuenta de la empresa.

El 28 de diciembre de 1989, por Resolución del INSS se le deniega situación de invalidez permanente en cualquiera de sus grados; formulada reclamación previa por el trabajador es denegada por Resolución del INSS de 8 de febrero de 1990, de lo que se sigue demanda.

Por otra parte, en fecha 7 de diciembre de 1989, se había comunicado por el INSS a la empresa que, precediéndose por dicha entidad a tramitar expediente de invalidez del trabajador, debería dejar de abonar al mismo el subsidio de ILT, cuyo pago delegado venía asumiendo, por hacerlo directamente el INSS a partir de enero de 1990, y ya no podrá seguir deduciendo la empresa dicha prestación de sus cotizaciones.

En consecuencia, la empresa comunica al trabajador el 27 de febrero de 1990, que con fecha 5 de diciembre de 1989 se ha cursado baja voluntaria en la Seguridad Social debido a su incomparecencia al trabajo desde citada fecha por haber sido denegada su invalidez permanente con fecha 26 de diciembre de 1989.

2. Relevancia del asunto

La relevancia se acota al problema de determinar si el acto administrativo que pone fin a la ILT ha de ser o no firme para desplegar efectos sobre la suspensión del contrato de trabajo, sin valorarse otros aspectos que pudieran haber afectado a la determinación de si la falta de reincorporación al trabajo puede considerarse como una actuación suficientemente concluyente a efectos de apreciar una voluntad tácita de desistir de la relación o a la eventual existencia, pese al alta médica y a la resolución recaída en el expediente de invalidez permanente, de una situación efectiva de incapacidad temporal que impidiera la reincorporación al trabajo, por lo que el debate se refiere al artículo 45.1.c) y no al artículo 49.4, en ambos casos, del Estatuto de los Trabajadores.

Planteada la cuestión, la sentencia entiende que no existe una doctrina suficientemente consolidada, ofreciendo hasta 6 opiniones en sentencia diversas y finalizando con un extracto de la sentencia de 15 de noviembre de 1990 que admite como válida, según la cual, las resoluciones administrativas son inmediatamente ejecutivas sin que las reclamaciones judiciales que contra las mismas procedan suspendan su ejecución por lo que «la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social que dio por concluida la invalidez provisional, sin sujeción a invalidez permanente alguna no quedó suspendida por las posteriores reclamaciones de la empresa contra ella».

3. Doctrina sentada

Los actos administrativos tienen una presunción de validez que hacen su cumplimiento necesario y directamente ejecutivo, por lo que la declaración contenida en el acto que define una situación jurídica crea inmediatamente esa situación sin perjuicio de lo que pueda resultar de su revisión. Esta eficacia inmediata del acto es una cualidad distinta de su firmeza y no se funda en ella y su ámbito de aplicación es el de las prestaciones de Seguridad Social.

Tiene, sin embargo, una proyección indirecta en el contrato de trabajo, porque el artículo 45.1.c) ET se remite a dos situaciones protegidas por la Seguridad Social y dentro de esta ha de atribuirse el mismo alcance al acto que declara la iniciación de la situación protegida que al que establece su terminación por la concurrencia de una causa legal. El problema en materia laboral consiste en determinar si existe o no una situación de incapacidad que impida la prestación de trabajo. Lo que ocurre es que el acto administrativo, al extinguir la situación de ILT, priva en principio de justificación a la incomparecencia al trabajo de la misma forma que la baja había otorgado inicialmente esa justificación. El empresario puede, por tanto, deducir las consecuencias extintivas –disciplinarias o en orden a la concurrencia de un desistimiento– que derivan de esa falta de justificación y el trabajador, que ha de prevenir la eventual apreciación de un desistimiento, cuya concurrencia o no habrá de valorarse en cada caso, manifestando su voluntad de mantener la relación, debe también, si quiere conservar la suspensión, destruir los efectos reflejos de la resolución administrativa acreditando que, pese al alta médica o a la resolución del expediente de invalidez sin declaración de incapacidad permanente, subsiste una situación de incapacidad temporal que impide la reincorporación al trabajo.

Finalmente, concluye que lo que no cabe es entender que por la simple impugnación de las resoluciones administrativas se mantiene automáticamente la suspensión del contrato hasta que se produzca una decisión judicial firme y ello porque frente a la desaparición de la justificación de la incomparecencia no basta la impugnación de una resolución administrativa en una relación externa a la laboral, sino que el trabajador ha de desarrollar, con la diligencia exigible en cada caso, una conducta positiva en orden a informar al empresario de la impugnación y a acreditar la subsistencia de una incapacidad temporal para el trabajo ofreciendo en su caso los medios para la verificación de esa situación por la empresa.

Frente a esta sentencia, se formula voto particular en base a la naturaleza extraordinaria y excepcional del recurso de casación para la unificación de la doctrina, la falta de identidad o respecto al fondo del asunto, al afirmarse que el «abandono voluntario nunca existió, pues el trabajador no hizo manifestación expresa en tal sentido, sin que la versión judicial de los hechos quepa deducir voluntad tácita con esta significación, ya que lo único que en ellos consta es que el hoy recurrente no se reincorporó, después de recibir el alta médica como tampoco a partir de ser denegada la invalidez permanente y que impugnó ambas resoluciones, dando lugar a sendos procesos, habiéndose sabido después, respecto al impugnatorio del alta médica, que ha quedado resuelto por sentencia que anula dicha alta médica y declara que el trabajador continúa en situación de incapacidad laboral transitoria».

4. Evolución posterior

Dictada resolución declarándose la inexistencia de incapacidad permanente, transcurridos 545 días naturales desde la baja médica o si se produce extinción por alta médica por curación o mejoría, finaliza la situación de incapacidad temporal, teniendo el trabajador que reincorporarse a su puesto de trabajo.

En este caso, solo si la situación de incapacidad temporal se extingue por alta con propuesta de incapacidad permanente, la suspensión de la relación laboral y los efectos de la incapacidad temporal se mantienen, aunque sin obligación por parte de la empresa de cotización, en dos situaciones diferentes:

Durante los 3 meses siguientes en los que el INSS ha de examinar al interesado, a los efectos de la declaración o no de incapacidad permanente. Durante este período se mantiene el derecho a percibir la prestación económica por incapacidad temporal, a cargo de la entidad gestora o de la mutua, quienes proceden, sin interrupción, al pago directo del subsidio, previa presentación

por el interesado del parte médico de alta por agotamiento de la incapacidad temporal o con propuesta de incapacidad permanente.

Hasta un máximo de 730 días naturales sumados los días de incapacidad temporal y los de prolongación de sus efectos, en aquellos casos en los que, continuando la necesidad de tratamiento médico, por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la calificación de incapacidad permanente.

En ambos casos, como hasta la declaración de incapacidad permanente el contrato está suspendido, aunque no exista la obligación de cotizar por parte de la empresa, el hecho de cursar la baja del trabajador en la Seguridad Social puede ser constitutivo de la calificación de despido improcedente (sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2016).

En todo caso, dictada la resolución de no declaración de incapacidad permanente, el trabajador tiene la obligación de reincorporarse a su puesto de trabajo y, en caso contrario, sus faltas pueden ser consideradas como no justificadas a los efectos del despido disciplinario, sin que queda alegar desconocimiento de dicho deber.

Esta regla solo tiene como excepción en los supuestos en los que a pesar de la resolución de que declara la inexistencia de incapacidad permanente, el trabajador acreditar que subsiste la situación de incapacidad temporal que impide la reincorporación al trabajo (sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2013) o si no se ha agotado el plazo máximo de incapacidad temporal, no se ha emitido alta médica y el trabajador sigue impedido para el trabajo (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2011).

IV. APUNTE FINAL

La sentencia del don Aurelio Desdentado Bonete resuelve una materia que en la actualidad presenta relevantes aristas, ya que es necesario diferenciar entre la situación de una reincorporación del trabajador de una manera tardía después de un supuesto de incapacidad temporal, que puede ser considerada tanto una causa de ausencia injustificada, como de abandono, especialmente si el trabajador no presenta ningún tipo de conducta al caso de existencia de resolución administrativa que deniega la calificación de incapacidad permanente.

En este caso, y dadas las consecuencias jurídicas que puede tener tanto para el trabajador, que va a estar «en tierra de nadie» ya que no va a tener derecho a ninguna prestación, como para la empresa, que, aunque no tiene la obligación de cotizar, sí que ha de tomar decisiones desde un punto de vista de organización del trabajo.

DESPIDO CON CAUSA EN ENFERMEDAD TEMPORAL Y DISCRIMINACIÓN

ROMÁN GIL ALBURQUERQUE

Abogado. Socio de Sagardoy Abogados. Doctor en Derecho

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2001 (RCUD 1566/2000) [ECLI: ES: TS:2001:502].

II. INTRODUCCIÓN

Esta sentencia juzga sobre la calificación jurídica del despido con causa en enfermedad temporalmente incapacitante, y lo hace con gran originalidad¹, desde una óptica conceptual y finalista de lo que debe entenderse por discriminación prohibida en relación con una circunstancia –la enfermedad temporalmente incapacitante– no incluida entre las causas específicas de protección antidiscriminatoria.

Su conclusión es que solo la decisión extintiva del contrato de trabajo ausente de sentido objetivamente funcional –la que se califica de «opresiva» o

¹ Con referencia expresa, en cuanto al concepto de discriminación prohibida en el ámbito jurídico-laboral, a la STS de 17 de mayo de 2000, recurso de casación núm. 4500/1999, de la que también fue ponente Aurelio Desdentado.

«segregatoria», por haberlo sido históricamente o por dañar la eficacia de valores constitucionales que fundan la sociedad democrática y pluralista– vulnera un derecho fundamental. Es decir, la discriminación prohibida es la puramente arbitraria (por ejemplo, y en el ámbito de la enfermedad, la que se funda en una situación médica irrelevante a efectos de la eficacia del empleado), y ello frente a una decisión que, aun basada en el estado de salud del trabajador, puede tener sentido desde el punto de vista productivo, económico o similar, excluyendo entonces la concurrencia de discriminación constitucionalmente prohibida, sin perjuicio de la posible infracción de legalidad ordinaria.

La solución alcanzada, expresada con claridad, rigor y contundencia, es de gran relevancia tanto en el ámbito teórico como en sus efectos prácticos, y como tal sigue siendo objeto de reflexión y, también, debate.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

La sentencia objeto de comentario analiza la acción por despido de un trabajador al que se le comunica –como causa de extinción de su vínculo laboral– la finalización de su contrato, y ello mientras se encontraba de baja por enfermedad, baja que se había prolongado durante más de ocho meses dentro del periodo de un año.

La empresa había contratado, antes de la comunicación de fin de contrato del actor, a otro trabajador para sustituirlo, de lo que cabe deducir que lo hizo por ser un trabajador sano más rentable y productivo. Ante la demanda por despido del enfermo, la empresa reconoció la improcedencia de su propia decisión extintiva y ofreció la indemnización legal correspondiente, así como los salarios de tramitación entonces devengables en caso de improcedencia (el demandante fue dado de alta médica dos semanas después de su despido, unos veinte días antes del acto conciliatorio) ante el organismo administrativo correspondiente, que el trabajador no aceptó al pretender la declaración de nulidad de su despido.

El Juzgado de lo Social núm. 27 de Barcelona declaró la improcedencia del despido, pero tal fallo fue revocado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña mediante sentencia de fecha 28 de febrero de 2000, estimatoria de la nulidad del despido cuestionado, por considerar que se trataba de una decisión discriminatoria de quien, por razones de salud, se ve obligado a acogerse a la protección establecida en las normas laborales y en las

de la Seguridad Social, sin que por otra parte concurriese el supuesto previsto por el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores. Tal sentencia, recurrida en casación para la unificación de doctrina, y tomando como sentencia de contraste la del TSJ de Valladolid de 16 de marzo de 1998 –en virtud de la cual despedir a un trabajador por no ser rentable para la empresa, con causa en una enfermedad temporal, no es inconstitucionalmente discriminatorio–, es la que da lugar a la de la Sala IV del Tribunal Supremo, objeto del presente comentario.

El Tribunal Supremo excluye, en primer lugar, la calificación de nulidad del despido por fraude en la alegación de finalización de la contrata para justificar formalmente el mismo, extremo que se mostró falso, siendo la causa cierta de la extinción contractual el estado de salud del trabajador, y ello por cuanto «la calificación de despido improcedente es la que resulta aplicable a un despido en el que no se acredita la causa invocada por el empresario», cuando no se está en ninguno de los supuestos que legalmente justifican la declaración de nulidad.

Como se reconoce en el primero de los fundamentos de derecho de la sentencia, «la cuestión que se debate en el presente recurso consiste en determinar cuál es la calificación que corresponde al cese del actor, que ha sido despedido por la empresa demandada, sin que concurra la causa alegada –terminación de una contrata–, pero habiéndose apreciado que el motivo real del cese han sido las bajas médicas del trabajador, que hacen que su prestación de trabajo no sea rentable para la empresa».

2. Relevancia del asunto

La cuestión considerada por esta sentencia es de gran importancia práctica, toda vez que afecta a la calificación del despido con causa en una situación –la incapacidad temporal– en la que diariamente se halla en España una media de alrededor de 700.000 personas (datos de septiembre de 2020).

Conceptualmente, es asimismo muy relevante determinar cuándo una acción con efectos negativos para el trabajador (el despido en este caso) basado en causa de enfermedad debe ser juzgada como vulneratoria del derecho fundamental a la no discriminación por causa protegida.

3. Doctrina sentada

La Sala IV, con ponencia de Aurelio Desdentado, una vez determinado el objeto del litigio, distingue entre los dos principios constitucionales conte-

nidos en el artículo 14 de la CE: el principio de igualdad de trato, y la tutela antidiscriminatoria. Según el Alto Tribunal Social (y conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional), el primero de ellos se refiere al principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley por los poderes públicos, y el segundo a la prohibición de determinadas discriminaciones que impliquen una «violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado», incluidas diferencias injustificadas de trato en el ámbito de las relaciones privadas, pero sin que pueda confundirse con la prohibición de discriminación «que comprenda cualquier tipo de condición o de circunstancia» (el artículo 14 de la CE prohíbe la prevalencia de discriminación alguna «por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»), porque de lo contrario, siempre según la Sala IV, «la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta».

El principio de no discriminación, según el Tribunal Supremo, se funda en la prohibición de un factor de diferenciación que merece un especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia «porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista», si bien la Sala IV no nos explica qué razones, de las expresadas por el artículo 14 CE, son históricas, y cuáles fruto del pacto democrático y pluralista.

La cuestión, por tanto, es: ¿ha supuesto la enfermedad –a efectos de juzgar su asimilación a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» de las genéricamente referidas por el artículo 14 CE–, históricamente, una causa de opresión o segregación? Y, por otra parte, ¿es uno de los fundamentos de la convivencia democrática y pluralista la no discriminación por causa de enfermedad?

El TS concluye en su sentencia que «la enfermedad en sentido genérico que aquí –en el litigio concreto– se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa» no es un factor discriminatorio prohibido por el artículo 14 de la Constitución Española «en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la CE», aunque pudiera serlo «en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación».

En el caso juzgado, la Sala IV estimó que se trataba *simplemente* de una *medida de conveniencia* de la empresa, que prefiere prescindir de un trabajador que «en el año 1998 ha permanecido en activo menos de cuatro meses», medida que, ciertamente, no supone una causa lícita de extinción contractual –al no cumplirse las condiciones del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores–, lo que determina la improcedencia del despido, pero no su nulidad, sin que –por otra parte– resulte aplicable la garantía del artículo 4.2.c).2.º del Estatuto de los Trabajadores (que prohíbe la discriminación por razón de discapacidad), porque ni consta que el actor haya sido declarado en situación de discapacidad, ni el despido se ha producido en atención a una discapacidad sin repercusión en la aptitud para el trabajo, «sino en atención a los períodos de baja en el trabajo y la consiguiente pérdida para la empresas de interés productivo en el trabajador». Es decir, en una situación de incapacidad temporal (IT) respecto de la que no hay razón para sospechar que se halle vinculada con una discapacidad, ya que de lo contrario –y así se ha ratificado por ulterior jurisprudencia española y del TJUE– sí hubiera procedido la declaración de nulidad. Como consecuencia, declaró la improcedencia, y no la nulidad, del despido.

4. Evolución posterior

El Tribunal Constitucional coincidió en su STC 62/2008, de 26 de mayo (ECLI: ES: TC:2008:62) con el criterio expresado en la STS objeto de comentario.

El Tribunal Supremo ha mantenido el criterio expresado en sus SSTS de 30 de mayo de 2016, 21 de septiembre de 2017 y 15 de marzo de 2018 (esta última –rcud 2766/2016– asumiendo la doctrina fijada por el TJUE en su sentencia de 11 de abril de 2013, Asunto Ring, y con referencias a los previos Asuntos Chacón Navas y Daoudi), ratificando que el despido de un trabajador en situación de baja por incapacidad temporal, si no hay motivos que justifiquen el despido o éstos no están lo suficientemente acreditados, debe ser declarado improcedente, pero no nulo, salvo que concurra causa de nulidad, entre las que se hallaría la situaciones vinculadas a una (real o posible) discapacidad permanente, incluyendo entre aquellas determinadas bajas de larga duración.

IV. APUNTE FINAL

La original y conceptualmente interesante distinción –muy característica de la brillantez de Aurelio Desdentado– efectuada por sentencia expuesta entre

los despidos basados en enfermedad temporal con causa en la racionalidad objetiva de la producción (no calificables, por razón de tal causa, con la nulidad) y los «opresivos» o «segregatorios» (odiosos por productivamente irracionales, por haberlo sido históricamente o por dañar la eficacia de valores constitucionales que fundan la sociedad democrática y pluralista) ha generado un marco conceptual estable a efectos de calificar los despidos con causa en enfermedad temporal, con enorme y relevante incidencia práctica. Sin embargo, no ha impedido –ni en España ni en el marco de la UE– la continuidad de un debate en la sociedad sobre la calificación que merece un despido con causa en enfermedad, por más que la misma sea temporal, cuestionándose que no merezca –como «condición o circunstancia personal o social»– la protección contra la discriminación propia de un derecho fundamental. Aun aceptándose el marco conceptual de la sentencia, sigue siendo teóricamente cuestionable que la enfermedad temporal sea o no causa opresiva o segregatoria, o contraria o no a nuestros valores constitucionales. Cuando tuve el privilegio de dialogar con Aurelio Desdentado sobre la existencia de tales discrepancias comentó, para mi memorablemente, que siempre había valorado muy positivamente la crítica y, por tanto, también la crítica a las decisiones jurisdiccionales.

LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR CONVENIOS COLECTIVOS EN GRUPOS DE EMPRESA: CRITERIO MIXTO LUEGO POSITIVADO

RAFAEL GIMÉNEZ-ARNAU PALLARÉS
Socio de J&A Garrigues.
Miembro del Comité Ejecutivo de Forelab

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia del Pleno la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1999 (RCUD 4295/1998) [ECLI: ES: TS:1999:8335]. Voto particular.

II. INTRODUCCIÓN

La sentencia que se comenta, relativa a la legitimación para negociar convenios colectivos en unidades empresariales complejas (grupos de empresas y administraciones públicas), tuvo una enorme relevancia, al venir a unificar la doctrina judicial en una materia en la que existía una clara laguna legal. En efecto en aquel momento el Estatuto de los Trabajadores (ET) solo contemplaba unidades de negociación empresariales o inferiores, y unidades de ámbito supraempresarial, en función del sector, pero no regulaba la situación de los grupos de empresa.

Con carácter previo a esta resolución, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo había dictado resoluciones discrepantes, al considerar en algunos casos aplica-

ble la regulación del convenio de empresa (a modo de ejemplo, STS 4.^a 27 de abril de 1995), en otros la normativa relativa a los convenios supraempresariales (como la STS 4.^a 14 de junio de 1999), e introduciendo en otros una solución mixta (a modo ilustrativo, SSTs 4.^a 21 de junio de 1996) que aplicaba reglas distintas a cada parte negociadora (para la parte empresarial la legitimación del ámbito empresarial y para la parte social la legitimación del ámbito supraempresarial). Ante dicha situación, el Pleno de la Sala, en la sentencia cuyo magistrado ponente fue el Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, buscó unificar los criterios divergentes, considerando aplicable la solución mixta.

Conforme a dicho criterio mixto, la legitimación convencional en los grupos de empresa (que podrían definirse, como señala la sentencia comentada, como unidades formadas por varias empresas, con personalidad propia, pero vinculadas entre sí y sometidas a una dirección común), del lado de la empresa se regiría por las normas de legitimación propias de los convenios colectivos de empresa del artículo 87.1 del ET (vigente en dicho momento), y en cambio, la legitimación convencional del lado de los trabajadores se regiría en principio por las normas de legitimación propias de los convenios de ámbito supraempresarial del artículo 87.2 y párrafos siguientes del ET (aplicables entonces).

La doctrina sentada por la sentencia analizada generó bastante polémica, y de hecho tuvo voto particular suscrito por el Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde, al que se adhirieron los Sres. Magistrados D. Víctor Fuentes López (que había sido inicialmente designado como ponente), D. Manuel Iglesias Cabrero, D. Fernando Salinas Molina, D. Luis Ramón Martínez Garrido y D. Leonardo Bris Montes. Dicho voto particular llegaba a calificar la sentencia como de solución excesivamente «creativa» y al mismo tiempo demasiado compleja.

La realidad es que la solución confirmada por la meritada sentencia es la que se incorporó varios años después al artículo 87 ET, con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (norma que nació con el propósito declarado de superar las disfunciones que presentaba el sistema de negociación colectiva español).

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

Por la Unión Sindical de Trabajadores de la Enseñanza de Cataluña, se presentó demanda de conflicto colectivo, contra la Generalidad de Catalu-

ña, CC OO y UGT en petición de que se declarase que el Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Generalidad de Cataluña (referido al personal con relación jurídico-laboral con la Generalitat de Catalunya, y también con sus organismos autónomos) era un convenio de empresa y que, por ello, se declarase el derecho de la parte actora a formar parte de la comisión negociadora del convenio.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en Sentencia núm. 20/1998 de 21 de julio de 1998, estimó en parte la demanda, declarando que el Convenio Único del Personal Laboral de la Generalidad de Cataluña era un convenio de empresa, y que, por tanto, las reglas aplicables para fijar la legitimación para negociar debían ser las propias de dicho ámbito.

En los recursos de casación para unificación de doctrina planteados lo que se debatió fue la elección de la regla aplicable a fin determinar la legitimación para negociar en los supuestos de unidades empresariales complejas, en las que no negocia un único empresario, como persona física o jurídica también única, sino un conjunto empresarial dotado de un cierta unidad de dirección o de actuación, pero integrado por distintas personas (caso de los grupos de empresa o de las Administraciones Públicas con los fenómenos de descentralización a través de entes instrumentales sometidos a la tutela de un centro directivo).

La Sentencia unificó doctrina optando por la solución mixta en materia de legitimación para negociar convenios colectivos de entidades complejas (grupos de empresas y administraciones públicas).

2. Relevancia del asunto

El asunto sobre el que se pronunció la sentencia era muy relevante, por dos motivos principalmente: en primer lugar por la creciente aparición y desarrollo de los grupos de empresa en el tráfico mercantil y el amplio colectivo de trabajadores que dichas entidades complejas empleaban (y emplean), y que se podían ver afectados por sus convenios colectivos; y en segundo lugar por la falta de regulación existente en dicho momento, en la medida en que el Estatuto de los Trabajadores solo recogía dos niveles de negociación colectiva en su artículo 87, el empresarial y el supraempresarial.

Ante una materia muy relevante por los motivos expuestos, y de no fácil solución, los criterios de la Sala Cuarta habían sido discrepantes. De hecho, la propia sentencia aquí comentada se ocupó de realizar un repaso sobre esta difícil cuestión, y sobre las distintas resoluciones dictadas con signos divergen-

tes (unas aplicando el criterio del convenio de empresa, otras aplicando la legitimación del convenio supraempresarial, y otras aplicando la solución mixta), para concluir la aplicación del criterio mixto.

3. Doctrina sentada

Con carácter previo, la resolución vino a reconocer la dificultad del problema, identificando diversos inconvenientes en las posibles soluciones. Así, consideraba que el optar por la aplicación de las normas del artículo 87.2, 3 y 4 del Estatuto de los Trabajadores (vigente entonces) sobre los convenios de ámbito supraempresarial, obligaría a la parte empresarial a actuar a través de una asociación empresarial, lo que no resultaría adecuado a la estructura unitaria real del conjunto o grupo y sería además de imposible aplicación a Administraciones Públicas. Pero por su parte, la opción por el convenio de empresa también presentaba dificultades, entre otras, la determinación de la representación de los trabajadores, pues, en principio, no habría órganos unitarios de representación para todo el conjunto, y esa representación se fragmentaría en las unidades complejas hasta el punto de hacer muy difíciles en la práctica las decisiones coordinadas para la designación del órgano de negociación.

A partir del diagnóstico anterior, y ante la falta de una norma específica que pudiera aplicarse sin graves problemas, la sentencia optó por acudir, de acuerdo con el artículo 4 del Código Civil, a la analogía, eso sí de forma selectiva separando las distintas reglas de legitimación y aplicando cada una de ellas al supuesto específico con el que tenía identidad. Y por ello (y al margen de lo que, por excepción, pudiera establecerse para grupos de empresas con una estructura organizativa relativamente simple), en el caso en cuestión concluyó que era de todo punto evidente, conforme a las reglas de la experiencia, que una unidad de negociación de la extensión y complejidad de la que constituía el objeto del convenio controvertido (toda la Administración de la Generalidad de Cataluña, sus organismos autónomos y otras entidades públicas asimiladas) presentaba más semejanza con una unidad supraempresarial que con otra de carácter empresarial y, por tanto, había que aplicar las normas del Estatuto de los Trabajadores para los convenios de aquella clase, con una excepción muy relevante: para la legitimación empresarial habría de estarse a lo establecido en el artículo 87.1 ET regulador del convenio de empresa (por el motivo previamente expuesto). De esta forma, la sentencia confirmó el criterio mixto que, desde entonces, ha venido aplicándose mayoritariamente hasta su incorporación a la norma con el Real Decreto-ley 7/2011.

No puede ignorarse el voto particular. Éste reconoció que el grupo o conjunto de Administraciones Públicas coordinadas por una dirección unitaria constituía una unidad de negociación peculiar, que no se podía reducir, sin forzar los conceptos, ni al convenio de empresa, ni al convenio supraempresarial. No obstante, defendía la asimilación al convenio de empresa, y ello tanto por razones materiales como de técnica jurídica. En cuanto a los motivos de fondo, consideraba que la solución adoptada (la legitimación mixta o cruzada) era restrictiva del principio de autonomía colectiva de los representantes de los trabajadores (la realidad era que la sentencia optaba por la atribución en exclusiva a los sindicatos de la legitimación para negociar) y empresarios, y del principio de legitimación electoral, además de considerar inconvenientes los resultados prácticos a que conducía la aplicación de las reglas del artículo 87.2 ET. Y desde el punto de vista de técnica hermenéutica para cubrir una laguna legal, consideraba no adecuado el espiguelo de las reglas establecidas, unas para el convenio de empresa, y otras para el convenio sectorial, llegando a afirmar que se estaba inventado un régimen jurídico *ex novo*.

4. Evolución posterior

Tras esta sentencia, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo con carácter general siguió la doctrina sentada por la misma.

Y lo que es más relevante, dicha doctrina fue incorporada al artículo 87 ET mediante el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

IV. APUNTE FINAL

La sentencia aquí comentada vino a dar cobertura a la laguna legal que existía en una materia muy relevante y con un significativo impacto en grandes colectivos de empleados, cual era la legitimación para negociar convenios colectivos en los grupos de empresa. Es obvio que la resolución intentó adaptar las reglas de legitimación para la negociación de los convenios colectivos, a la aparición de nuevas realidades empresariales en el mercado de trabajo (grupos de empresa y administraciones públicas), que no se habían visto acompañadas de reformas que propiciaran la negociación colectiva en dichos ámbitos. En este sentido en la sentencia se observa una continua tensión por encontrar la mejor solución jurídica al caso, aplicando la analogía y teniendo en cuenta «las

reglas de la experiencia». Ello llevó a confirmar el mencionado criterio mixto, que consagraba la legitimación empresarial conforme al convenio de empresa y la legitimación de la parte social según las reglas del convenio supraempresarial (es decir, de los sindicatos, ante la difícil intervención negociadora de las representaciones unitarias o de las secciones sindicales).

Y en esta solución «creativa» (en palabras del voto particular) se inspiró, once años después, el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, que modificó el artículo 87 ET y reguló por primera vez la negociación del convenio colectivo a nivel de grupo de empresas, asumiendo la doctrina judicial sentada por la sentencia analizada, y confirmando la bondad y la modernidad de la misma.

APLICACIÓN DE LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO: EL CASO DEL CONVENIO 158 OIT

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

Catedrático de la Universitat de València (Estudi General)

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1988 [ECLI: ES: TS:1988:1653]

II. INTRODUCCIÓN

La sentencia que se comenta aborda la cuestión de la aplicación directa en España del convenio 158 OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo. Aprobado por la Conferencia General de la OIT en 1982, este convenio fue objeto de ratificación por España en 1985, publicándose la misma en el *BOE* de 29 de junio de ese año.

Su entrada en vigor suscitó de inmediato un intenso debate sobre sus repercusiones en el ordenamiento interno. En el ámbito judicial, este debate se focalizó en torno al impacto que el artículo 7 del Convenio debía desplegar sobre las formalidades del despido disciplinario. Entonces, como ahora (art. 55.1 ET), la única exigible con carácter general en el despido disciplinario es la emisión por el empresario de la llamada carta de despido, pudiendo ser efectiva la extinción en el mismo momento de su entrega. Pero el artículo 7 del convenio 158 prevé precisamente que «no deberá darse por terminada la rela-

ción de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad».

Se abrió con ello el problema de las relaciones entre ambas normas. En concreto, si la entrada en vigor del convenio 158 OIT había añadido una formalidad adicional al despido disciplinario, imponiendo que, antes de la efectividad de la decisión, el trabajador tuviera la oportunidad de formular un pliego de descargos en relación con la imputación disciplinaria.

La cuestión accedió por vez primera al Tribunal Supremo a finales de 1987¹ y se suscitó varias veces en los años siguientes². La STS 8 marzo 1988 a la que se refiere este comentario es la primera de una serie de pronunciamientos cuya ponencia correspondió a Aurelio Desdentado³.

III. COMENTARIO

La entrada en vigor del Convenio 158 OIT, que se produjo en España en abril de 1986, ocasionó una relativamente intensa conmoción en el ámbito de la reflexión teórica pero también en el debate judicial. No en vano afecta a la extinción del contrato por voluntad del empresario, punto especialmente sensible sobre el que descansa la entera estructura protectora del Derecho del Trabajo. No es por ello extraño que su utilización, siquiera retórica, pueda detectarse con cierta frecuencia en los pronunciamientos de la época⁴; y, del mismo modo, existen algunos referidos a temas diferentes al que constituye el objeto de este comentario⁵. Con todo, el tema que más atención suscitó entonces es el del impacto de su artículo 7.

¹ SSTs de 4, 5 y 24 noviembre 1987, ECLI: ES: TS:1987:16626, ECLI: ES: TS:1987:6996, y ECLI: ES: TS:1987:7478, respectivamente.

² Entre otras, SSTs de 17 y 19 mayo 1988, ECLI: ES: TS:1988:12212 y ECLI: ES: TS:1988:14520. 22 y 28 junio 1988, ECLI: ES: TS:1988:14954 y ECLI: ES: TS:1988:14764, y 11 julio 1988, ECLI: ES: TS:1988:15313. Es de notar que, en un tiempo en el que las sentencias eran más breves alguna de ellas reproduce extensamente la sentencia que es objeto de este comentario (STS de 23 mayo 1988, ECLI: ES: TS:1988:3869).

³ Pero se trata de pronunciamientos todavía más breves, en los que se limita a resolver el tema por referencia a las sentencias anteriores (cfr. SSTs de 28 abril 1988, ECLI: ES: TS:1988:3078, 13 junio 1988, ECLI: ES: TS:1988:4494, y 21 julio 1988, ECLI: ES: TS:1988:5795).

⁴ Véanse, por ejemplo, SSTs de 21 y 22 septiembre 1987, ECLI: ES: TS:1987:5724 y ECLI: ES: TS:1987:14425, respectivamente.

⁵ Por ejemplo, se argumentó sobre el convenio 158 el intento de cambiar la carga de la prueba del fraude de ley en la contratación temporal (STS de 20 junio 1988, ECLI: ES: TS:1988:4722).

Existieron diferentes posturas al respecto. En un extremo, el artículo 7 del Convenio 158 OIT suponía la adición de una nueva formalidad al despido disciplinario cuyo incumplimiento acarrearba su nulidad –por defecto de forma conforme al entonces vigente artículo 55.3 ET o a través de la aplicación subsidiaria del artículo 6.3 CC–; en el otro, se pensaba que el artículo 1 del Convenio, al prever la intermediación de la legislación nacional para dar efecto a las disposiciones contenidas en el mismo, implicaba que la inexistencia del trámite de audiencia previa prevenido en aquel precepto no producía irregularidad alguna. Entre ambas posiciones, existieron aproximaciones más cautelosas, en las que no se rechazaba de forma total el carácter *self-executing* del convenio, sin perjuicio de la necesidad de analizar el contenido de cada disposición en concreto para determinar su carácter autosuficiente⁶.

Los primeros pronunciamientos del TS, a finales de 1987, se movieron en el primer terreno, excluyendo la aplicación directiva del conjunto del convenio en atención a la citada previsión de su artículo 1, en cuya virtud, «deberá darse efecto a las disposiciones del presente Convenio por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esas disposiciones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional». De este modo, aunque en noviembre de 1987 se reconoce que el convenio «forma parte del ordenamiento jurídico interior desde su vigencia, el 26 de abril de 1986», se afirma también que se trata de una «norma interna de nuestro ordenamiento jurídico que no es de aplicación directa, al exigir, que el legislador desarrolle el procedimiento adecuado que ofrezca al trabajador la garantía que postula»⁷. Esta primera aproximación fue completada inmediatamente con la afirmación de que la no aplicación no genera indefensión al trabajador, al disponer de varios momentos posteriores para formular las alegaciones que tuviera por convenientes⁸, aspecto este que había sido objeto de debate simultáneamente.

La STS de 8 marzo 1988, que es el objeto de este comentario, se sitúa en una posición parcialmente diferente. Aunque acaba compartiendo la solución de

⁶ La primera postura en ALONSO OLEA, M., «Sobre la forma de despido en relación con el Convenio de la OIT, núm. 158 (Ginebra, 1982), sobre la terminación de la relación de trabajo», *Documentación Laboral*, 20, 1986, pp. 43 ss. Se hace referencia en este trabajo a GALIANA MORENO, J. M., «El convenio número 158 de la OIT y su incidencia en los despidos individuales», *Revista jurídica de la Región de Murcia*, 4, 1986, pp. 103 ss., que se situaría en la posición intermedia. En esta misma línea, también, GARCÍA BECEDAS, G., «Los requisitos del despido disciplinario y el Convenio 158 de la OIT», *Revista de trabajo*, 85, 1987, pp. 77 ss. Las diferentes posturas judiciales pueden verse en la «Encuesta sobre la aplicación del Convenio núm. 158 de la OIT en el Derecho español» organizada por SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., en *Documentación Laboral*, 20, 1986, pp. 51 ss.

⁷ STS de 4 noviembre 1987, ECLI: ES: TS:1987:1662.

⁸ STS de 24 noviembre 1987, ECLI: ES: TS:1987:7478.

fondo –y, por tanto, excluye que afecte a la regularidad del despido que el trabajador no haya tenido «la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él»–, el camino para llegar a ella es algo más complicado. De entrada, no se excluye completamente el carácter ejecutivo del convenio colectivo 158 OIT. Ciertamente, el pronunciamiento continúa aludiendo a su artículo 1 en su fundamentación; pero ya no tiene alcance absoluto. Según el precepto «deberá darse efecto» a sus disposiciones «por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esas disposiciones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional». Y ello implica que se esté «reconociendo con carácter general la naturaleza no directamente ejecutiva de sus normas». Se admite, sin embargo, que «por vía de excepción y de acuerdo con la práctica nacional, podrán ser aplicadas sin esa mediación normativa del Derecho interno».

En esta aproximación más matizada se hace preciso indagar, respecto de cada precepto, si, a la vista su contenido, es posible su aplicación directa en el ámbito interno. La sentencia realiza entonces un análisis concreto del artículo 7, para ver si «puede entenderse comprendido dentro de esa excepción». Pero no es el caso puesto que su contenido no «admite en la actual situación del Ordenamiento español una aplicación directa, pues las técnicas de flexibilidad empleadas en su formulación, permiten, como ha puesto de relieve la doctrina científica, diversas posibilidades de desarrollo y un amplio sistema de excepciones, no solo subjetivas por la vía del artículo 2.º, sino, sobre todo, objetivas, en atención al criterio de razonabilidad de la negativa empresarial a la audiencia». En este contexto, proceder a la aplicación directa del artículo 7 es una tarea que desborda «la propia delimitación constitucional de la función jurisdiccional» pues implica «introducir una nueva garantía formal junto a las ya existentes en el Ordenamiento español, cuya incorporación a éste puede exigir una adaptación del marco normativo vigente con anterioridad a la recepción del Convenio, adaptación que solo la Ley puede abordar con la necesaria generalidad y precisión». Ello no implica, concluye la sentencia, «negar la eficacia del Convenio en este punto»; únicamente se reconduce «al ámbito de la responsabilidad del Estado en su desarrollo conforme al artículo 19.5, d), de la Constitución de la OIT».

IV. APUNTE FINAL

El episodio interpretativo que, en su momento planteó, la aplicación interna del artículo 7 del convenio 158 quedó cerrado hace muchos años. Quizá pudiera pensarse por ello que este breve comentario no tiene otro sentido que

rendir tributo a la figura de Aurelio Desdentado, tan entrañable desde la perspectiva personal como admirable desde la profesional. Ahora bien, aunque con mi participación en esta obra colectiva he querido sobre todo dejar constancia pública de mi homenaje personal, creo que la STS 8 marzo 1988, a más de tres décadas de distancia, nos ofrece dos interesantes lecciones que me gustaría resaltar en este apunte final.

La primera es de tipo formal. Es una sentencia anterior a la generalización de los procesadores de texto. Al ser aún de la época de la escritura a mano y de la mecanografía, es muy breve: tres páginas en total en el formato Cendoj, con un único fundamento que apenas ocupa una de ellas. Y, sin embargo, merced a la precisión, la concisión del pronunciamiento no impide que podamos percibir con total claridad el razonamiento que conduce al fallo, lo que no siempre puede decirse de las extensas sentencias que posibilita el *copy/paste*.

En cuanto a la segunda, es más de fondo. Por más que la cuestión de la audiencia previa al despido con base en el artículo 7 del convenio 158 haya quedado cerrada mucho tiempo atrás, el problema interpretativo de base no ha perdido actualidad en absoluto. Antes, al contrario. En los últimos años, la aplicación de las normas internacionales ha pasado al primer plano de actualidad, tanto en la reflexión teórica como en el debate judicial; y creo que la forma en que se está desarrollando el debate no siempre se adecua a las exigencias derivadas del imperio de la ley ni es un ejemplo de seguridad jurídica. En este contexto, un pronunciamiento como el que ha sido tan brevemente comentado, aparte de mostrar la claridad de las ideas de un jurista de primer nivel y de un magistrado ejemplar, ofrece criterios seguros para delimitar el ámbito de las funciones legislativa y jurisdiccional.

LABORALIDAD DEL TRANSPORTISTA. ECOS DE UN PASADO IMPERFECTO

JUAN GÓMEZ ARBÓS

Inspector de Trabajo y Seguridad Social.

Profesor Asociado de la UAM

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1992 (RCUD 709/1992) [ECLI: ES: TS:1992:8554].

II. INTRODUCCIÓN

La cuestión de laboralidad de los transportistas con vehículo propio, examinada en la sentencia del TS de 19 de noviembre de 1992 de la que fue ponente Desdentado Bonete, supone volver la mirada al debate generado en torno al concepto trabajador y revisar el recorrido interpretativo del TS que, como ha puesto de manifiesto la *sentencia Glovo*, está de plena actualidad. Con la sentencia analizada, en todo caso, se constata que la base argumental para la determinación de la condición de trabajador por cuenta ajena, ha mantenido una línea jurisprudencial coherente en la valoración de la actividad realmente realizada y en la irrelevancia, en determinados supuestos, de los medios puestos a disposición por parte del trabajador. La disposición adicional vigesimo-

tercera del ET, incluida por el RD ley 9/2021 y los debates sobre la valoración de los elementos que amparan la cobertura del Derecho del Trabajo, recogidos en la *Sentencia Glovo* del TS de 25 de noviembre de 2020 (rec. 4746/2019), reflejan la necesidad de ajustarse a los márgenes de la realidad, que en todo caso responden a la consideración de que la finalidad del Derecho del Trabajo, se asienta sobre el carácter tuitivo del mismo, y por tanto, ante las notas relevantes de dependencia y ajeneidad, siempre se debe responder con la cobertura del derecho del trabajo, en contraposición con las figuras que pretenden amparar la huida del Derecho del Trabajo¹. El análisis de la sentencia de 19 de noviembre de 1992, obliga a realizar un recorrido sobre los precedentes mantenidos en el TS, sobre la condición de laboralidad de los transportistas y sobre la valoración de los elementos para decidir si la reclamación por despido de dos conductores que, mediante la suscripción del correspondiente contrato de transporte, dados de alta en el régimen especial de trabajadores autónomos y con licencia fiscal, realizaban para la misma empresa. Servicios como repartidores con vehículo propio acudiendo diariamente a los locales de la empresa y siguiendo la ruta de reparto marcada por ésta.

III. COMENTARIO

El origen de los problemas planteados con los transportistas parte de la base que el contrato de trabajo tiene por objeto la realización de servicios dependientes por una retribución. Por el contrario, el contrato mercantil de transporte tiene por objeto trasladar de un lugar a otro una persona o una cosa a cambio de un precio. El objeto del contrato en el ámbito del Código de Comercio es el resultado de una actividad humana con independencia del resultado final de la misma; opera si el resultado del transporte no se logra, por ello no hay retribución y el transportista es normalmente independiente en el desarrollo del trabajo. La conocida *sentencia de los mensajeros* dictada por el TS el 26 de febrero de 1986, determinó la base sobre la que se experimentaría un significativo cambio de orientación a favor de la laboralidad en este tipo de actividad, que hasta dicha sentencia, no se entendían comprendidas dentro de las notas de

¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «La huida del Derecho del Trabajo», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, ISSN 0213-0556, núm. 1, 1992, pp. 85-94. BAYLOS GRAU, A., «La «huida» del derecho del trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización», en Alarcón Caracuel, M. R. y Mirón Hernández, M. M. (Coords.), *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar: (aspectos laborales, fiscales, penales y procesales)*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 35-54.

ajenidad². De tal forma, que consideró laboral la relación de los mensajeros, aunque en dicho supuesto las motocicletas fueran de su propiedad. La dependencia, en el supuesto de los mensajeros, se manifestó aparte de su exteriorización, en la ropa y en el vehículo con el nombre de la empresa. También en la necesidad de llamar diariamente a la misma, bajo penalización de no hacerlo, para recibir las órdenes del trabajo del día, la hora y el sitio fijado para prestar la actividad. En el caso de los transportistas con vehículo propio el cuestionamiento de la condición laboral del transportista se sustentó en tres conceptos; La aportación por el trabajador de un vehículo propio. La prestación personal del trabajo y la exclusividad, pactada expresamente para el período del transporte. Señalaba Desdentado Bonete³ que estos criterios resultan problemáticos en la práctica: el carácter personal de la prestación puede ser compatible con determinadas sustituciones o actuar como una previsión contractual sin contenido práctico real con la intención de «deslaborizar» la relación, y la distinción entre obligación de actividad y de resultado se presta también a confusiones prácticas y a utilizaciones abusivas.

La jurisprudencia del TS, determinó en primer lugar la irrelevancia del medio de transporte si atendiendo al examen de las circunstancias concurrentes, en la que es la prestación de trabajo el elemento predominante de la relación⁴. Cuestión que se ha mantenido plenamente vigente con la *sentencia Globo*. Se aplica el criterio «del desmerecimiento de los medios materiales respecto de la prestación de actividad», se relativiza la tesis de la ajenidad en los medios productivos aceptando la concurrencia de este presupuesto sustantivo en todos aquellos casos en los que si bien el trabajador aporta su propio vehículo para ejecutar su prestación, éste tan sólo constituye un simple medio de transporte o una mera herramienta de trabajo que no desnaturaliza el carácter laboral de la relación ni desvirtúa el hecho de que lo esencial en la misma es la prestación personal de la actividad laboral⁵. En cuanto al carácter personalísimo, al existir la posibilidad de acudir a un sustituto, en determinados casos y asumiendo el transportista el coste del mismo, señala la sentencia que

² STS de 18 de febrero de 1969; STS de 2 de febrero de 1971; STS de 18 noviembre 1976; STS de 22 de octubre de 1983; STS de 23 abril 1983, y STS de 20 septiembre 1984.

³ DESDENTADO BONETE, A., «La determinación del ámbito de la jurisdicción social. Nuevas inclusiones y exclusiones: transportista con vehículo propio», en CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A., *Reforma y crisis del proceso social 1994-1996*, Pamplona (Aranzadi). 1996. p. 44.

⁴ STS de 2 febrero 1988 y STS de 14 noviembre 1989. La laboralidad de la relación se declara por las SSTS de 3 diciembre 1991; STS de 19 noviembre y 22 diciembre 1992; STS de 25 mayo, 4 y 5 noviembre 1993; SYS de 27 enero 1994.

⁵ DE LA VILLA GIL, L. E., «El concepto de «trabajador» (En torno al artículo 1.1)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, marzo/agosto, 2000, pp. 53.

aquellos elementos introducidos en una relación sustancialmente laboral para descalificarla no la desnaturalizan cuando carecen de una efectiva relevancia en la ejecución del contrato⁶. A la misma conclusión ha llegado el TS en la *sentencia Glovo*, si bien en esta ocasión se acudió al auto del TJUE de 22 de abril de 2020, señalando que la independencia del actor era meramente aparente y realmente existía una subordinación del demandante a Glovo. El citado auto del TJUE para el TS no impide la calificación de la relación laboral. Es decir que debemos atender a la prestación efectiva de los trabajos. Por último, en cuanto a la exclusividad pactada, señala la sentencia analizada que reviste una especial trascendencia que el tiempo de realización de la ruta no descienda de las ocho horas de trabajo. Se pone de manifiesto que no era posible desarrollar la actividad del transportista con criterios organizativos propios, lo que da lugar a la apreciación de la dependencia en la relación entre el transportista y el cliente, de tal modo que rompe la apariencia de prestar un servicio de manera lícito a través de la subcontratación del servicio.

IV. REFLEXIÓN CRÍTICA

La adopción de estos criterios interpretativos no estuvieron exentos de crítica, al entender que se generaba inseguridad jurídica derivada de la dificultad de trazar la frontera entre el medio de transporte con relevancia económica y el que no tiene este carácter, con el consiguiente riesgo de desbordamiento que podría llevar a la desaparición de la figura del transportista autónomo⁷, en este sentido Desdentado Bonete señalaba⁸ que en realidad, el criterio jurisprudencial es uniforme: se exige la presencia de los rasgos típicos de la relación laboral (singularmente, la dependencia) y el problema de la ajeneidad se resuelve valorando la significación del medio de transpor-

⁶ El TJUE dictó auto el día 22 de abril de 2020, asunto C692/19, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal de Watford relativa a la calificación jurídica de la relación de un transportista con una empresa de transporte de paquetería, En dicho auto el TJUE dispone que la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la organización del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que excluye de ser considerado «trabajador» a los efectos de dicha directiva, a una persona contratada por su posible empleador en virtud de un acuerdo de servicios que estipula que es un empresario independiente, si esa persona dispone de facultades: El TJUE establece dos salvedades: 1) Que la independencia de esa persona no parezca ficticia. 2) Que no sea posible establecer la existencia de una relación de subordinación entre esa persona y su supuesto empleador. Corresponde al tribunal remitente, teniendo en cuenta todos los factores relevantes relacionados con esa persona y con la actividad económica que realiza, calificar la situación profesional de esa persona en virtud de la Directiva 2003/88.

⁷ VALDES DAL RÉ, F., «Los inciertos criterios de diferenciación jurisprudencial entre los contratos de trabajo y transporte», *RL* 1992, T. II, pp. 54-74.

⁸ DESDENTADO BONETE, A., «La determinación...», *op. cit.* p. 53.

te en la economía del contrato. Lo que ocurre es que, con ello, al igual que sucede en otros ámbitos, se está operando con un concepto indeterminado que, como tal, presenta un margen importante de incertidumbre. Por otro lado también se cuestionó que la cláusula de sustitución no se hubiese aplicado realmente en la ejecución del contrato, entendiendo que este hecho no es suficiente para afirmar que sea ficticia, recordando la doctrina jurisprudencial sobre la no presunción del fraude y la insuficiencia de una conducta meramente negativa para deducir de ella la simulación⁹. Frente a esta postura señalaba Desdentado Bonete¹⁰, que la exigencia del carácter personal de la prestación presenta excepciones importantes, porque la prestación de trabajo no es por naturaleza infungible en la mayoría de los trabajos (1161 CC). En primer lugar, hay que tener en cuenta las sustituciones que pueden instrumentarse mediante un contrato con el trabajador sustituto (normalmente, una interinidad); las que pueden darse en determinadas relaciones, como el caso del auxiliar asociado o en el contrato de grupo; también las que se producen de hecho dando lugar a incumplimientos del trabajador tolerados por la empresa, aparte de algunos casos –porteros de fincas urbanas, pequeñas sustituciones familiares en trabajos de vigilancia y limpieza, especialmente cuando la vivienda del trabajador se encuentra en el centro de trabajo– y, en general, todos aquellos casos en que la posibilidad de sustitución y la propia intervención del trabajador en la gestión de ésta no son en la práctica incompatibles con el ejercicio de los poderes empresariales. Por otra parte, el hecho de que el fraude no se presuma, no significa que no pueda ser objeto de prueba indirecta. La doctrina jurisprudencial recuerda, por el contrario, que la prueba indirecta a través de indicios es normal en la apreciación del fraude, porque el artificio simulatorio rara vez permite una prueba directa. Esta situación ha permitido que periódicamente se tense la cuerda, y se cuestionen actividades cuya interpretación no puede ser distinta a la reflejada en la doctrina del TS¹¹.

⁹ PEDRAJAS MORNEO, A., y VALDES DAL-RE, F., «Contrato de trabajo y contrato de transporte: ¿un giro en la jurisprudencia?», *Diario La Ley*, 19/1986. RIVERO LAMAS, J., GARCIA BLASCO, J., *Transporte de cosas y mercancías y contrato de trabajo*. La STS de 26 febrero 1986 (RJ 1986, 834) sobre «mensajeros», *RL*, núm. 13/ 1987.

¹⁰ DESDENTADO BONETE, A., «La determinación...», *op. cit.* p. 49.

¹¹ STS el 26 de febrero de 1986, SSTS de 4 abril 1987; 26 agosto 1987; 8 marzo 1990; 3 diciembre 1990; 29 enero 1991; 22 febrero 1991, STS de 24 de enero de 2018, recurso 3394/2015; STS de 8 de febrero de 2018, recurso 3389/2015; y 4 de febrero de 2020, recurso 3008/2017) STS de 16 de noviembre de 2017, recurso 2806/2015; TS de 25 de noviembre de 2020 (rec. 4746/2019). Auto del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2021.

V. APUNTE FINAL

Con esta línea interpretativa comenzaron a estimarse por los órganos judiciales las relaciones de transporte como laborales al margen de la relevancia económica del vehículo aportado por el transportista para efectuar sus servicios, que quedaría así reducido a mera herramienta de trabajo. En este punto irrumpió la intervención del legislativo, que reaccionando contra la interpretación realizada no dudó en corregir la consolidada línea jurisprudencial y en consecuencia, dentro de la lógica de desregulación y flexibilización normativa que la inspiró, la disposición final séptima de la Ley 11/1994, de 19 de mayo incorporaría al artículo 1.3 del ET el vigente apartado g), por el que se vino a excluir del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo la actividad de los transportistas, incluso estando al servicio de un mismo cargador o comercializador¹². Se estableció una presunción *iuris et de iure* de no laboralidad, cuya aplicación automática o imperativa no admite prueba en contrario. La solución planteada pone de manifiesto la diferencia en la respuesta legislativa dada con el supuesto de los repartidores, al tratar de reforzar la presunción de laboralidad con la disposición adicional vigesimotercera del ET, incluida por el RD ley 9/2021. Lo cierto es que el resultado de dicha exclusión ha generado que se ampare dentro del Derecho del Trabajo, aquellas situaciones en la que el vehículo aportado es de escaso valor, o de baja inversión productiva, quedando excluidos aquellos casos en que a pesar de existir las notas de dependencia y ajeneidad exigen un mayor esfuerzo inversor con la aportación de un transporte de más de dos toneladas, lo que nos lleva a preguntarnos, si no hubiera sido razonable plantear la reincorporación al Derecho del Trabajo, de aquellos que en ese pasado imperfecto fueron expresamente expulsados.

¹² En todo caso dicha exclusión no estuvo exenta de polémica, siendo objeto de dos cuestiones de inconstitucionalidad, que confirmaron la reforma realizada: STC 227/1998, de 26 de noviembre y STC 53/1984, de 3 mayo.

LA AFECTACIÓN GENERAL INVOCADA A EFECTOS DE RECURSO DE SUPPLICACIÓN

ADRIANO GÓMEZ GARCÍA-BERNAL
Abogado. Socio de J & A Garrigues

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

El presente comentario tiene por objeto analizar el voto particular formulado por el magistrado Excmo. Sr. don Aurelio Desdentado Bonete a la sentencia dictada con fecha 3 de octubre de 2003 (ECLI: ES: TS:2003:5979), por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (constituida en Sala General), en el recurso de casación para unificación de doctrina número 1011/2003.

II. INTRODUCCIÓN

La interpretación discrepante que suscita este comentario gira en torno a una materia tan frecuentada en el devenir profesional de los operadores jurídicos de la Jurisdicción Social, como es el acceso al recurso extraordinario de suplicación por razón de la afectación en masa de trabajadores o beneficiarios de la Seguridad Social.

La lectura del voto examinado permite no solo percatarse de la complejidad que reviste la regulación cuya aplicación interpreta, sino también reparar en el difícil debate mantenido en el seno del Tribunal Supremo, así como su trascendencia y repercusión sobre la práctica forense.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

El voto particular formulado a la sentencia dictada con fecha 3 de octubre de 2003 trae causa de una demanda interpuesta ante el Juzgado de lo Social de Teruel por 10 ATS DUE, contra el Servicio Aragonés de Salud y el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), en reclamación de abono de las cantidades satisfechas al Colegio de Enfermería de su provincia, en concepto de cuotas colegiales correspondientes a los años 1997 a 2001.

La cuantía litigiosa del procedimiento no alcanzaba el umbral mínimo para la interposición de recurso de suplicación, sin que los litigantes alegaran afectación general, ni las sentencias de instancia y suplicación hicieran referencia a este extremo.

En esta tesitura, el Juzgado de lo Social de Teruel dictó sentencia con fecha 3 de julio de 2002, por la que, estimando la demanda, concedió recurso de suplicación contra la misma.

Frente a dicha resolución, las demandadas promovieron recurso de suplicación que, tras seguirse los oportunos trámites, fue resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, mediante sentencia de 23 de diciembre de 2002, por la que se acordaba desestimar el interpuesto por el INSALUD y estimar el formalizado por el Servicio Aragonés de Salud.

Con ocasión del recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el INSALUD, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo dictó sentencia de 3 de octubre de 2003, frente a la que se formuló el voto particular objeto de comentario.

2. Doctrina sentada por el voto mayoritario de la sentencia de 3 de octubre de 2003

La sentencia dictada con fecha 3 de octubre de 2003 por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se separa de la doctrina previamente unificada a partir de ocho sentencias recaídas con fecha 15 de abril de 1999, y otras cuatro del día 16 de iguales mes y año, en todas las cuales se analizan las condiciones de acceso al recurso de suplicación por concurrencia de la llamada afectación múltiple o numerosa. A destacar que siete de las señaladas resoluciones fueron ya objeto de voto particular.

En tales sentencias, el Alto Tribunal afirmaba, muy resumidamente, que la afectación general es un hecho que debe ser alegado por el litigante y, en tanto que tal, acreditado, resultar notorio o ser conforme entre ambas partes. Igualmente, señalaba que este concepto exigirá de una comparación entre, por un lado, el número de trabajadores o beneficiarios potencialmente comprendidos en el ámbito de un posible conflicto, y por otro, el número de aquellos que se encuentren en una situación litigiosa de modo efectivo. Y, asimismo, precisaba que no cabe confundir la afectación general con el ámbito de aplicación de la norma aplicada, puesto que toda cuestión que tiene por objeto interpretar la ley es susceptible de afectación general, siendo preciso que, para que ésta opere, concorra una situación real de litigio sobre la cuestión controvertida.

Partiendo de este contexto, la sentencia de 3 de octubre de 2003 impone un cambio de rumbo (en el que se retoman posiciones desarrolladas en varios de los votos particulares formulados a las sentencias dictadas el 15 y 16 de abril de 1999), que comienza por revisar la noción de afectación general acuñada hasta la fecha, afirmando que se trata de un concepto jurídico indeterminado que «aunque tiene en efecto una base fáctica, no se agota con ella sino que la trasciende», citando, a tal fin, la sentencia número 142/1992, de 13 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Ahondando en esta evolución doctrinal, el voto mayoritario declara que, para apreciar la afectación múltiple, no es necesario que se hayan incoado muchos procesos judiciales como consecuencia de la cuestión que genere aquella, sino que basta la existencia de un conflicto generalizado, que, a su vez, puede existir incluso si el pleito no ha llegado a iniciarse. De esta forma, la Sala aclara que el conflicto surge cuando el empresario desconoce o priva a los trabajadores de sus derechos, «...aun cuando tales situaciones no hayan dado lugar, en un momento determinado, a la presentación de numerosas demandas ante los Tribunales».

A continuación, se analizan las tres modalidades que la Ley Adjetiva (entonces, el artículo 189.1.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, hoy día, artículo 191.3.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social) contempla a la hora de hacer valer la concurrencia de la afectación múltiple, concluyendo que, de ellas, tan solo resulta necesaria la previa alegación de parte y consiguiente acreditación de dicha afectación general en el caso de que ésta «... haya sido alegada y probada en juicio», de forma que ni la alegación ni la acreditación devendrán exigibles cuando nos hallemos ante hechos notorios, ni cuando se trate de una evidencia compartida, o, según reza el precepto legal, cuando el asunto «... posea un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes».

La anterior afirmación se complementa declarando que la notoriedad a la que alude la Ley Rituaria laboral no es la «absoluta y general» que refiere el artículo 281.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (al resultar prácticamente inviable que un proceso judicial de afectación múltiple sea conocido por la totalidad, o casi totalidad, de la ciudadanía), y que la modalidad basada en la evidencia compartida se trata de una categoría próxima a la notoriedad, aunque de menor intensidad que ésta, en la que basta que los litigantes no hayan puesto en duda la existencia de la afectación en masa.

3. El voto particular

Frente a las consideraciones desarrolladas por la tesis mayoritaria de la sentencia de 3 de octubre de 2003, el voto particular objeto de comentario realiza una dura crítica al cambio de doctrina operado, que considera carente de la debida justificación, advirtiendo de su previsible influencia negativa sobre la conducta procesal que puedan desplegar las partes a futuro, al quedar dispensadas de formular alegaciones expresas acerca de la concurrencia/ausencia de la múltiple afectación, favoreciendo con ello posiciones meramente estratégicas en función del resultado que arroje el pleito.

Partiendo de lo anterior, el voto centra su discrepancia sobre tres ejes.

El primero de ellos, que llega a calificar como «punto fundamental de divergencia», pivota sobre la noción de afectación general, afirmando que, contrariamente a lo razonado por el sentir mayoritario de la Sala, no constituye una situación hipotética de conflicto que pueda inferirse de la pretensión ejercitada, exigiendo la concurrencia de una litigiosidad real, que no potencial, que, en tanto que tal, deberá manifestarse a partir de datos empíricos, sobre hechos presentes o pasados.

De aceptarse lo contrario, carecerían de sentido las referencias que la ley hace a la prueba o a la notoriedad, «que se predica siempre de hechos, no de hipótesis» y a la evidencia compartida, que versa también sobre hechos. Bajo esta perspectiva, lo que pretende el legislador no es ampliar indiscriminadamente el acceso al recurso de suplicación, extendiéndolo a toda controversia que presente una litigiosidad potencial, sino permitir su interposición en aquellos casos en que lo potencial se haya transformado en real y efectivo, advirtiendo un elevado número de personas afectadas por la resolución que se dé a la controversia.

Aquí, es de señalar que, pese a que el voto mayoritario de la sentencia de 3 de octubre de 2003 llega a declarar que es posible apreciar la afectación

general incluso si el pleito no ha llegado a iniciarse, o aun sin numerosas demandas interpuestas ante los tribunales (bastando un conflicto generalizado), cabe apuntar la existencia de resoluciones posteriores (repárese, verbigracia, como últimos exponentes, SSTs de 18 de enero de 2021, recurso número 75/2018, o 7 de abril de 2021, recurso número 981/2019), que vienen a insistir en la necesidad de que exista una situación real de litigio sobre la cuestión debatida, acaso, haciéndose eco de esta primera fuente de discrepancia evidenciada por el voto particular aquí analizado.

El segundo eje de desacuerdo que se manifiesta en el voto particular enlaza con la noción de notoriedad, a cuyo fin, se recuerda que el artículo 284 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispensa de prueba, pero no de alegación, a los hechos notorios, y que en el proceso civil y social rige de modo pleno el principio de aportación de parte, advirtiéndose que, de aceptarse lo contrario, se lesionaría el principio de contradicción, comprometiendo la imparcialidad del órgano judicial.

Y algo similar ocurre con el tercer punto de discrepancia, que se centra en la evidencia compartida, al considerar que, también en este caso, podrá dispensarse la práctica de prueba, que no de alegación, añadiéndose que solo cabe que las partes puedan estar conformes sobre un hecho si éste ha sido previamente alegado en el proceso, puesto que «el hecho ignorado no puede confundirse con el hecho admitido». En esa línea de principio, se concluye afirmando que, «...si en el proceso no ha entrado ningún dato del que puede racionalmente deducirse la afectación general es claro que la evidencia compartida no puede jugar por falta de objeto».

En estos dos puntos últimos puntos, sin embargo, no se identifican matices en la interpretación judicial posterior, que, de modo reiterado, ha venido a señalar que la referida doctrina por la que se exime de alegación y prueba de la múltiple afectación en el caso de que ésta sea notoria, se encuentra totalmente consolidada.

IV. APUNTE FINAL

El interés del voto analizado es evidente, tanto por su claridad y contundencia expositiva, como porque condensa las claves de una de las dos posturas enfrentadas en el debate mantenido durante años en el seno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, caracterizado por una oscilación interpretativa acerca de las circunstancias en que cabe apreciar la concurrencia de la figura

de la afectación general, así como sobre las modalidades a través de las que ésta puede ponerse de manifiesto.

Aunque, hoy día, exista una línea jurisprudencial consolidada al respecto, la lectura de las razones expuestas en el voto objeto de comentario invita a reflexionar hasta qué punto nos pudiéramos encontrar ante una discusión cerrada en falso, y con ello, acerca de la conveniencia de una intervención futura del legislador que positive, de un modo más claro, terminante y definitivo, las concretas circunstancias en las que pueda apreciarse la concurrencia de esta figura (y el acceso de las partes litigantes al recurso de suplicación), máxime tratándose, como se trata, de una cuestión de tanta relevancia y complejidad, que impacta de modo directo sobre los principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley.

PROCEDIMIENTO ADECUADO PARA IMPUGNAR LA SUBROGACIÓN SIN CONSENTIMIENTO DEL TRABAJADOR

IGNACIO GONZÁLEZ FERNÁNDEZ

Abogado Asociado Senior de Abdón Pedrajas Littler

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2002 (RCUD 47/2001) [ECLI: ES: TS:2001:]. Voto particular.

II. INTRODUCCIÓN

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (STS) de 30 de abril de 2002 analizó cuál es el procedimiento adecuado para tutelar la impugnación de un trabajador frente a la subrogación de su relación laboral, pactada en pliego de condiciones entre su empleador y una segunda empresa, y no consentida por el empleado. Y, como proyección de lo anterior, también resolvió cuál es el plazo para el ejercicio de la acción.

El pronunciamiento concluyó que la pretensión del trabajador de restablecimiento de su relación laboral con el empresario cedente del contrato debe canalizarse a través del proceso ordinario, por entender que no nos encontramos ante un verdadero supuesto de despido, sino ante una novación modificativa del contrato de trabajo. No obstante, el voto particular formulado por el Excmo. Sr.

D. Aurelio Desdentado consideró que la acción ejercida es realmente la de despido, el procedimiento ordinario no es el correcto para la resolución del litigio y la acción debía entenderse caducada en el supuesto enjuiciado.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

Conforme a los hechos de interés en la sentencia objeto de este comentario, una empresa venía desarrollando en el Aeropuerto Tenerife Sur la actividad de servicios de asistencia en tierra a aeronaves y pasajeros (*handling*) a favor de la entidad gestora del aeropuerto (AENA). Este servicio fue adjudicado por la gestora a una segunda empresa tras un concurso, en cuyo pliego de condiciones se establecía la obligación del empresario entrante de asumir a una parte de la plantilla de la saliente en proporción a la actividad asumida por la adjudicataria.

En aplicación del pliego de condiciones, las entidades involucradas comunicaron a la plantilla afectada que la empresa entrante en la actividad de *handling* se sucedería en sus relaciones de trabajo y pasaría a ocupar la posición de empleador, con presunto amparo en lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

Disconforme con la subrogación, la parte actora en las actuaciones pasó a prestar servicios para la entidad sucesora. Pero, al mismo tiempo, impugnó la decisión empresarial mediante demanda de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

El proceso finalizó mediante resolución que acordó la inadecuación de procedimiento. Ante ello, el trabajador interpuso demanda sobre reconocimiento de derecho en la que solicitaba que se reconociera la nulidad de la subrogación y se declarase no ajustada a Derecho, reponiéndole por ello como trabajador de la sociedad saliente. Esta nueva demanda se interpuso más de 20 días hábiles después de la materialización de la subrogación y la consecuente negativa de la cedente a continuar en la posición de empleador.

2. Relevancia del asunto

Las sentencias de instancia y suplicación analizaron si era preciso el consentimiento de los trabajadores afectados en una sucesión de plantilla de ori-

gen estrictamente contractual. El fallo de instancia estimó la demanda del actor, pero el de suplicación rechazó la pretensión, lo que motivó su impugnación en unificación de doctrina.

Esta cuestión ya había sido resuelta por el Alto Tribunal en previos pronunciamientos. Conforme a reiterada jurisprudencia (por todas, STS de 29 de febrero de 2000 [Rec. 4949/1998], también sobre sucesión en el sector de *handling*), a diferencia de lo que sucede en una sucesión empresarial legal (art. 44 ET) o convencional, la subrogación de una parte de la plantilla que no comporte la transmisión de una unidad productiva y que se ordena por un acuerdo entre empresas requiere ineludiblemente del consentimiento de los afectados.

Tal conclusión se alcanza por aplicación del artículo 1.205 del Código Civil (CC), que establece que la novación subjetiva en la posición de un deudor (empresario) no puede materializarse sin el consentimiento del acreedor (trabajador).

Pero lo verdaderamente original de la sentencia ahora comentada no es el fondo del asunto. Lo relevante estriba en que, en sede de casación para unificación de doctrina, se planteó por una parte de los Magistrados si el procedimiento ordinario seguido era realmente el adecuado para tutelar la pretensión impugnatoria de la sucesión contractual no aceptada por el trabajador. Y ello por entender que la petición de reintegro en la plantilla del empresario saliente, negada por éste sin justa causa, era propia de una acción de despido.

Este aspecto resultaba esencial en el caso concreto, y revestía una indudable proyección práctica para interponer reclamaciones análogas y conocer los plazos de ejercicio de las correspondientes acciones. Si se entendía que la tutela impetrada era una acción de reconocimiento de derecho, debía concluirse que su ejercicio estaba sometido al plazo de prescripción de un año del artículo 59.1 ET. Sin embargo, si se consideraba que el contenido de la pretensión era consustancial a una acción de despido, el plazo para la interposición de la correspondiente demanda era de 20 días hábiles de acuerdo con el artículo 59.3 ET. Lo que, en el supuesto analizado, comportaría la caducidad de la acción.

3. Doctrina sentada por la sentencia. Fundamentos del voto particular

La Sala resolvió la cuestión declarando que la acción del trabajador que pretende el mantenimiento de su contrato con el empresario saliente es la de

reconocimiento de derecho, no es materia propia del proceso especial de despido y no está sometida al plazo de caducidad de 20 días hábiles.

Razonó el Alto Tribunal que la subrogación enjuiciada no puede calificarse como una novación extintiva del contrato laboral, en la medida en que el trabajador ha conservado su puesto de trabajo prestando servicios para la empresa entrante. Y ello con independencia de que el mecanismo sucesorio esté viciado y no haya contado con el consentimiento del empleado. De este modo, la situación supondría una novación modificativa de la situación preexistente, pero no la extinción del vínculo.

Las normas sustantivas y procesales ampararían este criterio. De una parte, se consideró que el supuesto no encaja dentro de ninguno de los supuestos extintivos del artículo 49 ET. De otra, las normas reguladoras de la modalidad procesal de despido parten de que el trabajador ha perdido la ocupación o empleo por causa de la extinción. A lo que se añade que el contenido del *petitum* no concuerda con el propio de la acción de despido, que comprende el régimen alternativo de indemnización o readmisión, los salarios de tramitación, y la consideración del trabajador en situación de desempleo involuntario.

En consecuencia, consideró que la acción no puede entenderse caducada ni el procedimiento ordinario es inadecuado, y, entrando a valorar la cuestión litigiosa, declaró la ilicitud de la subrogación contractual y condenó a la empresa cedente a que restableciera el vínculo laboral con el actor. De tal manera que, en cuanto al fondo, la resolución reprodujo sustancialmente la doctrina que había sostenido antes la Sala sobre la necesidad de consentimiento de los afectados en subrogaciones de origen contractual.

Frente a este pronunciamiento se formuló el voto particular del Excmo. Sr. Desdentado, al que se adhirieron 6 Magistrados, en el que disintieron de esta tesis por entender que la petición del actor es realmente propia del proceso de despido y su acción debía entenderse caducada.

Esta discrepancia se fundamenta en dos ideas muy claras. En primer lugar, lo que se está produciendo en el supuesto enjuiciado es la negativa injustificada del primer empleador del trabajador a continuar con la relación laboral. Y eso constituye precisamente un despido sin causa o improcedente, como de hecho había venido sosteniendo la doctrina de la Sala (por todas, STS de 22 de enero de 1990).

Este argumento invalidaría la tesis de que el supuesto no encuentra encaje dentro de los supuestos del artículo 49.1 ET, pues entre los apartados enumerados se encuentra el despido como causa extintiva. Que sería lo que se estaría produciendo desde el momento en que el empresario decide no conti-

nuar con la relación de trabajo con base en un negocio jurídico que no puede producir efectos por no estar consentido por el trabajador.

La prestación de servicios para otro empleador no desvirtuaría esta consideración desde el momento en el que no existe una sucesión ajustada a Derecho que la ampare, sino que únicamente podrá incidir en los eventuales salarios de tramitación que pudieran corresponder. Por tanto, procedería canalizar la pretensión por el cauce de despido, valorar en sede del procedimiento especial si la subrogación encuentra acomodo en las previsiones del artículo 44 ET y, en caso afirmativo, desestimar la demanda.

Además, como segunda idea, se afirma que el objeto de la pretensión del trabajador es propio de una acción de despido porque su contenido incluye la readmisión del empleado en la plantilla de su empleadora, que es lo que se pretendía en el proceso.

Por ello, concluye que la Sala se estaría apartando de un consolidado criterio jurisprudencial, cual es que la cesión del contrato con oposición del trabajador es un despido, para eludir así la consecuente declaración de caducidad de la acción que en aquel caso era obligado declarar.

4. Evolución posterior de la doctrina sentada

La doctrina mayoritaria contenida en la sentencia fue ratificada con posterioridad por la Sala en otras sentencias sobre similares reclamaciones de subrogaciones en el sector de *handling*. Podemos citar las SSTS de 14 de mayo de 2004 [Rec. 2436/2003] y de 1 de febrero de 2006 [Rec. 4383/2004].

Ahora bien, con independencia de estos pronunciamientos, lo cierto es que un análisis de la doctrina judicial de los distintos Tribunales Superiores de Justicia permite inferir que la cuestión no resulta pacífica.

Por un lado, algunos pronunciamientos siguen expresamente la jurisprudencia enunciada. Por todas, SSTSJ de Andalucía de 9 de febrero de 2017 [Rec. 246/2016] y, especialmente, de Castilla y León de 29 de mayo de 2019 [Rec. 277/2019].

Pero, junto a ellos, no son pocos los Tribunales que han seguido defendiendo que la cesión de contrato no consentida por el trabajador es un supuesto de despido, acogiendo con ello la idea central del voto particular examinado: que la negativa del cedente a continuar la relación equivale a extinguir el contrato. Cabe citar las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 24 de noviembre de 2009 [Rec. 849/2009], de Madrid de 10 de febrero de 2011 [Rec. 4052/2010] y de 25 de mayo de 2012 [Rec. 2169/2012], y de Andalucía de 10 de diciembre

de 2012 [Rec. 684/2012], entre otras. Y ello aunque, con posterioridad, se hubiera materializado de algún modo la subrogación con el nuevo empresario.

A la vista de esta disparidad de pronunciamientos se puede concluir que no existe un criterio uniforme, desde un punto de vista doctrinal, sobre si en la situación enjuiciada procedería la acción de despido o la declarativa de derecho.

IV. APUNTE FINAL

La sentencia comentada configura un interesante debate de naturaleza procesal que reviste una indudable relevancia práctica, pues condiciona cómo un trabajador afectado por una subrogación contractual rechazada por éste puede impugnar la medida, qué plazo tiene para ello, y cuál puede ser el contenido de la sentencia que se dicte.

La STS de 30 de abril de 2002 se decanta por entender que la sucesión contractual con oposición del trabajador, y continuación de su prestación de servicios en la cesionaria mientras se tramitan las pertinentes acciones, es materia propia del procedimiento ordinario, y la acción está sometida a plazo de prescripción.

Con todo, con independencia del mayor peso que debiera darse a la solución adoptada por la STS de 30 de abril de 2002, cabe considerar que, si el empresario saliente está negando la continuación de la relación laboral con base en un negocio jurídico que no puede desplegar efectos porque así lo establece la ley (art. 1.205 CC), está resolviendo el contrato de trabajo sin causa justa. Lo cual constituye precisamente el presupuesto de un despido improcedente. Por lo que, desde una perspectiva jurídica, los argumentos del voto particular resultarían acertados. Y, en tanto continúan siendo acogidos por buena parte de la doctrina judicial, deben ser tenidos en consideración.

ABRIENDO LAS PUERTAS DE LA CASACIÓN UNIFICADORA POR INFRACCIÓN PROCESAL

CARLOS GONZÁLEZ ULI
Abogado laboralista en DLA Piper

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2000 (RCUD 2856/1999) [ECLI: ES: TS:2000:8468].

II. INTRODUCCIÓN

Esta sentencia versa sobre la delimitación del ámbito del recurso de casación para la unificación de doctrina en relación con la posibilidad de que las cuestiones procesales puedan ser objeto de doctrina unificada del Tribunal Supremo.

Accede a la casación unificadora la problemática de los defectos procesales y la posibilidad de establecer una doctrina unificada sobre estos aspectos de naturaleza no sustantiva. A nadie se le escapa la importancia de conocer el criterio de la Sala Cuarta a la hora de admitir o no esta modalidad del recurso de casación cuando lo que se denuncia son las cuestiones procesales y no las sustantivas de índole laboral o de seguridad social.

Aprovecha el ponente para recordar la doctrina previa del Tribunal Supremo, acotando los supuestos en los que si que sería admisible plantear en el recurso de unificación de doctrina temas de índole procesal.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

En un procedimiento administrativo de revisión del grado de incapacidad de un trabajador, el INSS dicta resolución en la que, apreciando agravación de las dolencias que determinaron el reconocimiento de una incapacidad permanente parcial, se declara al beneficiario afecto a una incapacidad permanente total. Con la responsabilidad en el abono de la prestación para la Mutua Asepeyo.

La Mutua presenta demanda impugnando la resolución del INSS, que es desestimada por la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 13 de Barcelona. Interpone recurso de suplicación, que es desestimado por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña en sentencia de fecha 13 de mayo de 1999 (rec. 5795/98).

La Mutua interpone recurso de casación para unificación de doctrina, denunciando la contradicción interna de la sentencia y, en concreto, entre su fundamentación y el fallo porque desestimó el recurso de suplicación a pesar de que en el razonamiento jurídico indicaba de forma expresa que las dolencias de la persona trabajadora incidían sobre su capacidad laboral residual de la misma forma que cuando se le reconoció la incapacidad permanente parcial, sin que estuviera impedido para el desarrollo de su actividad.

Para la casación se alega como sentencia de contraste la STS de 23 de diciembre de 1993, que estimó el recurso de casación por apreciar contradicción entre el fallo de suplicación que confirma la sentencia de instancia y la fundamentación jurídica de la que claramente se deducía la procedencia de revocar dicha resolución.

2. Relevancia del asunto

La Sentencia viene a establecer las pautas que deben tenerse en cuenta a la hora de admitir en el recurso de casación para la unificación de doctrina las denuncias de infracciones procesales, diferenciándolo así de los supuestos en los que las irregularidades procesales solo pueden hacerse valer a través del incidente de nulidad de actuaciones.

Lógicamente, no es preciso un gran esfuerzo dialéctico para apreciar la trascendencia de la cuestión planteada, en la que está en juego la determinación de si debe admitirse la unificación doctrinal en materia procesal y, en su caso, con qué alcance.

3. **Doctrina sentada**

La sentencia comentada desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina porque no aprecia contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste por la ausencia de homogeneidad en las irregularidades procesales que se invocaban y faltar, asimismo, la identidad sustancial de los supuestos sustantivos confrontados.

Recordando la doctrina jurisprudencial previa reitera que el acceso a la casación unificadora de los temas procesales exige la concurrencia de dos requisitos para apreciar la contradicción: a) que las infracciones procesales denunciadas sean homogéneas y; b) que en las controversias concurren las identidades subjetivas, la igualdad de hechos, fundamentos y pretensiones.

Justifica esta posición la configuración propia de la casación para la unificación de doctrina, como modalidad del recurso extraordinario diferenciada de la casación ordinaria. Al mismo tiempo, porque el alcance de la infracción procesal no puede aislarse de la propia configuración sustantiva de la controversia.

La aplicación de esta doctrina determina que en los casos en los que se accede a la casación sean distintas las pretensiones deducidas en los dos procesos, versando el de la sentencia de contraste en una reclamación de salarios mientras que se trata de una reclamación de seguridad social en la sentencia recurrida.

Por último, a diferencia de la sentencia de contraste en la que se observa de forma clara la existencia de una discrepancia entre el fallo y la fundamentación jurídica, en la sentencia recurrida lo que ocurre es una divergencia en la propia motivación, incurriendo en la irregularidad de desestimar el recurso de suplicación cuando en el razonamiento jurídico afirmaba la sentencia que las lesiones determinaron la misma incidencia sobre la capacidad laboral que la que ya presentaba el trabajador cuando se encontraba en incapacidad permanente parcial y, en consecuencia, nunca deberían haber dado lugar a la revisión del grado de incapacidad, de acuerdo con las previsiones que establece al respecto la Ley General de la Seguridad Social.

O, en palabras del propio ponente don Aurelio Desdentado Bonete, «para que fuera apreciable la identidad, incluso en el plano exclusivo de la homoge-

neidad procesal, sería necesario que, habiéndose propuesto en las dos sentencias como tema de decisión la existencia de una infracción procesal, aquéllas llegaran a soluciones diferentes». Con ello, el magistrado deja sentada la base doctrinal para que en un futuro pudiera replantearse el acceso a la casación unificadora de los temas procesales como categoría jurídica autónoma, separada de la cuestión sustantiva subyacente en el proceso.

4. Evolución posterior

La importancia de que sobre los aspectos procesales pudiera existir una doctrina unificada a nivel nacional hizo que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo tuviera la ocasión de replantearse el rigor con que venía exigiendo el acceso a casación sobre esta materia. El cambio de criterio aparece ya alumbrado en la sentencia que comentamos en la medida en que deja entrever la posibilidad de que sea suficiente la homogeneidad de la infracción procesal para permitir el acceso a la casación, desvinculada de la necesidad de una identidad sustantiva.

La cuestión, de una extraordinaria relevancia, dio lugar a la aprobación del acuerdo adoptado en Pleno no jurisdiccional de fecha 11 de febrero de 2015 sobre el requisito de la contradicción en materia de infracciones procesales. Conforme al mismo al analizar la contradicción en materia de infracciones procesales se exigirá siempre la concurrencia de la suficiente homogeneidad en la infracción procesal respectiva, con objeto de que se pueda examinar una divergencia de doctrinas que deba corregirse respecto de alguno de los aspectos propios de la tutela judicial efectiva. Concretando que, a efectos de lo previsto en el artículo 219.1 de la LRJS, cuando se invoque como motivo de la casación para la unificación de doctrina la infracción procesal las identidades deben estar referidas a la controversia procesal planteada, sin que sea necesaria la identidad en las situaciones sustantivas de las sentencias comparadas.

Con ello, no es ya la cuestión sustantiva que constituye el fondo del asunto la que debe ser analizada, sino la controversia respecto de la infracción procesal sobre la que versen la sentencia recurrida y la de contraste y la necesidad de que concurra sobre este extremo una suficiente homogeneidad.

Este criterio del Pleno es asumido por recientes sentencias, entre otras, las SSTS/IV de 28 de febrero de 2017 (rcud 2698/2015), 4 de mayo de 2017 (rcud 1201/2015), 18 de mayo de 2017 (rcud 3284/2015), 11 de octubre de 2017 (rcud 3788/2015), 29 de enero de 2019 (rcud 226/2017) y 17 de diciembre de 2019 (rcud 2059/2017).

IV. APUNTE FINAL

Como observamos, Aurelio Desdentado, como ponente de la sentencia mayoritaria, reitera la doctrina sobre los requisitos para que las cuestiones procesales puedan ser objeto de unificación de doctrina, partiendo de lo que el Alto Tribunal ya declaró en la Sentencia de 4 de diciembre de 1991 y que ha mantenido con posterioridad (STS de 8 de mayo, 1 de junio, 16 de noviembre de 1992, 25 de enero, 4 de abril y 2 octubre de 1995, 24 de septiembre de 1997, 23 de mayo de 1998, entre otras).

Pero, en mi opinión en la parte final de la fundamentación de la sentencia Aurelio Desdentado abre la puerta a la posibilidad de que las cuestiones procesales puedan ser objeto de unificación de doctrina sin la exigencia estricta de la identidad sustantiva de los casos que han dado lugar a la sentencia recurrida y a la de contraste. Sin decirlo así de forma expresa, cabe considerar que al establecer los requisitos de homogeneidad procesal, de forma separada de los de la identidad de hechos, fundamentos y pretensiones, deja entrever la posibilidad de plantear las cuestiones procesales de forma autónoma. Pero siempre con la exigencia característica de la unificación de doctrina de la identidad de supuestos –aquí de índole procesal– que hayan dado lugar a decisiones diferentes, que por ello mismo precisan de una doctrina unificada. De ser correcta esta interpretación, la posición del ponente no estaba muy alejada del criterio del Voto Particular que formularon cinco magistrados de la Sala Cuarta. Al mismo tiempo, y en parte, fue la base sobre la que se construyó la actual doctrina unificada sobre el acceso a casación de las cuestiones procesales.

LA EXTINCIÓN INDEMNIZADA DEL CONTRATO POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR Y LA REPARACIÓN ÍNTEGRA DEL DAÑO

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

Catedrático de la Universidad Pública de Navarra

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2004 (RCUD 3994/2002) [ECLI: ES: TS:2004:1674]. Voto particular formulado por el Magistrado Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, al que se adhieren tres Magistrados más de la Sala, los Sres. D. Benigno Varela Autrán, D. Jesús Gullón Rodríguez y D. Bartolomé Ríos Salmerón.

II. INTRODUCCIÓN

Desde la perspectiva de la sanción económica como medio de protección de la lesión que provoca en el trabajador su dimisión provocada, se afronta en esta sentencia la muy relevante cuestión de la función reparadora de la indemnización tasada cuando concurren especiales conductas de gravedad. El sistema indemnizatorio en los supuestos de ejercicio de acción resolutoria por incumplimiento contractual del empresario se equipara al del despido ilegítimo (art. 56 ET), estableciéndose la indemnización señalada para el despido impro-

cedente de treinta y tres días de salario por año de servicio con un máximo de veinticuatro mensualidades. Lo anterior se justifica porque desde la norma la indemnización por despido improcedente se contempla como la consecuencia máxima del incumplimiento empresarial.

Pero es bastante cuestionable que dicho remedio indemnizatorio repare plenamente la lesión provocada, ya que los elementos que para la concurrencia de los justificados motivos del despido indirecto introduce el artículo 50 ET conllevan incumplimientos cualificados. El componente ilícito del acto del empleador y la lesión que provoca integran un daño mayor que el que provoca el despido improcedente o sin causa, porque, junto a la ruptura culpable del empresario, se producen las consecuencias añadidas del incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Por lo que no parece que la sola indemnización del despido improcedente asegure una restauración íntegra del daño provocado en los supuestos de ejercicio de la acción resolutoria. Y en consecuencia se hace pertinente preguntarse si cabe utilizar algún otro módulo de cálculo indemnizatorio que permita atender a los perjuicios concretos sufridos, siendo esta la gran cuestión enjuiciada en la sentencia que es objeto aquí de reseña.

III. LA RESOLUCIÓN INDEMNIZADA DEL CONTRATO POR TRATO VEJATORIO EMPRESARIAL Y LA REPARACIÓN DE DAÑOS DERIVADOS DE DICHA CONDUCTA

1. Antecedentes de hecho

Constituyen la base fáctica de la sentencia comentada los siguientes antecedentes de hecho. Un empleado de una sociedad cooperativa de crédito instó acción resolutoria de su contrato de trabajo *ex* artículo 50 ET, recayendo sentencia firme que estimó su pretensión, quedando resuelta la relación laboral, mediante una indemnización de 28.479.612 pesetas, que el actor percibió. Posteriormente, se inició expediente administrativo de incapacidad, que finalizó con la decisión de que el aludido empleado estaba afecto de incapacidad permanente absoluta a causa de enfermedad común como consecuencias de un trastorno depresivo melancólico, que el interesado sostiene que tiene su origen en la conducta de la empresa que había dado lugar a la resolución del contrato, y, basándose en esta causa, interpuso demanda, pretendiendo una indemnización en cuantía de 40 millones de pesetas. La demanda fue desestimada por el Juzgado de lo Social, pero su decisión fue revocada en trámite de suplicación

por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha que, en Sentencia de 23 de junio de 2002 –recurrida en casación unificadora– revocó la de instancia y estimó parcialmente la demanda, reconociendo a favor del trabajador, por el concepto reclamado, una indemnización en cuantía de 30.000 euros.

2. La cuestión planteada

Se somete a consideración del Alto Tribunal si una vez extinguido el contrato de trabajo como consecuencia de acción ejercitada por el trabajador al amparo del artículo 50.1 del ET, alegando como causa el incumplimiento grave de la empleadora consistente en trato vejatorio continuado, y percibida la correspondiente indemnización por el empleado como si se hubiera tratado de un despido improcedente (art. 50.2), puede o no dicho empleado obtener nueva indemnización, a tenor del artículo 1.101 del Código Civil, con base en concretos perjuicios que dice haberse producido como consecuencia del incumplimiento empresarial.

3. Doctrina del Tribunal Supremo

La Sentencia rechaza la doble indemnización, remitiéndose a la doctrina ya unificada en la materia por la Sentencia de 3 de abril de 1997 (Recurso 3455/96), según la cual, en nuestro Derecho positivo, la indemnización por despido improcedente es una indemnización legalmente tasada, sin margen para que el Juez estime la cuantía de los daños y perjuicios, que se presumen *ex lege* por el hecho del despido improcedente o de la resolución contractual, indemnizándose por la ruptura culpable del contrato y no por los perjuicios concretos que ésta pueda causar.

Se argumenta, sintetizadamente, en la sentencia referencial que:

— «El trabajador demandante pudo, a tenor del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores –en solución igual al artículo 1.124 del Código Civil– reclamar el cumplimiento en especie de la obligación o pedir la resolución del contrato con indemnización de daños y perjuicios en ambos casos.

— Si en el ejercicio de este derecho optativo, el perjudicado por el incumplimiento de la obligación optó por la resolución del contrato de trabajo e indemnización, ésta ha de ser fijada conforme la normativa reguladora de la

relación laboral, y como el Estatuto de los Trabajadores contiene una norma específica –artículo 50– para regular estas situaciones de incumplimiento, la misma ha de ser aplicada sin que sea lícito acudir a preceptos correspondientes a otros sectores jurídicos para alargar indebidamente el cauce indemnizatorio, sancionando el único comportamiento ilícito empresarial por dos vías pertenecientes a diferentes ordenamientos jurídicos y cuya actuación aislada y separada conduciría, contra toda lógica, a sancionar dos veces un mismo hecho de incumplimiento.

— La pretensión resolutoria de contenido indemnizatorio tasado ejercitado con amparo en la norma específica de carácter resolutivo contenido en el artículo 50 ET satisface íntegramente el interés del trabajador derivado de un incumplimiento grave de las prestaciones contractuales a cargo del empresario, y la aplicación de esta norma específica del derecho de trabajo, debe impedir la búsqueda de nuevas soluciones indemnizatorias en el campo del derecho civil, entendido como derecho común.»

No obstante, en aparente sentido contrario, el TS reconoce que la STS de 12 de junio de 2001 declaró la compatibilidad de la reparación de daños morales o incluso materiales con la obligación legal de readmisión, pero considera que no resulta aplicable al caso porque se trataba de un despido por violación de derechos fundamentales declarado nulo y la relación laboral permanecía incólume, mientras que en el presente caso se trata precisamente de romper la relación laboral, a instancia del trabajador, mediante la correspondiente indemnización.

4. El voto particular a la sentencia

El Magistrado Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete y otros tres Magistrados más de la Sala, consideran, sin embargo, que no hay tal incompatibilidad y que la doctrina de la sentencia de 3 de abril de 1997 debe ser revisada, *porque la indemnización prevista en el artículo 50.2 del Estatuto de los Trabajadores repara exclusivamente el daño producido por la pérdida del empleo, derivada de la extinción del contrato de trabajo provocada por la conducta ilícita del empleador, mientras que la indemnización que aquí se reclama no tiene por objeto reparar la pérdida del empleo, sino los daños psíquicos y morales que la conducta empresarial ha provocado en el actor aquejado de un proceso depresivo que ha determinado el reconocimiento de una incapacidad permanente. Son daños distintos que han de ser objeto de reparación independiente,*

pues de lo contrario se está exonerando al causante de la obligación de reparar las consecuencias de un acto ilícito que no han sido compensadas por una indemnización que sólo cubre el daño derivado de la extinción del contrato, como se advierte si se tiene en cuenta que aquella reparación hubiera sido posible si el contrato no se hubiera extinguido.

Observa, en este sentido, que es conveniente precisar que el artículo 1124 del Código Civil prevé, al regular la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas, que «el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos». La indemnización opera, por tanto, en los dos supuestos. Lo que ocurre es que, en el marco del contrato de trabajo, es preciso distinguir dos tipos de daños: los derivados directamente del propio incumplimiento y los que el legislador liga al efecto resolutorio cuando se opta por él. Sólo estos últimos daños están tasados por el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores; los restantes, tienen plena autonomía y han de indemnizarse de acuerdo con las normas generales

5. Estado de la cuestión

A pesar de los convincentes argumentos expuestos por el Magistrado Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, la doctrina jurisprudencial se ha mantenido invariada. Tan solo ha sido objeto de una mínima adaptación legislativa para facilitar el reconocimiento de la indemnidad en los supuestos de vulneración de derechos fundamentales. El artículo 183 LJS prevé la indemnización adicional en los supuestos de discriminación o lesión de derechos fundamentales, y ello con independencia de que se mantenga o no viva la relación laboral. Pero, fuera de los señalados supuestos de vulneración de derechos fundamentales, no se admite indemnización adicional alguna por daños y perjuicios.

No obstante, últimamente parece haberse abierto el debate sobre la posibilidad de fijar una indemnización superior a la legalmente tasada en aplicación del Convenio 158 de la OIT. El TSJ de Cataluña, en sentencia de 23 de abril de 2021(Rec. 5233/20), ha venido a admitir que cuando un despido sea declarado improcedente por fraudulento y la indemnización legal tasada se considere insuficiente, es posible reconocer una indemnización adicional, si se concretan y prueban los daños y perjuicios que el despido hubiera podido causar, lo que bien podría ser aplicable al despido indirecto.

IV. VALORACIÓN CRÍTICA. LA REPARACIÓN APROPIADA DE DAÑOS EX ARTÍCULO 10 CONVENIO 158 OIT

Si bien el sistema indemnizatorio regulado en el artículo 50 ET solo alude a la indemnización tasada del despido improcedente, es evidente, como razona el Magistrado D. Aurelio Desdentado con gran lucidez, que tal sistema dista de satisfacer los intereses de la persona afectada cuando no solo hay un daño sino dos: el provocado por la pérdida inducida del empleo y el derivado de la grave conducta vejatoria por parte del empresario. La indemnización tasada solo alcanza a satisfacer, en su caso, el daño provocado por la pérdida culpable del empleo y no es apta para resarcir suficientemente los daños psíquicos y morales que la conducta empresarial vejatoria continuada causó en el trabajador determinando el reconocimiento de una incapacidad permanente.

El sistema indemnizatorio tal y como está diseñado en el ET sobre la base únicamente de la pérdida de empleo, se revela ciertamente inadecuado e insuficiente en circunstancias como las del caso enjuiciado, en que se pueden acreditar otros daños adicionales, distintos a la extinción provocada del contrato. El legislador admite la posibilidad de reclamar la indemnización adicional derivada de la discriminación o lesión de derechos fundamentales, conforme al artículo 183 LJS. Y el TSJ de Cataluña ha abierto brecha al reconocer una indemnización adicional en un caso en que la indemnización legal y tasada resultaba notoriamente insuficiente, y no alcanzaba a compensar los totales daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daño moral...) que el ilícito acto del despido causaba.

Por qué no admitir, de igual modo, la acumulación de otras acciones de derecho común, cuando la conducta provocadora extintiva del empleador cause perjuicios a la persona asalariada que superen el mero lucro cesante, y la indemnización tasada resulte manifiestamente exigua ante la clara y evidente ilegalidad o abuso de derecho en la conducta provocadora de la dimisión del trabajador. En este sentido, no debe perderse de perspectiva el artículo 10 del Convenio 158 de la OIT, que obliga a dar una respuesta adecuada frente al despido arbitrario, resarciendo suficientemente a quien se ve privado ilegítimamente del puesto de trabajo. Para evitar cualquier arbitrariedad o indefensión, cuando concurren concretos daños acreditados debe existir la posibilidad de reclamar la indemnización adicional derivada de los mismos.

CIERRE PATRONAL Y HUELGA: DIFERENCIAS EN ORDEN A LA PERCEPCIÓN DEL PLUS DE ASISTENCIA

CARMEN GRAU PINEDA

Profesora Titular de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Se afronta ahora el estudio de la Sentencia de 19 de marzo de 2001 (rcud 1814/2000)¹ [ECLI: ES: TS:2001:2159] La resolución abordada para este comentario desestimó en su día el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por UGT-Unión Regional de Asturias contra la Sentencia de 17 de marzo de 2000, del TSJ del Principado de Asturias, dictada en autos promovidos por la recurrente y otra contra Hulleras del Norte, SA, sobre conflicto colectivo.

El encaje de dicho litigio en la presente obra coral encuentra su causa en la persona de su ponente el Excmo. Sr. Aurelio Desdentado Bonete a quien se rinde merecido tributo y que no es sino un botón de muestra de sus excelentes contribuciones doctrinales durante su largo magisterio tanto como docente en universidades como la Carlos III o la Autónoma, ambas de Madrid, como magistrado del máximo órgano de la jurisdicción social.

¹ ECLI: ECLI: ES: TS:2001:2159.

II. INTRODUCCIÓN: SOBRE LAS DIFICULTADES DE ADMISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE LA DOCTRINA.

Como acertadamente se ha dicho «es muy habitual en los foros de abogados laboristas oír lamentos por lo poco que se admite este tipo de recurso, pues tienen muchos de ellos la sensación de que se inadmite todo, y en ocasiones que las inadmisiones son caprichosas²». Y, en este sentido, sorprende de la misma cómo, pese a la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina que se anuncia desde el principio, sea el ponente capaz de decir tanto en tan pocas páginas y con los límites que la contradicción impone. Una anécdota: casi una década después, y con ocasión del acertado comentario de otra sentencia del TS³, el Magistrado Desdentado Bonete diría «una sentencia que aborda el tema de la huelga y el cierre patronal y que, a pesar de que podía haber sido muy importante, se queda solo en importante a secas por el juego de la contradicción». Curiosa coincidencia.

Hoy por hoy se nos antoja que quizás hubiera sido un más fácil esta labor. Y se dice esto porque, desde la reforma del proceso laboral del año 2011 –por obra de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social– y la posibilidad que permite el artículo 219.3 LRJS «en defensa de la legalidad⁴» igual hubiera sido factible suavizar el requisito de admisión al eximirse el presupuesto de contradicción entre sentencias que sí opera como requisito fundamental en la modalidad ordinaria.

Interesa recordar, desde estas líneas introductorias que, la finalidad de este particular recurso ha de ponerse en relación con un hecho concreto, cual es que «la actual planta de los órganos jurisdiccionales laborales determina que el conocimiento de la generalidad de los asuntos corresponda en instancia a los juzgados de lo social, al tiempo que la mayoría de resoluciones dictadas por estos últimos sean recurribles en suplicación ante los Tribunales Superiores de Justicia⁵». Y, precisamente por ello, «para impedir la dispersión juris-

² SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., «Cuestiones de actualidad sobre el recurso de casación para unificación de doctrina (1)», *Revista Trabajo y Derecho*, núm. 79, 2021. p. 1/23 de la versión electrónica.

³ ECLI: ES: TS:2010:4395, STS de 12 de mayo de 2010 (rcud 2191/2009), ponente Excmo. Sr. Gonzalo Moliner Tamborero y voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado don Luis Fernando de Castro Fernández.

⁴ Solo puede interponerlo el Ministerio Fiscal. Más detalles en RAMOS MORAGUES, F., «El recurso de casación por unificación de doctrina instado por el Ministerio Fiscal: artículo 219.3 LRJS», en VVAA: *Problemas Actuales del Proceso Laboral*, TLB, 2020, epígrafe 32.

⁵ GOERLICH PESET, J. M.^a, «Los medios de impugnación», en VVAA, *Curso de Derecho Procesal Laboral*, TLB, 2019, pp. 249-250.

prudencial entre las 21 salas de lo social, se instituye el RCU, cuya única finalidad es conocer de la impugnación de las sentencias de los TTSSJJ que resuelven un recurso de suplicación y resultan contradictorias con otras resoluciones judiciales determinadas⁶. Pero es que, en adición a lo anterior, «con ello se da cumplimiento a distintos principios y criterios constitucionales: el principio de unidad jurisdiccional consagrado por el artículo 117.5. CE; el papel asignado por la CE al TS (art. 123 CE); la efectividad del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE); la plenitud del principio de igualdad (art. 14 CE)»⁷.

Como es por todos sabido, una de las mayores dificultades de este recurso es la «efectiva contradicción de sentencias el ámbito propio y esencial del mismo, ya que solo a partir de la constatación de aquélla cabe proceder a la unificación de la interpretación del derecho y de la legislación aplicables» (STS de 5 de febrero de 1993, entre otras). Conviene reparar que «la contradicción tiene lugar por el contraste entre la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales, no por la diferente fundamentación jurídica de las resoluciones sometidas a comparación» (SSTS 6 y 7 febrero, 3 y 28 abril y 23 septiembre 1992, entre otras).

Pues bien, en el caso que nos ocupa la sentencia de contraste (STSJ de Asturias de 14 de octubre de 1994) pese a hacer referencia a la misma empresa demandada, no justifica el presupuesto fundamental de identidad de los hechos y trae por consecuencia la desestimación del recurso por inexistencia de contradicción. Y ello, básicamente, porque mientras la sentencia recurrida, revocando la de instancia, considera que el cierre patronal lícito priva al trabajador de la proporción correspondiente a los premios de asistencia al igual que ocurre en los supuestos de huelga de trabajadores; en la sentencia que se aporta como sentencia contradictoria, esto es, la sentencia de contraste se planteaba si procedía el abono del plus de asistencia como consecuencia de una huelga general. Y, en este sentido, se concluye que no existe una perfecta identidad de hechos, fundamentos y pretensiones entre ésta y aquélla dado que no es equiparable al cierre patronal a efectos de la percepción del plus de asistencia la doctrina sentada en unificación de doctrina sobre la necesidad de una protección específica en la configuración de determinados conceptos retributivos en los que se toma en consideración la asistencia al trabajo, para garantizar su

⁶ *Idem.*

⁷ *Idem.*

neutralidad en relación con el ejercicio del derecho de huelga. Pero conviene no adelantar acontecimientos.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

Por razones de concreción y limitaciones de espacio, se expondrá, a continuación, un relato escueto y cronológicamente ordenado de los hechos probados.

El artículo 34 del Convenio Colectivo de aplicación en la empresa Hulle-
ras del Norte, SA, con vigencia en el año 1997, establece «un premio de asis-
tencia para los Mineros de 1.^a, Posteadores, Picadores, Barrenistas, Entibado-
res, y Ayudantes de Barrenistas que asistan al trabajo con normal rendimiento
y cumplan por entero su jornada laboral». Añadiéndose en dicho precepto que
«no se computarán como faltas las ausencias debidas a vacaciones, incapaci-
dad laboral transitoria por accidente de trabajo y las contempladas en el ar-
tículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, artículos 78 y 79 de la vigente Or-
denanza de Trabajo y Orden de 31 de marzo de 1971».

Como consecuencia de irregularidades laborales producidas por el paro
laboral⁸ del personal de mantenimiento de los talleres mecanizados del Pozo
Montsacro, la Dirección del Pozo decidió el cierre del mismo a partir de las
15:00 horas del día 7 de marzo de 1997, cierre que se mantuvo hasta las 20:30
horas del día 11 de marzo de 1997.

Intentado el preceptivo acto conciliatorio, con el resultado de sin avenen-
cia, se interpuso demanda de conflicto colectivo⁹ en la que se solicita la decla-
ración del derecho de los trabajadores a que hace referencia el referido artículo
34 del convenio colectivo, que no se les compute como ausencia injustificada
al trabajo las ocasionadas con motivo del cierre patronal y, en consecuencia, se
les abone la prima de asistencia que pudiera corresponderles de no computar

⁸ La lucha obrera en las cuencas mineras asturianas fue significativa desde las tímidas huelgas en el XIX hasta las huelgas más beligerantes y reivindicativas de la década de los 60 y los 70 del pasado siglo XX. Con la liberalización del mercado comenzó a vislumbrarse un futuro negro para estas comarcas, pese a la creación de la empresa pública Hunosa en 1967. En los años 70, la actividad industrial comenzó a desplazarse a la costa asturiana lo que significó el inicio del cierre de decenas de talleres, factorías, el derribo de algunos de los referentes del sector. A partir de los años 80 y 90 comenzaron los cierres de pozos mineros lo que tuvo por consecuencia una gran conflictividad social entre sindicatos, ciudadanos y los diferentes gobiernos, fecha en la que se ubica el presente asunto.

⁹ El 21 de mayo de 1998 por la representación de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras-Unión Regional de Asturias, Unión General de Trabajadores-Unión Regional de Asturias y Corriente Sindical de Izquierdas, frente a la empresa del Norte, SA.

dichas ausencias. El fallo de la sentencia del juzgado de lo social de Mieres¹⁰ procede a estimar dicha demanda, si bien es recurrida ante al TSJ.

En sentido contrario, el TSJ de Asturias¹¹ consideró que el cierre patronal llevado a cabo lo fue de forma justificada como medida de defensa o en respuesta ante una irregularidad colectiva en el régimen de trabajo que impide el proceso normal de producción y en aplicación del artículo 12.1.c) del Real Decreto Ley 17/1977 sobre Relaciones de Trabajo (en adelante, RDLRT 17/1977) que prevé que se pueda acordar el cierre de la empresa cuando el volumen de inasistencias o irregularidades en el trabajo impidan gravemente el proceso normal de producción. Esta facultad empresarial concreta, presente en la normativa preconstitucional aun hoy vigente, supone reconocer «una causa de cierre patronal que cumple una estricta función de defensa económica del empresario, ampliamente criticable, ya que, tanto por su ambigüedad como por lo poco preciso de sus límites, puede amparar numerosos cierres patronales injustificados, vaciando con ello de contenido del derecho fundamental de huelga¹²». Con todo, pasa el filtro de constitucionalidad (STC 11/1981) y no resulta controvertido en el asunto que nos ocupa.

El TSJ asturiano concluye que estando en presencia de un cierre defensivo, ajustado a derecho y lícito (hecho incontrovertido) es posible entender, análogamente al supuesto de huelga legal, que la privación al trabajador de la proporción correspondiente a los premios de asistencia por la reciprocidad, legalmente consagrada, entre prestaciones de trabajo y salario encuentra amparo en el precepto citado convencional que prevé que el premio de asistencia no se abonará si se produce más de una falta, determinando a continuación las ausencias que no se computan como falta, entre las que no se encuentran ni las derivadas del ejercicio del derecho de huelga, ni las producidas como consecuencia de un cierre patronal.

2. Relevancia del asunto

Lo que se plantea en la sentencia de contraste es una cuestión ya abordada en ocasiones anteriores¹³, esto es, la necesidad de una protección específica

¹⁰ Juzgado de lo Social núm. 1 de Mieres en los autos núm. 145/1998, de 10 de noviembre.

¹¹ STSJ de Asturias de 17 de marzo de 2000 (núm. 562/2000) en recurso de suplicación núm. 3554/1998.

¹² VALLE MUÑOZ, F. A., «El cierre patronal por inasistencias al trabajo que impiden gravemente el proceso normal de producción», *Temas Laborales*, núm. 116, 2012, pp. 125-151.

¹³ SSTs de 27 de diciembre de 1993, a la que siguen las sentencias de 5 de mayo de 1997 y 1 de diciembre de 1998, entre otras.

en la configuración de determinados conceptos retributivos en los que se toma en consideración la asistencia al trabajo, para garantizar su neutralidad en relación con el ejercicio del derecho de huelga. Como se señala en la STS de 27 de diciembre de 1993, «los estímulos económicos no deben romper el equilibrio en las decisiones de los trabajadores para adherirse o no a la huelga y esto es, lo que sucedería si, por un incentivo económico desproporcionado de la asistencia al trabajo, la huelga implicara una pérdida patrimonial superior a la que deriva del principio de proporcionalidad». Y, precisamente por ello, «son radicalmente distintas las ausencias al trabajo producidas por la huelga y las debidas a cualquier otro tipo de causa».

Esto es lo que sucede en el presente caso, donde no juega la especial protección del derecho de huelga, porque ese derecho iusfundamental no ha sido ejercitado, no siendo así necesario ponderar la proporcionalidad del sacrificio. La decisión del cierre patronal corresponde a la empresa y el *quid* de la cuestión se residencia, en definitiva, en si la decisión de aquélla permite considerar que se está en presencia de una ausencia imputable a los trabajadores a efectos no ya de la exclusión del salario correspondiente a los días de cierre, sino de la pérdida de la continuidad de la asistencia a efectos del reconocimiento del complemento que la retribuye.

Repárese en cómo pese a desestimarse el recurso de casación para la unificación de la doctrina, no desaprovecha el ponente la oportunidad para dejar perfectamente predeterminada la controversia jurídica pendiente de ser resuelta en la sede judicial oportuna.

IV. APUNTE FINAL

El cierre patronal es una institución jurídica a la que, como se ha señalado, «se ha prestado escasa atención por parte de la doctrina, tanto científica como judicial, en comparación con el derecho de huelga»¹⁴. Ello podría encontrar su justificación en el hecho de que, si bien se trata de la medida de conflicto de mayor gravedad a la que pueden recurrir los empresarios, tanto por la importancia de los bienes jurídicos y derechos a los que puede afectar como por sus efectos más inmediatos de debilitamiento de la posición de fuerza de los trabajadores, es en realidad un instrumento de una limitada virtualidad práctica, al ser escasos los supuestos en los que el sector empresarial recu-

¹⁴ Vid. citados por todos, los estudios de RUIZ CASTILLO, M. M., *El cierre patronal*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, y de MIÑARRO YANINI, M., *El cierre patronal*, Tirant lo Blanch, 2009.

re a él¹⁵». Tan limitada que su uso más que residual ha sido testimonial¹⁶. No en vano, son anecdóticas las ocasiones en las que el banco patronal ha recurrido y recurre a dicha medida de conflicto y policía. Y es que, como se ha señalado, «resulta impensable que un sujeto como es el empresario, que en la esfera de las relaciones económicas y de producción posee la iniciativa, sin embargo en el campo de las relaciones laborales –y más aún en el contexto de un conflicto– vaya a adoptar una postura meramente pasiva¹⁷».

Con todo, en aquellos supuestos en los que se ha pretendido equiparar el tratamiento entre huelga y cierre patronal, por tener en común el ser medidas de conflicto colectivo, ha resultado imposible por contar con objetos diferentes.

¹⁵ POQUET CATALÁ, R., «La construcción judicial del cierre patronal», *RTSS. CEF*, núm. 386, p. 118.

¹⁶ VALDES DAL RE, F., «El cierre patronal, treinta años después: entre un uso empresarial testimonial y un reconocimiento jurisprudencial amplio (I y II)», *Relaciones laborales*, núm. 7 y 8, 2010.

¹⁷ SANGUINETI RAYMOND, W., «El cierre patronal, ¿paro técnico o medida de conflicto?», *Revista de Derecho Social*, núm. 16, 2001, p. 43.

ESTAR Y CONVERSAR COMO OBJETO DEL CONTRATO ¿DE TRABAJO?

ESTHER GUERRERO VIZUETE
Profesora Lectora Serra Húnter

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2014 (RCUD 3205/2012) [ECLI: ES: TS: 2014:1404]. Voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete.

II. INTRODUCCIÓN

El debate acerca de los límites de la laboralidad ha sido y es recurrente en la doctrina tanto científica¹ como judicial. Muestra de ello es esta sentencia, en la que se cuestiona si la prestación de servicios de un tertuliano en un medio de comunicación presenta los caracteres propios de una relación laboral. Tras

¹ Entre otros, RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo», *Revista de Política Social* núm. 71, 1966; DE LA VILLA GIL, L. E., «El concepto de trabajador (en torno al artículo 1.1)», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 100, 2000; CRUZ VILLALÓN, J., «El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo», *Revista de Derecho Social* núm. 83, septiembre, 2018; DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M., «La dependencia económica como elemento vertebrador del Derecho del Trabajo. La necesaria modificación del artículo 1.1 ET, a la vista del ejemplo alemán», *Revista Trabajo y Derecho* núm. 67, 2020.

su análisis, para la mayoría de los miembros del Tribunal Supremo no había duda de que debía calificarse como laboral al apreciar, en una interpretación extraordinariamente flexible, la existencia de los presupuestos configuradores de una relación laboral. Y frente al sentir mayoritario, manifiesta su oposición Desdentado Bonete a través de un voto particular que destila ese vasto conocimiento jurídico del que era poseedor, y con una precisión quirúrgica, identifica el elemento vertebrador de la prestación, situando los lindes de la relación jurídica controvertida extramuros del ordenamiento laboral. Con acertado criterio, a nuestro parecer, determina cuál es el objeto del contrato, conversar mediante la expresión espontánea e independiente de opiniones y en un ejercicio de agudeza, advierte de los riesgos que conlleva considerar como dependencia laboral lo que en realidad es una coordinación de actividades propia de los contratos de colaboración. Un peligro ante el que nos encontramos inmersos dado el frecuente recurso a la externalización realizada por las empresas.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

El actor, periodista de profesión, intervenía como tertuliano en diversos programas de la Sociedad Española de Radiodifusión, SA (cadena SER) desde 1994. Los términos de su prestación de servicios se enmarcaban en un contexto particularmente amplio, consistente en manifestar con total libertad su opinión sobre un tema de actualidad previamente determinado por la empresa radiofónica, siendo su periodicidad semanal y sin exclusividad. No se le proporcionaban directrices sobre cómo preparar su intervención ni sobre cómo ésta debía ser ejecutada.

Para el desarrollo de su actividad no se le requería su presencia física en la emisora de radio, pudiendo intervenir desde La Habana, Buenos Aires y Londres, donde tenía su domicilio, de forma remota a través de un sistema de comunicación RDSI que proporcionaba la empresa.

Tenía libertad para modificar el día en el que intervenía en el programa y la retribución se efectuaba a través de una de las tres sociedades mercantiles de las que el actor era administrador único, siendo su objeto social la producción, gestión, realización, compra y venta de programas de televisión para su difusión por cualquier medio, incluido internet.

Al comunicársele la finalización de su colaboración, el actor presenta demanda por despido siendo en primer término desestimada por incompeten-

cia de la jurisdicción laboral al calificarse como no laboral la relación jurídica entre la cadena SER y el tertuliano; esta sentencia es revocada en suplicación devolviéndose las actuaciones al Juzgado de instancia para que resolviese sobre el fondo de la pretensión planteada y finalmente recurrida en casación para la unificación de doctrina por la empresa demandada. El Tribunal Supremo acoge todos los argumentos de la resolución dictada en suplicación y concluye que se trata de una relación en la que concurren las notas de laboralidad señaladas en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores.

2. Relevancia del asunto

El Tribunal Supremo declara que la relación jurídica mantenida entre el tertuliano y la cadena SER era de naturaleza laboral. Y lo hace llevando a cabo una interpretación extensiva² del concepto de dependencia, al entender que, pese a la autonomía funcional de que dispone el periodista, éste se encuentra integrado en el ámbito de dirección y organización de la empresa. El Alto Tribunal señala que la libertad profesional que se le reconoce no es incompatible con el ejercicio del poder de dirección manifestado en la determinación del tema de debate, configurando, de este modo, una suerte de subordinación imperfecta a la que Desdentado Bonete se opone valorizando el concepto de coordinación que subyace en muchas de las relaciones jurídicas prestadas por estos profesionales.

A través de su voto particular afirma su convicción sobre la naturaleza extralaboral de la prestación analizada. En primer término, contextualiza el significado del término «encargo de trabajo» utilizado en la sentencia recurrida. En pronunciamientos anteriores el Supremo señaló como indicio de dependencia la realización de crónicas informativas a instancia del medio de comunicación³, si bien, como advierte Desdentado Bonete, en el caso enjuiciado no nos encontramos ante un encargo de trabajo pues lo que se encarga al tertuliano es un encargo de estar con otros y comunicarse con ellos contrastando unas opiniones que se expresan con plena libertad. La determinación del tema sobre el que debía versar la tertulia no es una manifestación del poder de dirección

² Sobre los peligros de la flexibilización de la jurisprudencia de indicios y el riesgo de vaciar de contenido otras formas de colaboración o de prestación de servicios contempladas en el ordenamiento jurídico como ajenas al Derecho del trabajo, *vid.* NAVARRO NIETO, F., «El trabajo autónomo en las «zonas grises» del Derecho del Trabajo, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 5, núm. 4, 2017.

³ STS (Sala de los Social, Sección 1.ª) de 16 de diciembre de 2008.

sino que forma parte de la coordinación necesaria que debe existir para que el intercambio de opiniones, en que consiste la tertulia, se desarrolle en condiciones de espontaneidad. La dependencia significa que el trabajador reconoce a su empleador el poder de darle órdenes relativas a la ejecución del contrato, situación ante la que no estamos en la sentencia analizada.

En definitiva, con gran acierto, diferencia la dependencia laboral de la coordinación, presupuesto inherente en los contratos de colaboración, situando el debate de la laboralidad en sus adecuados términos.

3. Doctrina sentada

Con esta sentencia el Tribunal Supremo contribuye a la tendencia expansiva del ordenamiento laboral, insertando en su ámbito protector a sujetos que gozan de una notable independencia funcional y económica, como queda patente al apreciar la existencia de los presupuestos de laboralidad en unos términos ciertamente amplios.

Ante esta situación, advierte Desdentado Bonete la necesidad de prestar atención a la voluntad de las partes en la previa calificación del vínculo contractual. La elasticidad del Derecho del Trabajo, que lo hace capaz de convivir con sus propias contradicciones internas y con otros ámbitos jurídicos⁴, no debe llevar a insertar en su ámbito de aplicación a sujetos que, de forma clara, han fijado los términos de su vinculación contractual. En este sentido, la cuantía económica de su intervención (6.000€ mensuales) y la «anomalía» consistente en la utilización de verdaderas empresas a través de las que canalizar la remuneración de sus servicios, son elementos de una realidad material que, tal y como anunció en su voto particular, han quedado alterados de forma significativa por una declaración *ex post* de laboralidad. El Tribunal admitió en otras ocasiones la laboralidad de quien ostenta la condición de consejero de sociedades, si bien en esta sentencia va un paso más allá y califica como asalariado a quien es retribuido por medio de una mercantil de la que el prestador es administrador único y ha sido creada con la finalidad de producir servicios en el ámbito de la comunicación, lo cual excede de la habitual configuración del falso trabajador autónomo como sujeto necesitado de protección.

Concluye su voto particular con una consideración que tiene plena actualidad, ya que la inclusión de este tipo de relaciones en el ámbito laboral puede

⁴ ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel: ¿Qué fue, qué es y qué será el Derecho del Trabajo?, ed. Laborum, Murcia, 2018, p. 45.

dotarlas de una rigidez innecesaria, al tratarse de vínculos no necesitados de protección por el ordenamiento laboral, pues no hay una relación asimétrica entre las partes. Es ésta una realidad que debe ser tenida en cuenta dadas las importantes repercusiones que tiene y tendrá en nuestro modelo de relaciones laborales y sobre la que Desdentado Bonete advierte con gran maestría.

IV. APUNTE FINAL

Con esta interpretación extensiva del concepto de dependencia, el Tribunal Supremo tendió un puente de plata hacia la laboralización⁵ de estas prestaciones desarrolladas en el ámbito de los medios de comunicación, y cuya consecuencia no será otra que el continuismo de la inseguridad jurídica que sobrevuela a estas relaciones.

Estamos ante una de las muchas aportaciones que nos ha dejado un jurista excepcional, que, con frecuencia, recurría al significado de las palabras para situar el debate en sus estrictos términos⁶ y que sabía enriquecer sus análisis con reflexiones críticas, manifestando su opinión aun cuando no estuviera aliñada con el sentir mayoritario, como es el caso de la sentencia que comentamos. En uno de sus últimos trabajos señalaba, con gran humildad, su esperanza de poder aportar algo nuevo al tema que analizaba⁷. Nada más lejos de la realidad, pues siempre será un referente de nuestra cultura jurídica laboral.

⁵ Expresión tomada en sentido inverso a la manifestada por Desdentado Bonete en su crítica a la legislación *prêt à porter* y a su exceso de retórica en «El traje nuevo del emperador. Sobre la legislación simbólica en el Estatuto del trabajo Autónomo», *Revista de Derecho Social* núm. 44, 2008.

⁶ En esta sentencia acude al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española para señalar qué debe entenderse por tertulia. En otras hace lo propio respecto de términos tales como «alterne» (STS de 17 de noviembre de 2004), «fraude» (STS de 10 de diciembre de 2013), «prestación» (STS de 29 de septiembre de 2010), o «igual» (STS de 12 de junio de 2012), entre otras.

⁷ «De nuevo, sobre trabajo y prostitución», *Labos* vol. 1, núm. 2, 2020.

EL CUENTO DE NUNCA ACABAR: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL IRREGULAR EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO
Catedrático de la Universidad de Extremadura

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del TS de 20 de enero de 1998 (RCUD 317/1997) [ECLI: ES: TS:1998:234].

II. INTRODUCCIÓN

Han transcurrido casi cinco lustros desde que el Tribunal Supremo se pronunciara en esta sentencia sobre las consecuencias que habrían de derivarse de las irregularidades llevadas a cabo por las administraciones públicas en los procesos de contratación temporal de personal a su servicio.

No fue esta, sin embargo, la primera ocasión en la que la materia referenciada merecía la atención del Alto Tribunal. Esta problemática ya había sido objeto de un intenso tratamiento en la doctrina jurisprudencial, dando lugar sus posicionamientos iniciales a posteriores matizaciones y subsiguientes aclaraciones.

Así, se vinieron ofrecido cual entregas periódicas, y con un cierto efecto «pendular», las valoraciones sobre los efectos que estas actuaciones persistentes en fraude de ley de las administraciones públicas desplegaban.

Es fácil observar, por tanto, que esta es una materia que reviste especial complejidad jurídica y una enorme conflictividad. No en vano, la sentencia de primeros de 1998 recoge dos elementos que dan muestra de estas circunstancias. Así, de una parte, en el trámite procesal oportuno, instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente (Desdentado Bonete), conclusos los autos, señalada fecha para la votación y fallo, por providencia se dejó esta sin efecto y se acordó que, «dadas las características de la cuestión planteada y su transcendencia», procedía realizar un nuevo señalamiento para su tratamiento en Sala General. De otra, el voto particular discrepante con la postura mayoritaria de la Sala formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Gil Suárez, al que se adhieren otros cuatro magistrados¹.

Su cuestionamiento jurídico en modo alguno queda solventado con este pronunciamiento y se ha prolongado, como se indica *infra*, hasta la actualidad.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

Los actores han venido prestando servicios por cuenta y orden de la Viceconsejería de Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias desde el inicio de sus relaciones laborales (años 1987 y 1988) de forma continua y sin solución de continuidad, alternado contratos laborales de duración determinada con contratos administrativos específicos (también de carácter temporal).

Interpuestas reclamaciones administrativas previas que resultaron desestimadas, en 1994 se presentan demandas por aquellos sobre declaración de fijeza.

En instancia se estima la demanda promovida. El recurso de suplicación interpuesto por la administración pública revoca, sin embargo, el pronunciamiento del juzgado, desestimando la demanda y absolviendo a la administración pública. Niega, en definitiva, la declaración de fijeza solicitada por considerar que, al tener que cumplir la administración demandada las normas sobre cobertura de las plazas, los efectos de la contratación irregular quedan limitados a mantener la situación contractual hasta la fecha de la indicada cobertura.

Ello da pie a la formulación del recurso de casación para la unificación de doctrina, alegándose como sentencia de contradicción la STSJ Islas Canarias

¹ Los Excmos. Sres. Magistrados D. Arturo Fernández López, D. Fernando Salinas Molina, D. Miguel Ángel Campos Alonso y D. Leonardo Bris Montes.

(Las Palmas) de 15 junio 1995 (rec. núm. 794/1994) en la que se reconoce la conversión en fijo del demandante.

2. Relevancia del asunto

Esta sentencia continua la saga de pronunciamientos del Tribunal Supremo acerca de esta materia, repleta de ajustes, matizaciones y adecuaciones.

Como se encarga de glosar su FJ 2.º una primera línea doctrinal concluyó que como regla general y salvo supuestos especialmente cualificados las irregularidades en la contratación temporal de las AAPP de personal a su servicio «no pueden determinar, por la simple inobservancia de alguna de las formalidades del contrato, del término o de los requisitos aplicables a las prórrogas, la atribución con carácter indefinido, que debe proveerse de acuerdo con los principios de publicidad y mérito» [sentencia de 27 de noviembre de 1989² y las que en ella se citan (SSTS de 21 febrero³, 24 abril (5)⁴, 4 junio (4)⁵, 4 (2)⁶ y 5 julio (2)⁷ 1986 y 2 marzo (2)⁸, 9 abril (2)⁹ y 13 julio (4)¹⁰ 1987 y 7 julio (4)¹¹ 1988]. Este criterio se aclara por las sentencias de 7 de febrero de 1990 (2)¹², 24 de abril de 1990¹³, y 18 de julio de 1990¹⁴, en las que se precisa que la irregularidad contractual no debe determinar la transformación del contrato en indefinido, pero que esa contratación irregular pone normalmente de relieve que existe un puesto de trabajo laboral cuya provisión no ha sido objeto de cobertura reglamentaria y, en consecuencia, el contrato temporal se orienta en realidad a la finalidad de permitir, también con carácter temporal, el desempeño de esa plaza hasta que pueda cubrirse de forma definitiva, calificándolo como interinidad de hecho. Sin embargo, a partir de la sentencia de 18 de

² ECLI: ES: TS:1989:6756.

³ ECLI: ES: TS:1986:827.

⁴ ECLI: ES: TS:1986:2044; ECLI: ES: TS:1986:13650; ECLI: ES: TS:1986:2023; ECLI: ES: TS:1986:12562; ECLI: ES: TS:1986:2022.

⁵ ECLI: ES: TS:1986:3050; ECLI: ES: TS:1986:3039; ECLI: ES: TS:1986:12782; ECLI: ES: TS:1986:13089.

⁶ ECLI: ES: TS:1986:13642; ECLI: ES: TS:1986:3863.

⁷ ECLI: ES: TS:1986:3893; ECLI: ES: TS:1986:11888.

⁸ ECLI: ES: TS:1987:1430; ECLI: ES: TS:1987:13461.

⁹ ECLI: ES: TS:1987:2561; ECLI: ES: TS:1987:11724.

¹⁰ ECLI: ES: TS:1987:14276; ECLI: ES: TS:1987:5001; ECLI: ES: TS:1987:14248; ECLI: ES: TS:1987:5007.

¹¹ ECLI: ES: TS:1988:15289; ECLI: ES: TS:1988:5287; ECLI: ES: TS:1988:5286; ECLI: ES: TS:1988:15285.

¹² ECLI: ES: TS:1990:1008; ECLI: ES: TS:1990:17086.

¹³ ECLI: ES: TS:1990:3388.

¹⁴ ECLI: ES: TS:1990:5819.

marzo de 1991¹⁵ la doctrina de la Sala se orienta a considerar que las AAPP están plenamente sometidas a los límites que la legislación laboral establece sobre la contratación temporal y que las infracciones de esa legislación pueden determinar la adquisición de la fijeza¹⁶. No obstante, el alcance de esta posición ha sido de nuevo matizado a partir de la sentencia de 7 de octubre de 1996¹⁷, en la que se establece que «la contratación en la Administración pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su contratación, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido». Doctrina esta última reiterada en SSTs de 10 y 30 diciembre 1996¹⁸, 14 marzo (2)¹⁹ y 24 abril 1997²⁰.

Esto es, del no indefinido al indefinido no fijo, pasando por la interinidad de hecho e incluso la fijeza. Las dificultades interpretativas son más que palpables.

3. Doctrina sentada

La Sala se enfrenta de nuevo al problema de la contratación laboral temporal irregular de las administraciones públicas. Tras examinar la distinción entre el carácter indefinido del contrato de trabajo y la fijeza en plantilla a la que se accede conforme un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad en la administración pública, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, concreta el Alto Tribunal lo siguiente:

«El carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las nor-

¹⁵ ECLI: ES: TS:1991:16623.

¹⁶ Doctrina seguida, entre otras, por las SSTs de 27 enero, 6 (2) y 18 (2) mayo, y 23 y 26 octubre 1992 (ECLI: ES: TS:1992:499; ECLI: ES: TS:1992:20422; ECLI: ES: TS:1992:3578; ECLI: ES: TS:1992:3936; ECLI: ES: TS:1992:20448; ECLI: ES: TS:1992:7929; ECLI: ES: TS:1992:7962), 22 de septiembre y 3 noviembre 1993 (ECLI: ES: TS:1993:6124; ECLI: ES: TS:1993:7348), 22 febrero 1994 (ECLI: ES: TS:1994:14607), 8 junio, 17 (2) y 20 julio, 25 septiembre 1995 (ECLI: ES: TS:1995:3308; ECLI: ES: TS:1995:10633; ECLI: ES: TS:1995:4240; ECLI: ES: TS:1995:10580; ECLI: ES: TS:1995:4676;), y 26 octubre, 30 noviembre y 5 diciembre 1996 (ECLI: ES: TS:1996:5857; ECLI: ES: TS:1996:6807; ECLI: ES: TS:1996:6945).

¹⁷ ECLI: ES: TS:1996:5360.

¹⁸ ECLI: ES: TS:1996:7054; ECLI: ES: TS:1996:7633.

¹⁹ ECLI: ES: TS:1997:1884; ECLI: ES: TS:1997:1861.

²⁰ ECLI: ES: TS:1997:2863.

mas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato.

[...] Las irregularidades existentes en la contratación no pueden determinar la declaración de fijeza en la plantilla que es lo que se solicita en la demanda. El reconocimiento de las irregularidades de la sentencia recurrida no llevaría en este caso a consecuencias prácticas distintas a las que se derivan de la situación derivada del último contrato, pues, como señala la sentencia recurrida, los actores ya han alcanzado, a través del contrato de interinidad, la garantía de su empleo hasta la cobertura del puesto que desempeñase.»

Esto es, la atribución del carácter de indefinido no fijo hasta la cobertura de la plaza vacante.

Por su parte, el voto particular aboga por la vuelta a la doctrina contenida en la sentencia de 18 de marzo de 1991, esto es, a la que postula la adquisición de la fijeza.

4. Evolución posterior

Pese al devenir de los años, la temática abordada no ha perdido un ápice de actualidad. Lejos de apagarse o ensombrecerse esta disyuntiva conceptual se ha convertido en un clásico de los tribunales y de las aproximaciones de la doctrina científica²¹. Es más, incluso en términos razonables se puede asumir con total honestidad que la controversia jurídica suscitada (en sus diversas variables –cese de puesto de interinidades por cobertura de vacantes, indemnizaciones a personal temporal, empresas públicas...–) se ha revitalizado y en los últimos tiempos ha alcanzado un mayor protagonismo.

En buena parte este papel destacado encuentra su argumentario en los hitos que a continuación se sintetizan:

En la internacionalización de su debate, con la participación directa en la escenografía del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su doctrina «co-

²¹ Interesa destacar la sabia aportación de a quien se le rinde tributo con es magna obra colectiva, DESDENTADO BONETE, A.: «Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?», *RIL*, núm. 10 (2018), pp. 17-45.

rectora» y también «titubeante»²². En lo que ahora interesa, recientemente, STJUE (Sala Séptima) 3 junio 2021, C-726/19 (ECLI: EU: C:2021:439), en la que se declara:

«1) La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia nacional, que, por un lado, permite, a la espera de la finalización de los procesos selectivos iniciados para cubrir definitivamente las plazas vacantes de trabajadores en el sector público, la renovación de contratos de duración determinada, sin indicar un plazo preciso de finalización de dichos procesos, y, por otro lado, prohíbe tanto la asimilación de esos trabajadores a «trabajadores indefinidos no fijos» como la concesión de una indemnización a esos mismos trabajadores. En efecto, esta normativa nacional, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al órgano jurisdiccional remitente, no parece incluir ninguna medida destinada a prevenir y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada.

2) La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis económica de 2008, no pueden justificar la inexistencia, en el Derecho nacional, de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada.»

Por la cronificación y aumento destacado del número de personas que se encuentran en esa situación de (acéptese el juego de palabras) «temporalidad permanente»²³ y,

²² Cfr. sobre esa doctrina titubeante, cfr. STJUE (Sala Décima) de 14 septiembre 2016, C-596/14 (ECLI: EU: C: 2016:683) y (Sala Sexta) 21 noviembre 2018, C-619/17 (ECLI: EU: C: 2018:936).

²³ El porcentaje de asalariados con contrato temporal en el sector público en el primer trimestre de 2021 se sitúa en el 30,4 %, casi 10 puntos porcentuales por encima que las cifras de comienzos del milenio, donde se encontraba en el 21,9 %. Cfr. INE, «Asalariados del sector público por sexo y tipo de contrato o relación laboral. Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada sexo» (<https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=4226&L=0>).

Por último, en la visibilidad impulsada de la mano de movilizaciones sociales por los colectivos de afectados²⁴.

Las consecuencias en el plano interno son de máxima actualidad. En la semana en la que se cierra esta colaboración el Pleno del Tribunal Supremo ha dictado la sentencia 28 junio 2021 (rec. 3263/2019) –sin votos particulares–. Su FJ 4.º resume la jurisprudencia al respecto. Además, señala expresamente que «resulta necesario efectuar una nueva reflexión sobre algunos aspectos de nuestra doctrina y, especialmente, sobre las circunstancias de su aplicación», si bien limitada al contrato de interinidad por vacante²⁵. En este sentido precisa y rectifica la doctrina anterior para afirmar:

«Aun cuando el contrato de trabajo de interinidad por vacante haya cumplido los requisitos del artículo 4.1 y 2.b RD 2720/1998 en los términos ya expuestos, una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada –hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva– ha ocupado, en el marco de varios nombramientos o de uno solo durante un período inusual e injustificadamente largo, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se deba al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante, ha de ser considerada como fraudulenta; y, en consecuencia, procede considerar que el personal interino que ocupaba la plaza vacante debe ser considerado como indefinido no fijo.»

A falta de plazos concretos y específicos para la ejecución de estos procesos selectivos, continúa el Alto Tribunal, no es admisible que el desarrollo de estos procesos se deje al arbitrio del ente público empleador, por lo que:

«Estima que, salvo muy contadas y limitadas excepciones, los procesos selectivos no deberán durar más de tres años a contar desde la suscripción del

²⁴ Cfr. entre otras muchas noticias, <https://www.europapress.es/comunitat-valenciana/noticia-interinos-protestan-contra-temporalidad-administraciones-publicas-reclaman-solucion-satisfactoria-20210618190003.html> y https://www.ondacero.es/emisoras/aragon/noticias/amenazan-huelga-properan-despidos_2021060460b9eefae9838c0001aa2318.html.

²⁵ Nada altera en los supuestos de contratación fraudulenta alcanzando la condición de indefinidos no fijos.

contrato de interinidad, de suerte que si así sucediera estaríamos en presencia de una duración injustificadamente larga.»

Con lo que queda, en parte, abierto el conflicto.

IV. APUNTE FINAL

Ni la problemática jurídica que se afronta en la sentencia que se comenta es nueva, ni la misma queda definitivamente cerrada con los pronunciamientos recientes que han tenido lugar. Las aristas y excepciones posibles a buen seguro permitirán que continúen las demandas en este campo²⁶, más si cabe si no hay conversión automática y se requiere de demanda previa.

Es, utilizando un adjetivo suave, curioso que quien tiene en su mano la mayor de las veces la solución al problema y que con su actuación ha de dar ejemplo a la sociedad civil (la administración pública en sus distintas formas) no haya actuado hasta el momento de una manera decidida en su resolución.

Este desgaste constante en recursos materiales y humanos para solventar la controversia precisa en exclusiva que las AAPP cumplan las normas establecidas. Hasta tanto esto se produzca, la conflictividad persistirá.

Los puestos en la administración que sean necesarios han de proveerse de acuerdo con las reglas y plazos establecidos. Los innecesarios han de amortizarse con las consecuencias propias.

²⁶ Cfr. en las últimas semanas, SSTS de 25 mayo y 1 junio 2021 (ECLI: ES: TS:2021:2075; ECLI: ES: TS:2021:2309) sobre la aplicación de la figura de indefinidos no fijos a las sociedades mercantiles estatales en caso de sucesión irregular de contratos temporales.

MODIFICACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO VIGENTE POR OTRO DE IGUAL ÁMBITO

FRANCISCO JIMÉNEZ ROJAS

Doctor en Ciencias del Trabajo. Profesor Asociado de la Universidad de Murcia

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1998 (RCUD 2987/1997) [ECLI: ES: TS:1998:4374]. Ponente magistrado Aurelio Desdentado Bonete. La sentencia presenta un voto particular, formulado por el magistrado Luis-Ramón Martínez Garrido¹.

II. INTRODUCCIÓN

La sentencia del TS que es objeto de nuestro comentario, resuelve un recurso de casación interpuesto por UGT (Federación Estatal de Transportes y Telecomunicaciones), frente a la empresa W. W. Marpetrol, SA, y el Comité de Flota de dicha Compañía. Fue dictada en procedimiento de impugnación de convenio colectivo de ámbito empresarial –si bien con arreglo al trámite procesal de conflicto colectivo previsto en la LPL vigente del momento²–, en un asunto en el que, naturalmente, se había pronunciado en instancia, la Sala Social de la AN. Pretendía el sindicato demandante que se declarase nulo el Anexo XIX de dicho convenio, por cuya virtud se venía descontando a los trabajadores de la empresa determinadas cantidades cuya restitución interesaba la parte actora.

¹ Posteriormente, este magistrado fue ponente en la STS 01/02/2007 (rec. 3705/2005), y en ella (FD 2.º) asumió plenamente la doctrina de la sentencia cuyo comentario abordamos aquí.

² Artículo 161 RD-Leg. 2/1995; en su caso, artículo 160 RD-Leg. 521/1990.

Y terminó declarando tal nulidad el TS, si bien por otros motivos de considerable interés, pero que no son objeto de este comentario, el cual –por razones obvias de extensión– únicamente se va a centrar en el análisis de la posibilidad, o en su caso la eventual prohibición, de modificar lo pactado en un convenio colectivo (de empresa) durante su vigencia por otro de igual ámbito, cuestión sobre la que no hubo unanimidad en la deliberación de la Sala Social del TS, lo que provocó la formulación de un voto particular en la sentencia (debatida en Sala General), a cargo del magistrado inicialmente llamado a ser ponente³, luego sustituido por el aquí homenajeado, Aurelio Desdentado Bonete, una vez que aquél anunció su intención de firmar dicho voto particular, por disentir de la opinión mayoritaria del Tribunal.

III. COMENTARIO

Esta sentencia, que es interesante por varias razones –sea, por ejemplo, la referencia que hace a las distintas clases de legitimación que maneja la jurisprudencia en materia de negociación colectiva: inicial, plena y decisoria⁴–, lo es más porque se ha revelado a lo largo del último cuarto de siglo como «precursora» de lo que podría llamarse la licitud (jurídica) de la modificación de un convenio (acuerdo, pacto...) colectivo durante su vigencia, siempre que –claro está– lo permitan las condiciones y requisitos exigibles (de legitimación y de representación) para negociar el propio convenio colectivo cuya modificación se pretende, y además ello no suponga vulneración de norma legal imperativa, ni lesione interés de terceros. A tal efecto invocamos varias sentencias emanadas de la misma Sala⁵, que han confirmado y consolidado esa línea de doctrina que cuenta con plena vigencia actual, como así lo demuestra la más reciente de todas ellas, de fecha 24 de febrero de este mismo año 2021 (recurso núm. 150/2019). Disiente no obstante de la opinión mayoritaria en la resolu-

³ Antecedentes de Hecho. Sexto de la STS 30 de junio de 1998 (rec 2987/1997).

⁴ En la BD CENDOJ se constatan 42 sentencias del TS, Sala Social, y en todas y cada una aparecen las voces ««legitimación inicial» y plena y decisoria». En 7 de ellas (las 2 primeras de 1993 y la última de 2008) fue ponente el magistrado Aurelio Desdentado Bonete.

⁵ Después de la STS de 30 de junio de 1998 (rec 2987/1997), FFDD 2.º y 3.º, la cual nos ocupa, se han dictado resolviendo sobre la misma cuestión estas otras: 21 de febrero de 2000 (rec 3316/1999), FD 2.º, párr. 6; 27 de enero de 2003 (rec 63/2002), FD 3.º; 18 de octubre de 2004 (rec 191/2003), FD 3.º, párr 2; 11 de julio de 2006 (rec 107/2005), FD 5.º, párrs. 6-8; 1 de febrero de 2007 (rec 3705/2005), FD 2.º; 15 de septiembre de 2010 (rec 18/2010), FD 3.º; 18 de enero de 2011 (rec 98/2009), FD 22.º; 16 de julio de 2014 (rec 110/2013), FD 7.º 2; 24 de septiembre de 2015, Pleno (rec 54/2014), FD 3.º 2, párr. 2; 10 de julio de 2019 (rec 238/2017), FD 2.º 2; y 24 de febrero de 2021 (rec 150/2019), FD 4.º 2.

ción que comentamos el magistrado que firma el voto particular (concurrente)⁶, razón por la cual nos parece oportuno contrastar, aunque sea de manera sumaráisima, los argumentos que sostienen tanto aquélla como éste:

1. Para el voto disconforme, el legislador del momento no había resuelto «de manera clara y terminante» la posibilidad de modificar un convenio colectivo, mientras estuviera aún vigente. En defensa de esta afirmación esgrime argumentos tales como la insuficiencia de la autonomía colectiva para ese menester (art. 1255 CCv), toda vez que las normas jurídicas de eficacia *erga omnes* generadas por la negociación colectiva, quedan sujetas a reglas distintas de las que rigen en los negocios jurídicos propios del derecho privado, por cuanto afectan a personas distintas de los propios negociadores, cuyos derechos se han de garantizar en su condición de representados; a veces incluso en la condición de terceros. Y, como al parecer de dicho voto, tampoco el ET contiene una rotunda prohibición de modificar el convenio colectivo antes del tiempo previsto en su texto, de tal ambigüedad resulta que haya que indagar en la voluntad del legislador, de la que deduce el Tribunal que la ley permite tal posibilidad de modificar el convenio pese a no haberse agotado su vigencia, mientras que para el voto particular la niega.

2. Ciertamente la Ley 11/1994 –a la que también alude el voto particular– supuso una reforma de gran calado en el ET, pero no precisamente en el sentido de reducir posibilidades a la negociación colectiva, sino antes al contrario, en la expandir la flexibilidad en las relaciones laborales y la adaptabilidad de las empresas –ya por entonces– a un entorno económico más dinámico y competitivo, de manera que el legislador optó por sustraer parcelas de regulación de la competencia de la ley, para depositarlas en manos de la negociación colectiva (de todo tipo)⁷. Mas, el hecho de que la citada reforma del ET ampliara expresamente los límites previstos para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (art. 41 ET) –precisamente en ese contexto flexibilizador– no significó, a contrario sensu, que la nueva versión de la norma dejase cerrada cualquier otra posibilidad, específicamente la de reformar el convenio *ante tempus*⁸. No nos parece que con ello la ley estuviera vetando tal posibilidad, pues como apunta la sentencia, esta facultad que ofrece el ET constituye, efectivamente, «una regla sobre negociación de decisiones empresariales, no de

⁶ Para el voto particular no debió rechazarse el 2.º «motivo del recurso, en el que se denunciaba la infracción de lo dispuesto en los artículos 82.3 y 84» ET.

⁷ Véase al respecto la exposición de motivos de la propia Ley 11/1994, de 19 de mayo.

⁸ La modificación sustancial de condiciones de trabajo exige acuerdo expreso entre empresa y representantes de los trabajadores, que se ampare en causas ETOP, y gire sobre determinadas materias, como horarios, trabajo a turnos, etc.

disposiciones de carácter general», concebida en realidad para modificar desde una unidad empresarial un convenio de ámbito supraempresarial, lo que exige condiciones de justificación especiales, y ese no era el caso discutido⁹.

3. Por otra parte, el preconstitucional RD-ley 17/1977 –depurado por la STC 11/1981–, que también cita el voto particular, no parece impedir (en sus artículos 11.c y 20) que por la voluntad de las partes en conflicto se pueda modificar lo pactado en convenio colectivo. Esto no puede hacerse de forma unilateral –que es lo que prohíbe la norma–, como medida de presión, ya sea por la parte de los trabajadores, ya por la de los empresarios. Y desde luego no cabe aceptar que, como afirma el voto particular, la voluntad de negociación pueda ser forzada mediante formas diversas –más allá de la huelga o el conflicto colectivo para novar el convenio vigente–, y ello ocurra sin mediar contraprestación alguna. El contrato de trabajo –y más aún el convenio colectivo– es un pacto transaccional entre dos partes que, por definición, representan intereses antagónicos, de tal suerte que cuando las dos partes aceptan sin venir obligadas a ello –voluntariamente– el pacto, se podría decir que han llegado a un punto de encuentro, si no favorable, lo menos perjudicial posible para ambas. Claro está que se fuerza la voluntad de las partes, porque ello es inherente a toda negociación colectiva, en tanto que su resultado depende de las posibilidades negociadoras de cada parte. Pero tal afirmación no convierte *per se* la posibilidad de mutar el convenio durante su vigencia en un inconveniente indeseable. Puede verse también como una ventana de oportunidad para resolver un conflicto enquistado, o una situación empresarial –aun coyuntural– notablemente adversa.

4. Y se comprende que habiendo diseñado el ET (en su Título III) un procedimiento ciertamente tedioso para la negociación de un convenio colectivo estatutario dotado de eficacia *erga omnes*¹⁰, parezca una contradicción que una vez alcanzado acuerdo –cuyo fruto es el propio convenio–, el legislador permita su modificación –total o parcial– *ante tempus*, lo que podría evolucionar hacia esa «negociación permanente en la empresa con todos los inconve-

⁹ Es verdad que el ET, desde su modificación por la Ley 11/1994, incorpora con respecto a las cláusulas de inaplicación salarial (o «descuelgue») en las empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada por dicha aplicación, la previsión de que en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, que no contengan tales cláusulas de inaplicación, dicha carencia se podría suplir por acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores, y en su defecto por la comisión paritaria del convenio, con lo cual, en ese caso estaríamos en una modificación de ámbito de empresa, derivada directamente de un acuerdo o decisión también del ámbito empresarial (no supraempresarial). Pero, insistimos, ello no nos parece suficiente para desvirtuar el argumento de que esta posibilidad siga girando en torno a la negociación de decisiones empresariales, más que sobre disposiciones de carácter general.

¹⁰ SSTs de 15 de septiembre de 2010 (rec 18/2010), FD Tercero; 11 de julio de 2006 (rec 107/2005) FD Quinto.

nientes que tal solución comporta», como así lo reprocha el voto particular, porque esa negociación permanentemente abierta se podría traducir –dice– en una inestabilidad que –añadimos nosotros–, incluso pudiera pensarse que pone en riesgo el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Sin embargo no es menos cierto que, por un lado, cumplido el requisito de la (triple) legitimación (representatividad referida a la unidad de negociación¹¹), y garantizado que no se incumple norma alguna, ni se lesiona interés de terceros, no hay otro remedio que asumir el signo de los tiempos de la flexibilidad productiva y la adaptabilidad al entorno económico (cada día más dinámico y volátil), en aras de una mayor competitividad empresarial. Así lo interpretó la sentencia (FD 3.º) al afirmar que «en realidad, la modificación de una norma por un acto de contrario imperio posterior constituye el principio de modernidad» que rige en «la sucesión de las normas en los sistemas contemporáneos de fuentes del Derecho». Y el argumento que sostiene la afirmación es convincente y contundente: si la vigencia de toda norma puede terminar mediante su derogación por otra posterior de igual jerarquía (art. 2.2 CCv), no hay razón alguna para que no pueda ocurrir lo mismo con un convenio colectivo del mismo ámbito, pues su naturaleza temporal no obsta para que las partes negociadoras –eso sí, «de común acuerdo–, «puedan alterar el término de vigencia pactado», lo mismo que puede ocurrir también con cualquier acuerdo (art. 1203 CCv).

Y por otro lado, la estabilidad del convenio –versus a la inestabilidad que aventura, y teme, el voto particular– viene garantizada por una doble vía: primero por la prohibición de concurrencia desde un ámbito de negociación distinto (art. 84.1 ET) –lo que no afecta al caso; y si afectara conduciría a la conclusión «de que un convenio durante su vigencia sí puede ser afectado sin ninguna limitación por otro del mismo ámbito»–; y segundo por los límites que impone el ordenamiento a los instrumentos de «lucha colectiva» (RD-ley 17/1977) en cuanto medios de presión, ya se trate de huelga (art. 11.c) o cierre patronal (art. 12), los cuales devienen ilícitos cuando rompen con ese «tratado de paz» que representa el convenio colectivo mientras se halle vigente, a través de su modificación unilateral; pero no así –y esto es lo esencial– cuando lo hacen las partes de común acuerdo (a salvo siempre las normas imperativas y los intereses de terceros).

¹¹ En este aspecto hay discrepancia. Para la sentencia (FD 2.º) no impide la legitimación que «... ya ha cesado el órgano que negoció anteriormente»; por el contrario, para el voto particular (apartado 2) «... la llamada comisión negociadora que acordó la modificación (...) carecía de facultades para hacerlo». Pero esta falta de sintonía no afecta a nuestro comentario, que en esencia trata sobre la eventual prohibición, o posibilidad, de modificar –por quien tenga legitimidad para ello– el convenio colectivo antes de finalizar su vigencia (por otro de igual ámbito).

IV. APUNTE FINAL

Por cuanto se lleva dicho, la sentencia cuyo comentario abordamos supone el inicio de un ciclo hermenéutico para la Sala Social del TS, que se ajusta perfectamente –en la materia que nos ocupa– al contexto de los años noventa (del siglo xx), periodo en el que el legislador tiene que adaptar la normativa laboral a las nuevas formas de producir, y éstas pivotan sobre la descentralización productiva, la flexibilidad laboral, la competitividad internacional y los entornos económicos altamente dinámicos. Mientras que el voto particular se resiste al abandono de una vertiente acaso más tuitiva en las formas de interpretar el Derecho (laboral), que por entonces ya daba claras muestras de estar superada –precisamente víctima de ese contexto global que acabamos de describir–, la sentencia alumbró claves propias del signo de los tiempos; apuesta por una interpretación de futuro, en línea con la flexibilidad que ya venían exigiendo los mercados productivos globales, mucho más inciertos y fluctuantes. De ahí que la doctrina que alberga dicha sentencia se haya consolidado plenamente.

Dicho de otro modo, la doctrina precursora que desprende la STS de 30/06/98, a cuyo ponente hoy rendimos merecido homenaje, se ajusta a la versión moderna de unas relaciones laborales vistas por el legislador español en los años noventa como necesitadas de cambios profundos que se orientasen hacia una mayor flexibilidad laboral y una menor rigidez del marco institucional regulador (previsto en el ET). Un cuarto de siglo después queda probado, que –nos guste o no– aquella era una doctrina en perfecta sintonía con el signo global de los tiempos que habían asomado ya a nuestro mercado de trabajo. Tanto es así que la misma ha sido invocada –incluso exhibida en algunos pasajes de su literalidad– por muchas resoluciones posteriores, y se mantiene incólume, prácticamente sin atisbo de crítica¹².

¹² Ello no ha impedido a otras sentencias posteriores añadir algún aspecto que más que una matización a dicha doctrina supone su propia confirmación. Así las SSTS de 11 de julio de 2006 (rec 107/2005) FD 5.º, párrs. 6-8, y de 15 de septiembre de 2010 (rec 18/2010), FD 3.º, que dicen «...tal modificación no puede llevarse a cabo por medio de un simple pacto colectivo posterior (...). La modificación de un convenio colectivo estatutario solo (...) por medio de otro convenio colectivo estatutario. Y el simple pacto colectivo no tiene esta condición, aunque en él intervengan todas las representaciones referidas (...) exige el cumplimiento de una serie rigurosa de requisitos (...) hitos y trámites (...) la modificación anticipada (...) el nuevo hubiese seguido con exactitud todos estos mandatos y exigencias, puesto que si no se hizo así, el nuevo pacto no es un convenio colectivo estatutario (...). La única particularidad que presenta este especial «convenio colectivo de vigencia anticipada» es el hecho de que, por mutuo acuerdo de los interesados, se decide que el mismo entre en vigor antes de que haya concluido el plazo de vigencia que en principio señaló el convenio anterior...».

INDEMNIZACIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE COMO MEJORA VOLUNTARIA: RESPONSABILIDAD DE EMPRESA Y ENTIDAD ASEGURADORA

CARMEN JOVER RAMÍREZ

Doctora en Derecho.

Profesora de la Universidad de Cádiz

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1998 (RCUD 169/1998) [ECLI: ES: TS:1998:4965].

II. INTRODUCCIÓN

El asunto que motiva la sentencia objeto de comentario no es un asunto aislado en el seno de la jurisdicción social sino que el mismo ha motivado la intervención, en casos similares, del mismo tribunal de instancia (Juzgado de lo Social de Algeciras, Cádiz) y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Sevilla), en sucesivas y diferentes resoluciones judiciales que han culminado en sendos recursos de casación de unificación de doctrina ante el TS. Lo señalado pone de manifiesto que la cuestión litigiosa que sirve de sustento al pronunciamiento objeto de este comentario no es único en su condición sino que son varias las cuestiones de idéntica índole que se han plan-

teado. No obstante, como veremos, el TS se reitera en la doctrina sentada en la sentencia que se analiza.

III. COMENTARIO

1. La controversia suscitada

La controversia tiene su origen en la determinación de la cuantía indemnizatoria correspondiente a un trabajador de la empresa «Acerinox, SA», en un supuesto de Incapacidad permanente total así como, en su caso, la responsabilidad en el abono de la misma. Cuestión litigiosa para cuya resolución es necesario determinar la prevalencia de la aplicabilidad de la cláusula convencional prevista en el convenio colectivo o de las condiciones pactadas en la póliza de seguro suscrita.

A tenor de lo previsto en el artículo 19 del entonces vigente convenio colectivo de la empresa «Acerinox, SA», la empresa asumía la obligación de suscribir una póliza de seguro que cubriera, entre otras, la incapacidad permanente total, de acuerdo con el cuadro de incapacidades e indemnizaciones de la póliza de seguro; determinándose el capital asegurado en función de tres grupos distintos, en los que se incluiría a los trabajadores atendiendo a su clasificación profesional.

Por su parte, en la póliza de seguro suscrita por la empresa se afirma la consideración de la incapacidad permanente como «la pérdida anatómica o impotencia funcional de miembros u órganos que sea consecuencia de lesiones corporales originadas por un accidente», añadiéndose un listado único de lesiones anatómicas o funcionales a las que se les asigna una estimación en porcentaje de la indemnización que corresponderá a cada una de ellas.

2. Cláusula convencional versus póliza de seguro

La prevalencia interpretativa, bien de lo dispuesto en convenio colectivo, o en su caso, de la póliza de seguro, se erige en la base de la cuestión suscitada. Reconocida a un trabajador, a quien se le declaró una incapacidad permanente en el grado de total, la indemnización correspondiente al amparo de lo previsto en el convenio colectivo, constituye la cuantía de aquella el objeto de la controversia.

Al amparo de lo previsto en la póliza de seguro suscrita por la empresa, entiende la entidad aseguradora que la determinación de dicha cuantía indemnizatoria ha de efectuarse mediante la aplicación de los porcentajes correspondientes y, por tanto, no alcanzándose el total de la indemnización que, según convenio, correspondería en función del capital asegurado.

Y es en este último sentido en el que se manifiesta el TSJ de Andalucía, sede Sevilla, en sentencia de 1 de octubre de 1997, dictada en recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social de Algeciras (Cádiz), de 19 de julio de 1995. En dicha sentencia, el TSJ de Andalucía resuelve aceptando la indemnización ofrecida al demandante por la compañía de seguros, indemnización que fue calculada en función de la estimación porcentual que, a tenor de la compañía de seguros, correspondería de conformidad con la póliza suscrita por la empresa.

Esta sentencia del TSJ de Andalucía de 1 de octubre de 1997 es la recurrida en unificación de doctrina, aportándose, como sentencia de contraste, sentencia de la misma sala del TSJ de 24 de abril de 1997, en la que el Tribunal se inclina por la opción contraria, es decir, reconoce el derecho del trabajador a la percepción íntegra de la indemnización comprometida al amparo de lo previsto en el convenio colectivo y rechazando la estimación porcentual propugnada por la entidad aseguradora.

Dilucidar si la cuantía indemnizatoria que corresponde al trabajador como consecuencia de su incapacidad permanente total es la íntegra prevista en convenio colectivo o el montante porcentual correspondiente a sus lesiones, según lo previsto en la póliza de seguros, lleva igualmente al tribunal a pronunciarse sobre la responsabilidad al respecto. ¿Debe ser ello asumido por la entidad aseguradora o será la empresa la que deberá asumir la responsabilidad del pago indemnizatorio, a tenor de lo señalado en el propio convenio colectivo, al ser ella la responsable de suscribir la póliza de seguro en los términos que lo hizo?

3. Doctrina sentada

El TS en la sentencia comentada muestra su conformidad con la posición mantenida en la sentencia de contraste, entendiendo que es la totalidad de la indemnización la correspondiente, según lo establecido en el convenio colectivo y, por ende, correspondiendo al trabajador el montante global en este previsto y no la parte calculada según las especificaciones de la póliza, las cuales minoraban en una importante cantidad la prevista en convenio colectivo. A modo aclarato-

rio, señalar que, en el caso suscitado, ascendiendo el montante global asegurado, conforme a convenio, a tres millones de pesetas, la aplicabilidad de las condiciones previstas en la póliza de seguro llevaba a que dicha indemnización alcanzara la cantidad de 25.800 pesetas (0,86 % del capital asegurado).

Son varios los argumentos esgrimidos por el TS para ofrecer dicha respuesta. En primer lugar, a juicio del Tribunal, debe tenerse en cuenta que la remisión que la cláusula convencional hace a la póliza de seguro no puede ser entendida como un pacto que autorice, en un caso de incapacidad permanente total como el del litigio, a restringir el montante asegurado que viene previsto en dicho convenio. Si el riesgo que se establece como protegido es el de la incapacidad permanente total, será este al que haya de responder el seguro suscrito y no ser el mismo fraccionado atendiendo a los porcentajes que haya tenido a bien establecerse en dicha póliza y que supondrá «fraccionar» la incapacidad permanente total, perdiéndose así pues la unicidad que caracteriza a dicho riesgo protegido.

En segundo lugar, se pone de manifiesto que las condiciones generales de la póliza se basan únicamente en la incidencia de las dolencias en la capacidad funcional del afectado, olvidando que la índole de la incapacidad permanente total como riesgo protegido tiene una incidencia en la capacidad de trabajo; lo que se obvia al aplicar el baremo previsto en la póliza y que, por tanto, no se corresponde con lo señalado en el convenio pues ello llevaría única y exclusivamente a entender que se estaría en presencia de un baremo de indemnizaciones.

En tercer y último lugar, el tribunal acoge una interpretación teleológica, ponderando las consecuencias prácticas de una u otra opción, es decir, la procedencia del montante global indemnizatorio previsto en el convenio colectivo o la determinación de la cuantía atendiendo a los porcentajes aplicados por la entidad aseguradora. Optar por esta segunda opción, supone, además de una inadecuación a la protección que debe ser otorgada en el caso de los riesgos profesionales, «una manifiesta desproporción entre el daño causado y la cantidad indemnizatoria abonada».

Admitida ya la procedencia como indemnización de la cuantía total prevista en el convenio colectivo, se detiene el pronunciamiento en la asunción de responsabilidades. A este respecto entiende el Tribunal que es responsabilidad de la aseguradora el abono de la cantidad pertinente. Primero, porque es ella la que debería de haber advertido el error en la propia póliza, dado su habitual actuar en el tráfico mercantil del ramo de seguro, máxime cuando ha de entenderse que conocía el tenor de la cláusula convencional desde el momento en el que en la misma se manifiesta la intención de la empresa de a ella desplazar la responsabilidad de dicha cláusula derivada, es decir, la indemnización perti-

nente en el supuesto de incapacidad permanente total. Y segundo, porque en ninguna de las fases del litigio ha mostrado su intención de que tal responsabilidad fuera asumida por la empresa. Hecho que, entiende el Tribunal, corrobora que la entidad aseguradora en ninguna de las fases del pleito haya alegado la responsabilidad al respecto de la empresa.

4. La discrepancia sobre la asunción de responsabilidad

Si bien no resulta discutible en el seno de la sala el montante indemnizatorio a reconocer— como se señalaba la totalidad prevista pues en convenio y no la satisfecha por la entidad aseguradora— sí existe voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete al que se adhiere el Magistrado Excmo. Sr. D. Pablo Chacón Villar, respecto de la asunción de responsabilidad.

Así pues, se señala en dicho voto particular, la disconformidad con la condena a la entidad aseguradora, entendiéndose que procedería la exención de su responsabilidad, debiendo ser la misma trasladada a la empresa. La aseguradora no está obligada por el convenio colectivo, tal y como se indica, sino únicamente por el contenido de la póliza suscrita. La indemnización resultante de un contrato de seguro parte de la relación entre el riesgo protegido y la prima satisfecha por el tomador del seguro (en este caso la empresa). Se entiende así que se estaría en un supuesto de «infraseguro», a la vista de lo cual es la empresa la que no ha asegurado el riesgo convencionalmente previsto. La entidad aseguradora sí ha cumplido con los términos de la cobertura acordada, por lo que no puede a ella desplazarse la asunción de una responsabilidad del empresario que deriva de un incumplimiento propio de este. No se admite el hecho de que la posición procesal de la entidad aseguradora lleve a otra consecuencia pues la asunción de su responsabilidad ha quedado claramente delimitada desde el momento en el que determinó el porcentaje de la indemnización, de conformidad a los términos pactados en la póliza suscrita por «Acerinox, SA».

5. Evolución posterior

Sendas sentencias han sido dictadas por el TS en recurso de unificación de doctrina con remisión a la doctrina sentada en la sentencia comentada. Sentencias que se sustentan en cuestiones litigiosas de idéntica índole a la comentada. Ejemplo de estas: STS de 30 de marzo de 1999 (ECLI: ES: TS:1999:2209),

STS de 8 de noviembre de 1999 (ECLI: ES: TS:1999:7020); STS de 17 de noviembre de 1999 (ECLI: ES: TS:1999:7281). Destacar, sin embargo, que en estas últimas no se hace mención a la asunción de responsabilidad, entendiéndose pues que la misma corresponderá a la entidad aseguradora.

IV. APUNTE FINAL

Loable es la claridad del voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete en el que en unas pocas líneas esboza, con absoluta claridad, la línea divisoria entre el contrato de seguro y el convenio colectivo a la hora de determinar la responsabilidad del empresario y de la entidad de seguro, aquél como tomador y esta como aseguradora, y ello a tenor de la idiosincrasia del convenio colectivo, por un lado y del contrato de seguro, por otro. En tanto que es el empresario el sujeto obligado por el convenio colectivo, a él debe serle exigible la responsabilidad pertinente, consecuencia en este caso de un equívoco en la suscripción de la póliza, no ajustada a las exigencias convencionales establecidas. Reconduciendo el supuesto a una situación de «infraseguro», se erige al empresario en responsable en un asunto que podríamos entender de similares consecuencias, salvando las diferencias, al de «infracotización» frente a la parte de prestación correspondiente. Así pues, sin menoscabar la cuantía de la indemnización, la cual debería ser la prevista en convenio, y así lo acuerda la sala, cuestión distinta es que se obligue, a tenor de lo previsto en dicho convenio y no a tenor de la póliza suscrita, a la entidad aseguradora, cuando esta debe estar vinculada por dicha póliza y no por el convenio, el cual sí vincula al empresario. Si el empresario ha errado al suscribir la póliza de seguro, no ajustándose a lo establecido en el convenio colectivo aplicable, será él quien deba de asumir la responsabilidad al respecto no debiendo trasladarse la misma a la entidad aseguradora.

EL CONTROL DE LOS ORDENADORES POR EL EMPRESARIO: LA SENTENCIA QUE MARCÓ LOS LÍMITES

PILAR LÓPEZ ASENCIO
Socia de Vaciero Abogados.

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007 (RCUD 966/2006) [ECLI: ES: 2007:6128].

II. INTRODUCCIÓN

Resulta complicado realizar, a estas alturas, un comentario de la Sentencia TS de 26 de septiembre de 2007, cuyo ponente fue nuestro querido amigo y Excmo. Magistrado de la Sala 4.^a TS, don Aurelio Desdentado Bonete. No solamente por el tiempo transcurrido, o la excelencia de su autor, sino porque nos encontramos frente a una resolución con tal repercusión, que fueron innumerables los comentarios doctrinales, e incluso artículos de prensa, a los que dio lugar. Han transcurrido catorce años en los que esta sentencia se ha seguido citando y tomando como punto de partida para el análisis, cambiante y controvertido, del control por el empresario del ordenador puesto a disposición de las personas trabajadoras, y la posible intromisión en sus derechos fundamentales, como la intimidad, o incluso, el secreto de las comunicaciones.

Es importante poner de relieve que el problema que se contempla en la sentencia objeto de este comentario se circunscribe al control del ordenador, internet y el correo electrónico en concreto, y no al de otros medios tecnológicos que impliquen la grabación de imagen o sonido. Tal y como el propio ponente de la sentencia manifestó en diversas ocasiones¹, los problemas que derivan del control específico de este medio son más complejos. Entre otras cosas, porque el control empresarial, además de afectar al derecho a la intimidad del trabajador, también puede hacerlo al secreto de las comunicaciones, en el cual aparecerá un tercero involucrado, «respecto del cual el control ya no puede explicarse en principio a través de las facultades que se atribuyen al empresario en el contrato de trabajo», en palabras del propio Desdentado.

A pesar de que, como veremos, los criterios que se establecieron en la resolución de 26/09/2007 fueron evolucionando en la jurisprudencia posterior, la relativamente reciente publicación de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), de fecha 5 de septiembre de 2017, la llamada Segunda Sentencia del caso Barbulescu, ha permitido que la primera haya vuelto a cobrar plena fuerza y actualidad. El TEDH retoma argumentos de peso que ya habían sido defendidos por la sentencia objeto de este análisis, así como en alguna otra posterior, y en varios votos particulares². Sin embargo, las posiciones mayoritarias mantenidas por la Sala IV del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional a partir del año 2007, derivaron hacia una mayor preponderancia para el empresario en cuanto al ejercicio de su poder de control, en detrimento de la privacidad de sus trabajadores.

La sentencia 26/09/2007 alcanzó gran importancia y trascendencia en su momento por ser la primera en la que se unificaba la doctrina TS acerca de los límites del control empresarial sobre los ordenadores puestos a disposición de los empleados, y, concretamente, sobre el alcance y la forma en que había de llevarse a cabo dicho control. Su relevancia, a día de hoy, prevalece, pues la solución adoptada por nuestra Sala IV en esta magnífica resolución, es la que ha hecho suya el TEDH, 10 años después, reforzando nuevamente las garantías en torno a los derechos de las personas trabajadoras, frente al poder de vigilancia y control empresarial.

¹ DESDENTADO BONETE, A., y MUÑOZ RUIZ, A. B., *Control Informático, video vigilancia y protección de datos en el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2012. También DESDENTADO BONETE, A., y DESDENTADO DAROCA, E., «La segunda Sentencia del TEDHH en el caso Barbulescu y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador». *Revista de Información Laboral* núm. 1/2018)

² *Vid.* Voto particular formulado por la Excm. Magistrada D.^a M.^a Luisa Segoviano Astaburuaga a la sentencia TS de 6 de octubre de 2011 (caso Annaligia).

III. COMENTARIO

1. Supuesto fáctico del caso «Etiquetas de Galicia»

Los hechos probados de la resolución refieren el despido del Director General de una empresa gallega, con motivo de que, tras una comprobación técnica de su ordenador a instancias de la empresa, se encuentran en los archivos temporales antiguos accesos a páginas pornográficas. Su despacho no tenía llave y su ordenador carecía de clave de acceso, y estaba conectado a la red de la empresa. El despido es declarado improcedente en primera instancia al considerar que no es válida la prueba de la empresa porque ha sido obtenida mediante el registro de un efecto personal que no cumple con las exigencias del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores. El Tribunal Superior de Justicia de Galicia ratificó en suplicación la improcedencia de la extinción.

2. Principales aspectos a destacar

La sentencia procede a sistematizar los elementos que hasta el momento aliñaban el debate jurisprudencial existente en la materia. Hasta 2007, los Tribunales habían adoptado diferentes posicionamientos, a veces muy opuestos entre sí, que oscilaban entre permitir los controles de los ordenadores por ser propiedad de la empresa; situar el control del ordenador en el espectro excepcional del artículo 18 ET; e incluso cuestionar los fundamentos mismos del control empresarial. Pues bien, la sentencia de 26 de septiembre de 2007 viene a iluminar este confuso panorama, estableciendo las bases del control del ordenador por el empresario.

En primer lugar, se constata en esta materia la existencia de un «problema previo» sobre la determinación de los límites del control empresarial sobre el uso del ordenador, en un ámbito que, aunque vinculado al trabajo, puede afectar a derechos fundamentales del trabajador. Se trata, por tanto, de un estadio previo al análisis del posible incumplimiento disciplinario, en el que la sentencia tan siquiera llega a entrar.

A continuación, se resuelve otro punto no unificado hasta ese momento: de «dónde» emana, o qué sustenta, la facultad empresarial de «controlar». Pues bien, por primera vez se establece que la justificación de este control no deviene de las facultades excepcionales de «policía» que contiene el artículo 18 ET, sino del poder de dirección reconocido expresamente en el artículo 20 ET. Precepto, que, con carácter general, permite el control de los

medios de producción siempre y cuando se respete la dignidad humana. Por tanto, no son aplicables las garantías del artículo 18 al control del ordenador de la empresa, «pues este no es un efecto personal, sino un medio de trabajo, cuyo funcionamiento está sometido al poder de dirección del empresario»³.

Además, la sentencia utiliza un concepto ya contemplado en las sentencias TEDH en los casos Halford y Copland, la «expectativa razonable de confidencialidad». Se basa en que existe en las empresas un hábito generalizado de uso de los medios tecnológicos para cuestiones personales, así como una cierta tolerancia de este hábito por parte del empresario. En tanto en cuanto la empresa no «destruya» esa expectativa, la intimidad del trabajador debe quedar garantizada, para lo cual es absolutamente necesario la determinación de las reglas del juego. Para ello, se establece una doble garantía en forma de dos medidas previas que debe adoptar la empresa. Por una parte, el empresario debe establecer las reglas de uso de los ordenadores, mediante prohibiciones que pueden ser parciales o absolutas; y, por otro, debe informar previamente a sus trabajadores acerca de la práctica de controles sobre esos medios de producción, y en qué van a consistir.

Por último, la sentencia fue también novedosa al destacar que estas garantías frente a la intromisión empresarial se extienden a los «archivos temporales», en los que se recogen los datos o rastros de navegación del trabajador por internet, y que, por tanto, pueden albergar pistas o huellas de aspectos claramente ligados a la intimidad del trabajador.

3. La evolución de la jurisprudencia TS y TCO, y la vuelta al criterio del doble «control»: la ST TDH Barbulescu II

La doctrina sentada por la sentencia 26 de septiembre de 2007 tuvo una repercusión inmediata en la Jurisprudencia posterior, siendo acogida por la Sala Cuarta en sus siguientes resoluciones. No obstante, en seguida el TS adoptó un criterio más proclive a reforzar el poder de control del empresario frente al derecho a la intimidad del trabajador o al secreto de sus comunicaciones (sentencias de los casos Fonsalem o Annaligia)⁴. Así pues, en ellas se es-

³ DESDENTADO BONETE, A., y DESDENTADO DAROCA, E., «La segunda Sentencia del TEDHH en el caso Barbulescu y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador», *Revista de Información Laboral* num. 1/2018).

⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia de 8 de marzo de 2011. RJ/2011/932 (caso Fonsalem) y Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia de 6 de octubre de 2011. RJ/2011/7699 (caso Annaligia).

tableció que es posible desvirtuar la expectativa de confidencialidad con la mera existencia de una prohibición de uso de los medios tecnológicos por parte del empresario, sin que resulte necesaria la advertencia o el aviso previo del control. En perjuicio de las garantías que adoptaba la sentencia de 26 de septiembre de 2007, claramente defensora de la transparencia informativa⁵ por parte de la empresa, la nueva tendencia abogó por entender que con la mera prohibición de uso personal del ordenador era suficiente para quebrar la expectativa de confidencialidad.

También el Tribunal Constitucional se pronunció en tal sentido⁶, determinando un «punto de equilibrio inestable entre un garantismo moderado en el uso personal de los medios informáticos de las empresas, y la consagración, más o menos orwelliana, de un amplio poder de control empresarial en este ámbito»⁷. Este criterio fue inicialmente utilizado por el TEDH, de forma que en la primera sentencia del Caso Barbulescu (12 de enero de 2016) el Tribunal Europeo adoptó soluciones similares a las que estaban siguiendo nuestros Tribunales. Sin embargo, con la llamada Sentencia Barbulescu II (5 de septiembre de 2017), la Gran Sala da un nuevo e inesperado giro, apostando por la vuelta al canon del doble control de la sentencia TS de 26 de septiembre de 2007. Se introduce, además, el llamado «Test Barbulescu» de proporcionalidad para determinar si el derecho de los trabajadores a su vida privada y a su intimidad resultan convenientemente protegidos en el contexto de la relación laboral frente a la legítima vigilancia empresarial de sus medios de producción, y si, por tanto, se vulnera en cada caso concreto el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

IV. APUNTE FINAL

Tanto la sentencia 26/09/2007 como, años después, el TEDH en la sentencia Barbulescu II, apuestan en materia de vigilancia y control empresarial de los ordenadores proporcionados a las personas trabajadoras, por el principio de transparencia informativa en la empresa frente a la idea de trabajadores

⁵ LÓPEZ DE LA FUENTE, G., «La doctrina jurisprudencial del TEDH sobre el control de las comunicaciones electrónicas en el trabajo: ¿el fin de una eterna cuestión?», *Revista de Estudios Europeos* núm. 69, enero-junio 2017.

⁶ Sentencia TC 241/2012 en el caso Global Sales, y sentencia TC 170/2013 en el caso Alcaliber, esta última aplicando también la técnica de la ponderación como medio para la resolución de un conflicto entre derechos constitucionales.

⁷ *Vid.* nota 1.

transparentes⁸. Priorizan la protección de la intimidad y el secreto de las comunicaciones frente al poder de control del empresario, que se reconoce, pero limitado por una doble garantía en forma de dos medidas previas: las prohibiciones parciales o absolutas, referidas al uso de los ordenadores; y la información previa acerca de la práctica de controles sobre esos medios de producción. La sentencia de la Sala IV establece como punto de partida para la revisión jurisdiccional el examen de las indicadas garantías del control empresarial para determinar si se ha eliminado verdaderamente la expectativa de confidencialidad del trabajador, de manera que quede justificada la intromisión en su intimidad. Estos principios han sido recuperados en su esencia por la sentencia TEDH *Barbulescu II*, en una clara apuesta por la protección de la esfera de privacidad del trabajador en el entorno laboral, aunque en ella se introducen de forma explícita seis factores que deben tenerse en cuenta para la ponderación de intereses en cada caso concreto⁹.

⁸ BLASCO JOVER, C., «Trabajadores transparentes: la facultad fiscalizadora del empresario vs derechos fundamentales de los empleados», *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volumen 6, núm. 3, julio-septiembre 2018.

⁹ La STS de 8 de febrero de 2018 entiende que «(...) sin lugar a dudas los factores que para el TEDH deben tenerse en cuenta en la obligada ponderación de intereses, creemos que se reconducen básicamente a los tres sucesivos juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad establecidos por el TC0.»

**COMUNICACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE IMPROCEDENCIA
Y CONSIGNACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN A EFECTOS
DE PARALIZAR LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN
(ART. 56.2 ET TRAS LEY 45/2002)**

IVÁN LÓPEZ GARCÍA DE LA RIVA
Socio Director Área Laboral de Abdón Pedrajas Littler
ABDÓN PEDRAJAS LITTLER
Profesor Asociado de la Universidad Complutense

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

STS de 27 de octubre de 2009 (rcud núm. 3672/2008). ECLI: ES:TS:2009:7102.

II. INTRODUCCIÓN

La sentencia que ahora se comenta vino a revisar la doctrina que previamente el propio Tribunal Supremo había fijado en sentencia de fecha 30 de mayo de 2006¹. Este cambio de doctrina se realiza, como veremos, con sólido apoyo en una interpretación teleológica del precepto sustantivo (art. 56.2 ET) y en el solvente manejo de la legislación civil y procesal común.

Se trata de una resolución que modificó la interpretación de los requisitos legales para que el empresario pudiera impedir o paralizar, según los casos, el

¹ Rcucl núm. 2457/2005.

devengo de los salarios de tramitación. El resultado de esta exégesis es más favorable para los derechos del trabajador, pues impone una mayor carga al empresario en relación con la obligación de comunicación al trabajador de su decisión de reconocer la improcedencia del despido y ofrecer la indemnización, al amparo de la redacción dada al precepto citado por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

El jueves 21 de junio de 2007 se comunicó el despido a una trabajadora. El contenido de la carta era claramente insuficiente desde el punto de vista de la concreción de los hechos imputados para sustentar la declaración judicial de procedencia.

El siguiente lunes, 25 de junio de 2007, la empresa presentó en el Juzgado de lo Social un escrito en el que explicaba que había despedido a la trabajadora y que con la finalidad de impedir el devengo de salarios de tramitación, amparándose en el artículo 56.2 ET, reconocía la improcedencia del despido y justificaba el ingreso del importe de la indemnización en la cuenta de consignaciones del Juzgado.

El día 17 de julio de 2007 la trabajadora presentó papeleta de conciliación interesando la declaración de nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales o, subsidiariamente, la improcedencia.

Fue el Juzgado quien el 26 de julio de 2007 comunicó a la trabajadora que la empresa había reconocido mediante el escrito al que hemos hecho referencia la improcedencia y había consignado la indemnización por despido. Posteriormente, el 28 de agosto de 2007, la empresa también puso en conocimiento de la trabajadora que había reconocido la improcedencia y consignado la indemnización ante el Juzgado de lo Social en fecha 25 de junio anterior.

Finalmente, el 31 de agosto de 2007 se celebró el acto de conciliación en el que la empresa se ratificó tanto en el despido como en el reconocimiento de improcedencia y en el contenido de sus escritos al Juzgado y a la trabajadora. A pesar de ello, la trabajadora formuló demanda por despido ante el Juzgado de lo Social.

En cuanto a las sentencias dictadas en el curso del proceso, la de instancia declaró la improcedencia del despido condenando a la empresa al pago exclusivamente de la indemnización por despido en el importe que había sido ya consignado. Por su parte, la sentencia de suplicación estimó parcialmente el recurso de

suplicación en el sentido de imponer la condena a la empresa al pago de los salarios de tramitación hasta el día en el que el Juzgado comunicó a la trabajadora que la empresa había reconocido la improcedencia y consignado la indemnización.

El debate en casación se centró, entonces, en dilucidar si la actuación empresarial reconociendo ante el Juzgado la improcedencia del despido y consignando la indemnización había provocado o no el efecto de impedir el devengo de salarios de tramitación, dada la ausencia de comunicación a la empleada hasta más de un mes después del despido.

2. Relevancia del asunto

Como es sabido, la Ley 45/2002 modificó la redacción del artículo 56.2 ET. Concretamente permitió que el empresario impidiera o detuviera el devengo de los salarios de tramitación para el caso de despidos improcedentes en los que la opción entre extinción indemnizada y readmisión le estuviera atribuida. Condiciones para ello eran que, siempre antes de la conciliación administrativa, reconociera dicha improcedencia y depositara en el Juzgado de lo Social la indemnización por despido, poniendo todo ello en conocimiento del trabajador.

Este mecanismo, que en su momento recibió la denominación informal de «despido exprés»² favorecida por una interpretación judicial que permitía sustituir la consignación judicial por el pago directo al trabajador de la indemnización, siempre que este lo aceptara³, generó infinidad de litigios. Uno de los aspectos relevantes sobre los que se litigó fue, lógicamente, el alcance de la obligación de comunicar al trabajador el reconocimiento de la improcedencia y el ofrecimiento de indemnización, pues de su adecuado cumplimiento dependía la paralización de los salarios de tramitación.

A esta cuestión da respuesta la resolución comentada.

3. Doctrina sentada

Esta sentencia arranca subrayando las dos finalidades que perseguía el mecanismo previsto por el artículo 56.2 ET, en la redacción que ya ha quedado identificada, y los medios que preveía para alcanzarlas.

² El término llegó a utilizarse en la exposición de motivos –apartado V– de la Ley 3/2012 que lo derogó.

³ SSTs de 22 de enero de 2008 (rcud núm. 1689/2007), 6 de marzo de 2008 (rcud núm. 4785/2006), 12 de diciembre de 2008 (rcud núm. 11/2008) y 25 de marzo de 2009 (rcud núm. 41/2008).

De una parte, nos enseña, se pretendía promover la solución transaccional del conflicto antes incluso de la conciliación administrativa previa. Esa finalidad es clara, continúa, porque la norma construye un sistema de ofrecimiento empresarial y aceptación por el trabajador.

De otro lado, acreditando un adecuado conocimiento de la realidad social, la sentencia identifica que el precepto buscaba evitar que «mediante acciones estratégicas pueda provocarse una continuación artificial del proceso con la única finalidad de prolongar el devengo de los salarios de tramitación». Para ello se prevé la posibilidad de ofrecimiento al trabajador del reconocimiento de improcedencia y pago de la indemnización, así como de consignación judicial del importe de ésta.

El ofrecimiento empresarial, concluye en la primera parte del razonamiento, debe satisfacer plenamente las pretensiones del trabajador vinculadas a la improcedencia, pues de otro modo el litigio no pierde su objeto en los términos del artículo 22 LEC.

A partir de aquí invoca la configuración del ofrecimiento de pago y la consignación por los artículos 1176 y 1177 del Código Civil como fundamento último de la necesidad de realizar ese ofrecimiento y comunicar la consignación al trabajador.

Relacionando todo ello con el artículo 56.2 ET se constata que el efecto liberador del devengo de salarios de tramitación exige cumplir las exigencias de ofrecimiento y de garantía del pago a través de la consignación. Así:

— La realización del ofrecimiento empresarial y consignación de la indemnización en plazo de 48 horas desde el despido, provocaba que no se devengaban salarios de tramitación desde la fecha del mismo.

— Su realización con posterioridad, pero siempre antes del acto de conciliación, provoca la interrupción del devengo de esos salarios desde la fecha en que queden cumplimentados los dos requisitos, tanto la comunicación del ofrecimiento al trabajador, como la consignación judicial de la totalidad de las responsabilidades derivadas de la improcedencia, incluidos los salarios de tramitación calculados hasta la fecha en que se realice la oferta.

En consecuencia, como los presupuestos de hecho del asunto litigioso sitúan el problema en la última de las dos situaciones descritas, entiende que la doctrina correcta es la de la sentencia recurrida, en tanto que declaró que el devengo de salarios de tramitación no quedó interrumpido hasta que la trabajadora recibió comunicación de la oferta empresarial y consignación judicial realizadas.

4. Evolución posterior.

La doctrina que sentó esta sentencia se consolidó y fue aplicada por la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia de 19 de julio de 2011⁴. Con fecha 12 de febrero de 2012 entró en vigor el Real Decreto–ley 3/2012 que eliminó el mecanismo de paralización del devengo de salarios de tramitación al que nos venimos refiriendo, lo que fue asumido por la Ley 3/2012, de 7 de julio.

IV. APUNTE FINAL.

El Tribunal Supremo⁵ había fijado una doctrina consistente en que el efecto paralizador de los salarios de tramitación previsto en el artículo 56.2 ET se producía, con efectos desde la fecha del despido, si la consignación judicial de la indemnización se producía en las 48 horas siguientes al despido. Y ello con independencia de que la comunicación al trabajador del ofrecimiento empresarial de reconocimiento de la improcedencia y noticia de la consignación no se produjera hasta pasado ese plazo, aunque siempre antes del acto de conciliación. Todo sobre la base de una interpretación literal del precepto e invocando la doctrina que establecía la inexigibilidad de un reconocimiento formal de la improcedencia y la admisibilidad, por ello, de su reconocimiento tácito⁶.

La sentencia objeto de este comentario acomete, a modo de ver de quien suscribe, una labor exegética más profunda. Con base en normas procesales comunes (art. 22 LEC), en la configuración y finalidad de los institutos civiles del ofrecimiento de pago y de la consignación (arts. 1176 ss. CC) y en un análisis teleológico del artículo 56.2 ET, revisa la doctrina anterior. Y concluye, de manera muy fundamentada, que la paralización del cómputo de los salarios de tramitación no se produce hasta la efectiva concurrencia de los dos requisitos: comunicación del ofrecimiento empresarial de pago y efectiva consignación judicial de la indemnización.

⁴ RcuD núm. 4435/2010

⁵ SSTS de 30 de mayo de 2006 (rcud núm. 2457/2005)

⁶ STS de 30 de mayo de 2005 (rcud núm. 2914/2004) que sigue una línea marcada para otro supuesto por la STS de 13 de marzo de 2001 (rcud núm. 3689/1999). Posteriormente a la sentencia cuya doctrina quedó revisada, STS de 23 de noviembre de 2006 (rcud núm. 3462/2005).

LA COMPATIBILIDAD ENTRE TRABAJO E INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA
Profesora Titular de la Universidad de Granada

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2009 (RCUD 1674/2008) [ECLI: ES: TS: 2009:8101].

II. INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones que más litigios plantea en sede judicial es la relativa a la compatibilidad o no entre el desempeño de una actividad profesional y el disfrute de una incapacidad permanente. En principio, parece ésta una cuestión sencilla a tenor de las reglas dispuestas por la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). No obstante, el debate puede complicarse dependiendo del grado de incapacidad permanente que afecte al solicitante, así como el carácter «principal y/o marginal» de la actividad a desempeñar y, por ende, su repercusión en la capacidad del trabajador. Es por ello que, bajo un pretexto de fomento el «envejecimiento activo» se hayan ido introduciendo, paulatinamente en la doctrina judicial, algunas excepciones a la regla general y siempre atendiendo a las circunstancias del caso concreto. A buen ejemplo, en la sen-

tencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2009 (rcud 1674/2008), el Magistrado ponente D. Aurelio Desdentado Bonete hace gala de su sentido más garantista al interpretar de una manera flexible y protectora las reglas de compatibilidad «trabajo e incapacidad permanente» que prevé la LGSS.

III. COMENTARIO

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 1 de diciembre de 2009 (núm. recurso 1674/2008) versa sobre el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representante del trabajador afectado, contra las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (con sede en Granada) de 2 de abril de 2008 y del Juzgado de lo Social núm. 5 de Granada (con fecha de 5 de julio de 2007), seguidas a instancia de la parte recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS).

El debate se centra en torno a la determinación de la capacidad del trabajador para desempeñar la actividad de Administrador de la mercantil Alberto Escobar, SL, con la percepción de una pensión por incapacidad permanente absoluta que tiene reconocida. En concreto, el demandante era administrador único de la sociedad limitada mencionada en donde, igualmente, desempeña las funciones de mecánico de frío industrial. Con motivo de una enfermedad cardiaca y de los siguientes factores de riesgo «la hipertensión y la dislipemia, limitación del hombro izquierdo y mano, neuritis de la región cubital, radiculitis en evolución, estando limitado para trabajos de pequeños esfuerzos, tensión emocional y física, así como los que implican cambios bruscos de temperatura», le fue reconocida por resolución de 22 de julio de 2005 una incapacidad permanente absoluta con derecho a la correspondiente pensión del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA). Aunque el recurrente sigue presentando una arteroesclerosis severa de las arterias, según indica el informe del especialista, deja su puesto de mecánico de frío industrial para pasar a desempeñar, únicamente, las funciones retribuidas de administrador de la empresa Alberto Escobar, SL. En atención a estas circunstancias, el INSS procede a suspenderle el abono de la pensión por incapacidad permanente absoluta al considerarla incompatible con el desempeño profesional de administrador único.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (con sede en Granada), acogiendo las alegaciones del INSS, considera que la incapacidad permanente se le reconoció al actor en función de su actividad «principal», esto es, la de Administrador único de la mercantil Alberto Escobar, SL. Asimismo, se en-

tiende que quizás la incapacidad que hubiese procedido no debía haber sido con el grado de absoluta, sino de total. Finalmente, el tribunal de instancia recuerda que, conforme a la doctrina el Tribunal Supremo, no puede considerarse compatible una incapacidad permanente absoluta con el desempeño de actividades que constituyen el núcleo de una profesión, sino que éstas habrán de limitarse a actividades marginales. Por todas estas razones, este tribunal, confirma la suspensión de la pensión que acuerda el INSS.

Vistos los antecedentes de hecho y también la sentencia de contraste que aporta la parte recurrente (sentencia del TSJ de La Rioja de 24 de julio de 2003), el Tribunal Supremo reflexiona acerca de los requisitos que exige el artículo 141.2 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la LGSS (actual 198 de la LGSS de 2015).

Primeramente, afirma el Alto Tribunal que la determinación de la posible compatibilidad o incompatibilidad no se circunscribe al terreno físico, sino al jurídico de la pensión con el trabajo. Por lo tanto, lo que habrá que analizar es si la actividad de administrador único de la mercantil constituye una «actividad principal» o «marginal». Inicialmente, podría pensarse que efectivamente existe una incompatibilidad pues, en el presente caso, el acto mantiene la misma actividad que ya ejercía anteriormente a la declaración de incapacidad permanente. Empero, no es ese exactamente el caso porque el demandante desempeñaba antes de la incapacidad permanente dos trabajos: el de administrador y el de mecánico de frío industrial. Y, en ningún momento, se indica que la actividad de administrador único sea la principal. Aparte, para valorar la envergadura de una actividad habrá que tener en cuenta cual ha sido la determinante para su inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

En segundo lugar, habrá que analizar el alcance de la definición legal que enuncia las reglas de compatibilidad de la LGSS. Recuérdese que, la propia doctrina del Tribunal Supremo, ya ha establecido que esta definición no puede entenderse en sentido literal o estricto, pues «... la experiencia muestra que, por grave que pueda ser el estado del incapacitado, siempre resta una capacidad de trabajo residual que puede ser utilizada, incluso de forma regular, en determinados empleos». En otras palabras, hay que estar a las circunstancias del caso concreto y orientar la interpretación en un sentido flexible. Se advierten así dos elementos esenciales en su regulación, de un lado, las relaciones entre el trabajo y el estado del incapacitado, por lo que sólo cuando aquellas actividades sean inadecuadas o perjudiciales habrá entonces que considerarlas incompatibles. Y, de otro, nada impide que opere la revisión de la incapacidad permanente (relacionando los antiguos artículos 142.1 y 143 de la LGSS de 1994) cuando se experimente un «cambio en la capacidad de trabajo», es decir, una mejoría.

En base a estos argumentos, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación planteado por la parte recurrente y entiende que la pensión de incapacidad permanente absoluta es aquí compatible con el desempeño de la actividad de administrador único. Y es que, la incompatibilidad sólo puede plantearse cuando la actividad profesional resulte «perjudicial o inadecuada» para el estado del incapacitado. Por todo ello no procede declarar la incompatibilidad, sino la revisión en el grado de incapacidad permanente.

IV. APUNTE FINAL

La inexistencia en el Sistema de Seguridad Social de un régimen de compatibilidad e incompatibilidad de las pensiones, mínimamente ordenado, completo y coherente, se deja sentir, como no podía ser de otra manera, en las pensiones derivadas de la declaración de incapacidad permanente. Pero la legislación vigente –artículo 198 LGSS– se preocupa particularmente por establecer el régimen de compatibilidades entre, por un lado, el percibo de la pensión por incapacidad permanente y, por otro, la realización de un trabajo remunerado. Esta regulación, en términos generales, trata de favorecer la posibilidad de que la persona declarada inválida incapacitada no pierda toda posibilidad de seguir incorporada al mercado de trabajo.

A tal fin, se acepta la compatibilidad con el trabajo remunerado tanto de la pensión por incapacidad permanente total –ordinaria o cualificada–. El alcance de esta regla era remitido a la regulación reglamentaria, que prevé la posibilidad de reducir el salario que pueda percibir el trabajador en la misma o distinta empresa, «cuando la invalidez del trabajador afecte a la capacidad exigida, con carácter general, para desempeñar el nuevo puesto de trabajo», sin que la reducción, que habrá de ser pactada con el empresario, pueda exceder del 50 por 100 del importe de la pensión (arts. 198 de la LGSS/2015 y 24.3 de la OM de 25 de abril de 1969). La versión actual, tras la reforma por la Ley 27/2011, ha suprimido esa remisión y la única condición que pone es que las funciones «no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total», lo que no deja de ser una obviedad, pues de lo contrario estaríamos ante un sinsentido o un fraude de ley. La ausencia de remisión a la normativa reglamentaria no parece que implique su derogación, pues se trata de una regulación complementaria con la legalmente prevista¹.

¹ MONEREO PÉREZ, J. L., y LÓPEZ INSUA, B. M., «Incapacidad permanente total y compatibilidad con la jubilación parcial: la tendencia expansiva y su significación jurídica», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 58 de 2021.

Esto hace que también se contemple la posibilidad de compatibilidad de la pensión por incapacidad permanente total con el subsidio por desempleo [artículos 213.1.f) de la LGSS y 16 del RD 625/1985]. Sin embargo, la regla sigue siendo la de extinción del derecho a la prestación por desempleo. Eso sí, «en estos casos de invalidez» –la ley no se libra del arcaico lenguaje– o incapacidad, «no obstante, el beneficiario podrá optar por la prestación más favorable».

Por lo que concierne a la incapacidad absoluta y gran invalidez, la propia norma legal establece condiciones para admitir la compatibilidad de las pensiones por los grados de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez con el trabajo, exigiendo que no perjudiquen su estado de inválido y no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión². La jurisprudencia ha venido interpretando en sentido amplio este régimen de compatibilidad (sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1989). Sin embargo, paradójicamente, el nuevo apartado 3 del artículo 141 LGSS, incluido por la Ley 27/2011, en vigor desde el 1 de enero de 2014, prevé que el «disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el apartado 1 del artículo 165 de esta Ley».

A pesar de estos postulados, lo cierto es que el legislador ha puesto en marcha distintas iniciativas para permitir compatibilizar, de un lado, el desempeño de una actividad profesional con la incapacidad permanente y, de otro, el disfrute de una incapacidad permanente total con la jubilación parcial. En efecto, a fin de promover el «envejecimiento activo» que tanto aspira a conseguir el colectivo comunitario, se introducen una serie de excepciones a la regla general que pretenden no sólo incrementar la recaudación del sistema de Seguridad Social sino, al mismo tiempo, compensar la minoración en la cuantía media de las pensiones de jubilación para así garantizar una subsistencia digna.

El dilema entre la promoción del envejecimiento activo o la estabilidad presupuestaria del sistema institucional de la Seguridad Social se ha situado, hoy día, en el punto de mira doctrinal, lo que ha originado una fuerte tensión dialéctica que se eleva tanto a nivel nacional como europeo. De ahí, que unas de las cuestiones que más se hayan debatido en la nación española y que, de

² MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., MORENO VIDA, M.ª N., y MALDONADO MOLINA, J. A., *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2020.

hecho, han incidido en el informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 2020 sea ésta³. Y es que con el objetivo en mente de que en un futuro el sistema de Seguridad Social pueda seguir haciendo frente a la protección de las personas que se encuentran en situación de necesidad, otorgando así una cobertura protectora amplia y eficaz, se han adoptado algunas medidas de urgencia que «supuestamente» tratan de compensar estos dos factores –envejecimiento demográfico y búsqueda de equilibrios financieros del sistema de pensiones públicas–⁴.

³ Una perspectiva jurídico-crítica del conjunto sobre las recomendaciones de la nueva versión del Pacto de Toledo, en MONEREO PÉREZ, J. L., y RODRÍGUEZ INIESTA, G., «El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)», en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 25, 4.º trimestre 2020.

⁴ MONEREO PÉREZ, J. L., «Reestructuraciones de empresas y edad de jubilación: Una reforma necesaria», en VVAA, Monereo Pérez, J. L. (Dir.), *La política de pensiones en el Estado social en transformación: Aspectos críticos*, Granada, Comares, 2010, p. 146.

LA COMUNICACIÓN DE LA DEPENDENCIA ECONÓMICA COMO REQUISITO CONSTITUTIVO DEL CONTRATO DE TRADE

MARISA LÓPEZ VILLALBA

Abogada. Socia del Departamento Laboral de J&A Garrigues

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2011 (RCUD 3956/2010) [ECLI: ES: TS:2011:5801].

II. INTRODUCCIÓN

La Ley 20/2007, de 11 de julio del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA) supuso un hito fundamental en la regulación del trabajo autónomo y fue el origen de la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE), hasta entonces desconocida en nuestro ordenamiento jurídico.

La LETA optó por atribuir a la Jurisdicción Social la competencia para conocer «las pretensiones derivadas del contrato celebrado entre un trabajador autónomo económicamente dependiente y su cliente, así como para las solicitudes de reconocimiento de la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente¹».

¹ Artículo 17 de la LETA, en la redacción dada por la Disposición final 2.3 de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social. En la versión inicial analizada por la STS el precepto no incluía expresa-

Es en este contexto en el que se encuadra la importante STS de 11 de julio de 2011 objeto del presente comentario, en la que el Tribunal concluye que la comunicación de la condición de dependencia económica del TRADE a la empresa cliente es un requisito esencial para la existencia del contrato, cuya ausencia determina la incompetencia de la jurisdicción social para el conocimiento de la extinción de la relación jurídica vigente entre las partes.

III. COMENTARIO

1. Descripción del caso

En el supuesto analizado en la sentencia, se cuestionaba si debía o no ser competente la Jurisdicción Social para conocer de la reclamación de extinción indemnizada de contrato de trabajo planteada por quien venía realizando para una empresa el transporte de mercancías por carretera con un camión de su propiedad con autorización de transporte concedida a su nombre, percibiendo de ésta, al menos, el 75 % de sus ingresos. El demandante se encontraba de alta en el RETA y en el Impuesto de Actividades Económicas, no contaba con trabajadores por cuenta ajena a su servicio, ni subcontrató total o parcialmente la prestación de sus servicios a la demandada; no tenía un horario establecido por la empresa, comprometiéndose a realizar los portes en tiempo determinado conforme al encargo recibido, habiendo rechazado encargos en alguna ocasión. No tenía vacaciones fijadas de acuerdo con la empresa, descansando cuando lo entendía conveniente. La relación existente entre las partes databa de un momento anterior a la entrada en vigor de la LETA y la extinción fue decidida y comunicada por la empresa en diciembre de 2008, es decir, con posterioridad a dicha entrada en vigor. El demandante no comunicó a la empresa su consideración de TRADE en ningún momento anterior a la extinción.

La sentencia de instancia declaró la falta de jurisdicción del orden social, siendo confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 30 de septiembre de 2010, decisión fundada en la consideración de que el actor debió comunicar a la empresa su condición de TRADE en el plazo 1 año a partir del 13 de octubre de 2007 (fecha de entrada en vigor de la LETA), en aplicación de la Disposición Transitoria 3.^a de dicha Ley en relación con su Disposición Adicional 11.^a, requisito que no cumplió, realizando dicha comunicación una vez extinguida la relación, por lo que, al amparo del artículo 17

mente las solicitudes de reconocimiento de la condición de TRADE.

de la Ley no cabía atribuir a la Jurisdicción Social el conocimiento de la cuestión debatida en el caso.

El demandante recurrió en casación para la unificación de doctrina, alegando como contradictoria la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 29 de octubre de 2008, dictada en un supuesto sustancialmente igual y resuelta en sentido contrario; tal sentencia razonaba, en síntesis, que la existencia de un trabajo autónomo económicamente dependiente requiere únicamente del cumplimiento de las condiciones sustantivas reguladas en el artículo 11 de la LETA, no siendo necesario el cumplimiento de los requisitos de forma del artículo 12 de la LETA, ni la adaptación del contrato en los términos de la referida Disposición Transitoria 3.^a

El recurso fue admitido por el Tribunal, dictándose sentencia desestimatoria del recurso y formulándose voto particular por la magistrada Excmá Sra. Rosa María Virolés Piñol.

2. Relevancia del asunto

Para valorar la importancia de la cuestión que se resuelve en la sentencia comentada basta remontarnos al momento en el que la LETA fue publicada y las dudas interpretativas que se plantearon a empresarios y autónomos, tanto en relación con la delimitación jurídica del TRADE, como respecto del régimen y posibilidades de «conversión» de los autónomos preexistentes en dicha figura legal; y todo ello en el contexto de una norma que instituyó un marco legal novedoso para los TRADES, a quienes brindaba una especial protección y garantías, tanto en el ámbito de los derechos colectivos –de la mano de los acuerdos de interés profesional– como en la elección de la jurisdicción competente para la resolución de las pretensiones que les conciernen.

3. Doctrina contenida en la sentencia

La sentencia se vertebra en torno a los elementos constitutivos de la figura del TRADE. Se analiza si, para que concurra tal condición, basta con el cumplimiento de los requisitos sustantivos del artículo 11 de la LETA o si, además, deben igualmente concurrir los enunciados en su artículo 12.1, es decir, la formalización escrita del contrato y su registro público y la obligación del trabajador autónomo de hacer constar expresamente en aquél su condición de dependiente económicamente respecto del cliente que le contrate, así como

las variaciones que se produjeran al respecto. Y ello en el marco de otras normas adicionales y transitorias de la LETA, concretamente, la Disposición Adicional 11.^a relativa a los autónomos del sector del transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que son titulares y las Disposiciones Transitorias 2.^a y 3.^a sobre la adaptación de los contratos vigentes de quienes, conforme a la LETA, tuvieran la consideración de TRADES.

El Tribunal, tras afirmar con claridad que la LETA establece la jurisdicción del orden social para conocer las pretensiones del contrato de TRADE, acepta la prioridad de la calificación material o sustantiva derivada del cumplimiento de los requisitos del citado artículo 11 y descarta el carácter constitutivo de la forma escrita del contrato, en atención al principio espiritualista acogido en el Código Civil (art. 1278) y sentencias de la sala de lo civil del Tribunal Supremo en relación a que la forma *ad solemnitatem* sólo ha de apreciarse cuando sea impuesta por ley o se desprenda de la función que la exigencia formal cumple en el tipo contractual de que se trate, circunstancias que no se cumplen en el citado artículo 12.1. En consecuencia, el incumplimiento de las obligaciones formales de dicho precepto no impedirá que la relación pueda ser considerada como TRADE, si se cumplen los requisitos sustantivos que la configuran.

Ahora bien, y ahí reside la importancia de la sentencia, en lo que respecta a la exigencia de comunicación escrita del TRADE al empresario acerca de su consideración de tal prevista en el artículo 12.2², el Tribunal concluye que, lejos de considerarse una exigencia formal, «(...) es un requisito para la existencia del consentimiento sobre el vínculo contractual que se establece» puesto que «se relaciona con el necesario conocimiento por el empresario de uno de los presupuestos del contrato: la situación de dependencia económica» y tal situación «normalmente solo será conocida por el trabajador autónomo, pues es éste el que tiene la información sobre los clientes para los que presta servicios y sobre los ingresos que percibe de ellos».

De tal forma que, así como la aplicación del régimen legal resulta preceptiva cuando concurren las condiciones legales para ello, no es obligatorio suscribir el contrato de TRADE, debiendo el trabajador autónomo y el cliente conocer la naturaleza del contrato que suscriben y este último debe necesariamente saber que contrata un servicio en régimen de dependencia económica, lo que se traduce en la obligación del trabajador de informar al respecto o, al menos, la carga de probar que el cliente conocía tal circunstancia en el mo-

² «El trabajador autónomo deberá hacer constar expresamente en el contrato su condición de dependiente económicamente respecto del cliente que le contrate, así como las variaciones que se produjeran al respecto»

mento de la contratación. Por ello, no sería exigible para el empresario que contrata a un presunto TRADE cumplir con las obligaciones derivadas de dicha figura si desconoce la concurrencia de los elementos materiales que determinan su existencia, lo que incide muy especialmente en el requisito de la dependencia económica.

Finalmente, la sentencia realiza un análisis específico del régimen transitorio de la LETA y su reglamento, concluyendo que en el momento en el que se produjo el cese – diciembre de 2008 – ni se había adaptado el contrato, ni había transcurrido el plazo de 18 meses para su adaptación; ante tal situación y no habiéndose comunicado por el trabajador a la empresa la situación de dependencia económica, no existía un contrato de TRADE y, por lo tanto, se confirmó la incompetencia de la Jurisdicción Social para conocer de la pretensión.

La Doctrina contenida en la sentencia, fue confirmada por el Tribunal en sentencias posteriores³, y se ha venido manteniendo en la práctica, si bien con los ajustes derivados de la adaptación a normativa posterior que han tenido incidencia en determinadas previsiones de la LETA.

IV. APUNTE FINAL

La sentencia, en suma, resultó crucial en un momento en el que la normativa no estaba dotada de la claridad suficiente para que empresas y autónomos pudiesen adoptar con garantías determinadas decisiones tales como la permanencia de los contratos previos a la LETA o su eventual transformación, destacando tanto por la profundidad y a la vez nitidez de sus razonamientos, como por la practicidad de sus conclusiones, lo que contribuyó decisivamente a aportar seguridad jurídica a los sujetos concernidos.

³ 12 de julio de 2011 (RCUD 3258/2010), 12 de julio de 2011 (RCUD 3258/2010), 12 de julio de 2011 (RCUD 3706/2010), 24 de noviembre de 2011 (RCUD 1007/2011) y 12 de junio de 2012 (RCUD 2060/2011).

EL CONCEPTO ES EL CONCEPTO

JESÚS MANUEL LUIS CARRASCO
Abogado de Gómez-Acebo&Pombo

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Voto particular a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2007 (RCUD 1928/2004) [ECLI: ES: TS:2007:8834].

II. INTRODUCCIÓN

En una carpa situada en medio de un campo de fútbol, se reunían dos grupos mafiosos para ventilar sus diferencias. Un tal Pazos, con un marcado acento gallego y, también, con la retranca que se atribuye a los naturales de esa parte del país, argumentaba su posición con aquella expresión de que «el concepto es el concepto».

Quien escribe estas líneas no ha podido evitar que la lectura del voto particular que comentamos (suscrito por Aureliano Desdentado, entonces presidente en funciones de la Sala cuarta, y al que se adherieron 3 magistrados/as más) le trajera a la mente, dicho sea con el máximo respeto y salvadas todas las distancias, aquella célebre escena de la película «Airbag» (estrenada nada menos que en 1997; cómo pasa el tiempo).

Ante una cuestión de múltiples aristas, los límites a la admisión de nuevos documentos en los recursos laborales, la mayoría del Pleno de la Sala de lo social optó finalmente por una posición matizadamente flexible. El voto particular viene a recordar que la flexibilidad debiera tener como límite la configuración básica («el concepto») de la figura jurídica interpretada. En definitiva, que por la vía interpretativa no debería abrirse una puerta que pudiera convertir al recurso de casación para la unificación de doctrina en algo diferente a lo que es.

III. COMENTARIO

1. La cuestión

Si algo caracteriza al procedimiento laboral es la agilidad y celeridad. Para ello se sustenta sobre una serie de principios que, en materia de prueba, cabe sintetizar en dos:

— Las pruebas se presentan en la instancia, sin que quepa, tras la Sentencia de instancia y en vía de recurso, aportar al proceso nuevas pruebas, en particular nuevos documentos.

— Los hechos probados se fijan en la Sentencia de instancia, siendo posible, en circunstancias tasadas, su modificación (con fundamento en documentos o pericias aportadas inicialmente) en el seno de los recursos de suplicación y casación ordinaria. No así en el recurso de casación para la unificación de doctrina (rcud).

La imposibilidad de proceder a la modificación de hechos probados en el rcud deriva de su propia configuración, ya que su finalidad no es dar satisfacción a las pretensiones de los litigantes sino unificar la jurisprudencia ante supuestos en los que, ante situaciones sustancialmente idénticas, se producen Sentencias contradictorias. La propia admisibilidad del rcud viene condicionada a que el recurrente identifique una Sentencia que, comparada con la recurrida, muestre una coincidencia sustancial, en particular en los hechos.

La regulación del recurso de suplicación en la Ley de Procedimiento Laboral de 1980 (en aquel tiempo se sustanciaba ante el Tribunal Central de Trabajo) era tajante al prohibir la aportación a ese Tribunal de cualquier escrito o alegaciones de las partes (art. 160). Ello determinaba, por ejemplo, que se desestimasen impugnaciones contra recargos de prestaciones por infracción de medidas de seguridad e higiene, a pesar de que la empresa intentara, durante la

sustanciación del recurso de suplicación, aportan Sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa que declaraban inexistentes las sanciones que imponían el recargo.

En esa situación, la STC 158/1985, de 26 de noviembre, anuló resoluciones del TCT argumentando que el artículo 160 de la antigua LPL no debía impedir que excepcionalmente se admitieran escritos (Sentencias) que contuvieran los elementos de juicio necesarios para evitar la vulneración de un derecho fundamental, debiéndose admitir el documento y aceptar los hechos probados de la Sentencia incorporada o razonar su discrepancia, todo ello con el argumento de que unos mismos hechos no pueden, al mismo tiempo, existir y dejar de existir.

La normativa procesal laboral se modificó posteriormente para incluir, en el apartado referido a las disposiciones comunes a los recursos de suplicación y casación una previsión (art. 230, luego 231 LPL, actual 233 LRJS) que, con carácter general, prohibía la presentación de nuevos documentos, previendo excepcionalmente la aportación de resoluciones judiciales o administrativas firmes o documentos decisivos que no hubieran podido aportarse antes y pudieran evitar la vulneración de un derecho fundamental.

2. Los antecedentes

La posibilidad de admitir documentos nuevos que fundamenten una modificación de hechos probados no suscita grandes problemas en los recursos de suplicación y casación ordinaria. Más complicado es su encaje en el rcud que, por su propia naturaleza, se ciñe a los hechos establecidos en las sentencias (recurrida y contradictoria) objeto de comparación. Esa dificultad generó un profundo debate sobre el alcance de la admisión de nuevos documentos en el rcud.

La STS de 22 de octubre de 1991 (rcud 1075/1990), de la que fue ponente Aureliano Desdentado, razonaba que la posibilidad de admitir documentos nuevos, aun con la finalidad de protección de derechos fundamentales, venía condicionada por la configuración del recurso en cuyo seno se solicita. En el caso del rcud es necesario que concurra contradicción entre las resoluciones judiciales, por lo que el documento nuevo solo puede tenerse en cuenta una vez superado el análisis de la contradicción, rechazando que pueda declararse la nulidad de actuaciones para devolver el asunto al órgano judicial de origen.

La STS de 5 de enero de 2000 (rcud 4385/1998) admitió un documento nuevo sin analizar previamente la existencia de contradicción, anulando las actuaciones y devolviéndolas al Juez de instancia.

El ATS de 10 de diciembre de 2002 (rcud 365/2002), dictado en Sala General, volvía al criterio de la STS de 1991 al entender que los documentos nuevos solo eran admisibles en los supuestos en que el recurso resultara procedente, por lo que esa admisión estaba condicionada al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad incluyendo la existencia de contradicción.

3. El caso analizado en la STS de 5 de diciembre de 2007

El debate en suplicación, y en el rcud, se centraba en determinar la base reguladora para una pensión de incapacidad permanente. La Sentencia recurrida, atendiendo a los hechos probados en el procedimiento hasta entonces seguido, había determinado una base reguladora inferior a la pretendida por la trabajadora al entender, siguiendo una doctrina correcta atendiendo a los hechos que se consideraban probados, que no era aplicable la doctrina del paréntesis.

En el trámite de alegaciones del incidente de admisión del rcud, la recurrente aportó una Sentencia que le reconocía el derecho a percibir el subsidio de IT más allá de la fecha en la que, en los hechos probados de la sentencia impugnada, se entendía que esta había finalizado. Esa circunstancia fáctica determinaba que la doctrina del paréntesis resultara aplicable y que la recurrente tuviera derecho a la mayor base reguladora que pretendía.

4. La posición de la mayoría plasmada en la STS de 5 de diciembre de 2007

Aunque finalmente el recurso es desestimado al apreciar negligencia en la parte recurrente por no haber dejado constancia, con claridad, en las instancias previas de la existencia del procedimiento en el que se dictó la resolución que se aportaba, cabe sintetizar la doctrina plasmada en la STS, en los siguientes términos:

— En los recursos de suplicación y casación (incluyendo el rcud) únicamente pueden admitirse documentos que tengan la condición de sentencias o resoluciones judiciales firmes, siempre que se hayan dictado o notificado con posterioridad a la fase de conclusiones del juicio en la instancia, que resulten decisivas para la resolución de la cuestión planteada y que no exista dolo, fraude o negligencia por la parte que pretende aportarlos.

— Si se admite, la sentencia recurrida se integrará con los hechos que deriven del nuevo documento, con carácter previo al análisis de la existencia de contradicción. Es decir, al analizar la contradicción se comparan los hechos de la sentencia aportada como contradictoria y los hechos de la sentencia impugnada corregidos con arreglo al documento ahora admitido.

— La valoración del alcance del documento nuevo se realizará en la Sentencia o Auto que se dicte reservándose la posibilidad de valorar la solución más ajustada (entrar al fondo o anular las actuaciones).

5. El Voto Particular de la STS de 5 de diciembre de 2007

Frente a los criterios generales establecidos por la mayoría de la Sala, el Voto Particular de Aureliano Desdentado, con remisión al ATS de 10 de diciembre de 2002, defiende que la posibilidad excepcional de admitir documentos, reconocida en la entonces vigente LPL, no puede conducir a desnaturalizar la esencia del rcud.

Por ello, en ningún caso la admisión de un nuevo documento pueda dar lugar a una revisión fáctica ajena a la regulación del rcud y que supondría la creación, al margen de la regulación procesal, de un nuevo motivo de impugnación. La Sentencia recurrida no puede integrarse con hechos derivados del nuevo documento.

Igualmente, la naturaleza y configuración procesal del rcud implica que la admisibilidad del recurso esté subordinada al requisito de existencia de contradicción, el cual debe verificarse analizando los hechos probados de las sentencias comparadas en los términos en los que se reflejan en estas. En definitiva, previamente a tener en cuenta el nuevo documento es preciso que se acredite el requisito de admisión de existencia de contradicción (al igual que otros requisitos previos, como la presentación dentro de plazo).

También se rechaza la posibilidad de declarar la nulidad de actuaciones, al no existir previsión legal alguna que le dé cobertura.

IV. APUNTE FINAL

La STS de 5 de diciembre de 2007 es la referencia a la que terminamos acudiendo los abogados cuando necesitamos oponernos a la aportación de algún documento nuevo que, en fase de recurso, pretende la otra parte.

Si el recurso en cuestión es un rcud, la cita del Voto Particular de Aureliano Desdentado permite subrayar el carácter restrictivo con el que deben admitirse nuevos documentos en esa fase, dado que introduce un elemento extraño en la configuración del rcud que puede llevar a convertirlo en algo diferente e irreconocible, alterando el concepto mismo de lo que es y debe ser.

LA DIGNIDAD OBRERA MENOSCABADA EN LA OCIOSIDAD LABORAL IMPUESTA POR LA EMPRESA

JOSÉ MARÍN MARÍN
Abogado laboralista

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1991. Recurso por infracción de ley 883/1990 [ECLI: ES: TS:1991:14591].

Ponente: Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete. Voto particular: Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde.

II. INTRODUCCIÓN

La sentencia que se comenta incide en una de las cuestiones más poliédricas en la doctrina judicial sobre el despido, cual es la causa disciplinaria de la transgresión de la buena fe contractual, imputada en este caso a una conducta extralaboral del trabajador despedido, que se produjo en el marco de una situación procesal singular de ejecución de una sentencia de despido improcedente por no readmisión de un representante legal de los trabajadores.

La sentencia resulta de un gran interés por la singularidad del supuesto, por la novedad doctrinal y por la originalidad de su argumentación al poner en valor la dignidad del trabajador y del trabajo en sí mismo considerado.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

Un representante de los trabajadores, miembro del comité de empresa, fue objeto de despido en 27 de mayo de 1988 que fue declarado improcedente por Sentencia del Juzgado de lo Social de 27 de septiembre de 1988. Previamente, la empresa había iniciado un ERE para suprimir una línea de producción, de la que formaba parte aquel representante. El ERE no llegó a buen fin y la empresa acudió a la amortización de 180 puestos de trabajo por acuerdos individuales indemnizados (al parecer, al amparo del artículo 49.1 ET, en procedimiento aceptado por más del 90% de los trabajadores, según se refiere en el Voto particular, FD 5), despidiendo después al actor, que tras la sentencia de improcedencia instó su ejecución. El Juzgado por Auto de 27 de enero de 1989 requirió a la empresa a que procediera a su readmisión, y no habiéndose efectuado la misma, alegando la empresa haber desaparecido su puesto de trabajo, recayó nuevo Auto del Juzgado de 6 de febrero de 1989 por el que se relevó al trabajador de su obligación de prestar sus servicios al tiempo que se impuso a la empresa la obligación de mantenerlo en alta en la Seguridad Social y de seguir abonándole los salarios como si prestara los servicios, en aplicación de los artículos 212 y 213 LPL/1980, donde venía establecido un tratamiento garantista para la ejecución de sentencias de despido de representantes de los trabajadores.

En este contexto procesal, aquel trabajador fue objeto de un nuevo despido disciplinario el 7 de marzo de 1990, imputándole la empresa que, mientras seguía manteniéndolo en alta en seguridad social y abonándole el salario, había venido trabajando habitualmente de lunes a viernes en un taller de construcciones metálicas sin haberle informado y sin su autorización. Recayó Sentencia del Juzgado de lo Social declarando procedente el nuevo despido, tras recoger como hecho probado la efectiva prestación diaria de servicios en un taller, que quedó acreditada por informe de una agencia privada de investigación, conducta que la sentencia calificó de transgresión de la buena fe contractual. El actor negó los hechos en el expediente previo, y en el juicio adujo que su presencia en aquel taller obedecía a motivos personales, colaborando en el mismo «por aburrimiento» al no tener ocupación alguna en su empresa.

Contra esta sentencia se interpuso por el actor recurso de casación por infracción de ley y doctrina legal, conforme al régimen de recursos en la jurisdicción laboral establecido en la LPL/1980, con vigencia transitoria en aquella

fecha¹, que atribuía competencia al Tribunal Supremo para conocer este tipo de recurso contra sentencias de instancia en juicios por despido de trabajadores miembros del Comité de Empresa o Delegados de personal (art. 166.3.º).

2. Relevancia del asunto

La relevancia del caso fue advertida por los Magistrados inicialmente componentes de la Sala en la sesión para votación y fallo del recurso de casación interpuesto, los cuales acordaron, conforme al artículo 197 LOPJ, llamar a todos los componentes de la Sala Cuarta por la trascendencia del asunto. En la nueva sesión con la Sala en pleno, el Magistrado Ponente (Antonio Martín Valverde) no obtuvo respaldo mayoritario y se nombró nuevo Ponente (Aurelio Desdentado Bonete), cuyo parecer obtendría el apoyo de once de los trece Magistrados de la Sala, con voto particular del anterior Ponente, al que se adhirió otro Magistrado.

La cuestión central del recurso residía en determinar si hubo o no transgresión de la buena fe en la conducta de un trabajador que, teniendo suspendida la prestación de servicios en su empresa por decisión judicial ante el incumplimiento empresarial de su readmisión ordenada anteriormente, es descubierto trabajando en otra empresa.

La transgresión de la buena fe (art. 54.2.d ET) es una causa de despido con un amplio y polémico recorrido en el desarrollo de las relaciones laborales, que ha venido recibiendo diferentes matices y puntualizaciones en la doctrina judicial. La «buena fe» figura en nuestro derecho positivo como criterio general informador de la conducta de los sujetos jurídicos en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de los deberes; así viene plasmada en el título preliminar del Código Civil (arts. 6 y 7), y, específicamente en el marco de las relaciones laborales, donde, aparte de tipificar su transgresión como causa de despido, aparece como deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador (art. 20.2 ET), y como primer deber básico del trabajador (art. 5.a ET), que impone obligaciones de hacer y de no hacer, aunque —esta es una de las matizaciones de la doctrina— no debe entenderse con carácter genérico de lealtad empresarial como sumisión absoluta a los intereses empresariales (STC 126/2003).

¹ El régimen de recursos laborales fue modificado notablemente en la LPL/1990. Aquel nuevo texto articulado de la LPL de acuerdo con los principios y criterios contenidos en la Ley de Bases 7/1989, fue aprobado por RDLeg. 521/1990, de 27 de abril (BOE de 2 de mayo de 1990), en cuyo artículo único se dispuso que entraría en vigor a los dos meses de la fecha de su publicación, después por tanto de la sentencia del Juzgado de lo Social del caso comentado, que fue de fecha 6 de junio de 1990.

3. Doctrina sentada

La sentencia que nos ocupa, aparte de dar respuesta a algunas cuestiones colaterales suscitadas en los motivos del recurso², resuelve la cuestión central de existencia o no de la causa de despido disciplinario imputada construyendo una compleja argumentación en el extenso y denso Fundamento Quinto, con una serie de consideraciones previas sobre cuestiones conexas entrelazadas, algunas sobre aspectos ya matizados por doctrina judicial precedente (como el requisito de gravedad del incumplimiento contractual merecedor de despido por exigencia del artículo 54.1 ET, con cita de SSTs de 9 y 30 de octubre de 1989), y otras más novedosas relativas a la configuración jurídica de la situación de la relación laboral afectada por las medidas del artículo 213.2 LPL/1980, para subrayar sus notas singulares y diferenciarla de situaciones laborales de aparente afinidad³, para llegar a enunciar sus consecuencias, con consideraciones jurídicas que resultarían premisas decisivas para la solución

² Hay algunas cuestiones colaterales que fueron planteadas en el recurso o en su impugnación fueron resueltas aplicando doctrina judicial precedente: *Determinación del salario regulador en despidos* (FD 2, con cita de SSTs de 7 de diciembre de 1990 y 10 de diciembre de 1986); y *Valor probatorio de los informes de investigadores privados* (FD 4, con cita de SSTs 19/07 y 2 de octubre de 1989 y 10 de febrero de 1990).

³ La situación en la que había quedado el representante de los trabajadores despedido tras el Auto del Juzgado de 6/02/1989 donde, al no haberse producido la readmisión, se dispuso la suspensión del deber de prestación de servicios del trabajador y ordenó a la empresa mantenerlo en alta y abonarle su salario, fue analizada en todos sus extremos, para llegar a conclusiones parciales sobre las que construir la conclusión final:

a) Salario abonado al trabajador sin prestación de servicios, por tanto, sin significado de contraprestación.

b) Subsistencia de incumplimiento de la sentencia por la empresa, aunque haya mantenido al trabajador en alta y le haya abonado el salario, con daño grave a los derechos básicos del trabajador despedido a la ocupación efectiva y a la promoción y formación profesional en el trabajo (art. 4.2.a y b ET), y también al interés colectivo de todos los trabajadores que lo eligieron representante.

c) Las medidas del artículo 213.2 LPL/1980 tienen una finalidad compleja, que no se agota en la reparación parcial del perjuicio ocasionado al trabajador, tratando también de forzar directamente al empresario a cumplir de forma completa la sentencia mediante una presión económica.

d) Inexistencia de analogía de la situación del artículo 213.2 LPL/1980 con otras situaciones de interrupción de la prestación de servicios con mantenimiento de la obligación de pago de salarios (licencias, permisos retribuidos, vacaciones, descansos...), donde no hay incumplimiento previo del empresario.

e) Inexistencia de analogía con la situación prevista de empleo durante la tramitación de un proceso de despido a efectos de descontar lo percibido de los salarios de tramitación establecidos en sentencia posterior (art. 56.1.b ET), pues en el caso del artículo 213.2 LPL el descuento frustraría su finalidad.

f) Hay alguna similitud con la situación de imposibilidad de la prestación de servicios por impedimentos imputables al empresario conservando el trabajador el derecho a su salario (art. 30 ET), la llamada *mora accipiendi* o mora del acreedor, pero sin ser de aplicación la norma de valor reglamentario contenida en artículo 47.3 y 4 de la LCT/1944 que permitía descontar lo obtenido en otro empleo durante el impedimento, porque en la situación del artículo 213.2 LPL/1980 no hay un impedimento transitorio sino una negativa persistente.

final adoptada. Para ello la argumentación que se fue construyendo tuvo que ir salvando objeciones jurídicas importantes, cuya superación hicieron más sólida la doctrina final.

Consideraciones previas sobre la singularidad de la situación laboral derivada de la aplicación del artículo 213.2 LPL/1980

El incumplimiento empresarial de la sentencia fue determinante de la posterior conducta del trabajador. La situación laboral derivada del artículo 213.2 LPL no es una situación laboral común, sino que tiene una finalidad compleja, donde «lo más significativo, es que hay un incumplimiento previo y determinante del empresario», al negarse a readmitir al representante de los trabajadores despedido de modo improcedente, como le obliga la ley, lo que ocasiona «un daño grave a los derechos básicos del trabajador despedido», además de al interés colectivo de los demás trabajadores.

Daños graves originados al trabajador por la empresa al abocarlo injustificadamente a la ociosidad laboral. Las medidas garantistas del artículo 213.2 LPL aplicadas al representante legal despedido «no otorgan al trabajador un bien jurídico que le reconoció la ejecutoria: su plena reincorporación a la empresa donde han de realizarse sus derechos básicos a la ocupación efectiva y a la promoción y formación profesional en el trabajo (art. 4.2.a y b ET) y donde aquél ejerce sus funciones de representación».

En esa tesitura laboral de negativa de la empresa a dar ocupación efectiva al trabajador despedido tal y como quedó fijado en la ejecutoria, el trabajador recobra la libertad de disposición sobre el tiempo de trabajo aunque perciba salario, si bien debe estar a disposición del empresario que lo despidió y le sigue abonando salario, quedando configurada esta disponibilidad, tras la suspensión previa de la prestación de servicios, de manera especial: «No es un tiempo de espera dentro de una jornada determinada; ni tampoco una disponibilidad inmediata como en determinados servicios de guardia de presencia o de localización. La disponibilidad lo es aquí exclusivamente para la reanudación de la prestación de trabajo y dentro de un plazo razonable».

La dignidad obrera cobra protagonismo en la argumentación, por una parte, en la consideración de la ocupación efectiva y de la formación profesional como derechos básicos del trabajador despedido que la resolución judicial incumplida le había otorgado; y, por otra, para desestimar la procedencia de un eventual descuento de los salarios percibidos en ejecución con lo obtenido de otro empleo concurrente, razonando la Sentencia que «el descuento frustraría la finalidad del precepto, pues agrava la situación del trabajador, obligándole a una inactividad contraria a su dignidad en una comunidad que valora el trabajo como elemento esencial de participación y consideración social, o convierte su

trabajo en un medio para disminuir el coste del incumplimiento del empresario, contribuyendo así a perpetuar el mismo».

No existiendo identidad con otras situaciones de aparente afinidad por la suspensión de la prestación de servicios, que fueron descartadas a lo largo del mismo Fundamento, se concluye que «la prestación de otros servicios en el tiempo de inactividad generado por el incumplimiento empresarial no modifica la aplicación de las medidas del artículo 213.2 LPL sin perjuicio de sus eventuales consecuencias en materia de cotización a la Seguridad Social (...). El abono de salario sigue manteniéndose mientras persista el incumplimiento de la ejecutoria con la negativa a dar ocupación efectiva», no autorizando el artículo 213.2 descuento alguno por los ingresos obtenidos de otras actividades, y no siendo de aplicación los descuentos contemplados en otros supuestos (arts. 30 y 56.1.b ET) por no existir identidad de razón. «No ha existido, por tanto, un pago indebido porque el trabajador prestara otros servicios; no hay tampoco enriquecimiento sin causa, pues el salario se paga por mandato de la ley y por el hecho de permanecer el trabajador disponible para la reanudación de la relación y los ingresos obtenidos en el nuevo empleo son compatibles con él.»

Conclusión final: inexistencia de transgresión de la buena fe contractual. La conclusión final, a partir de las anteriores premisas, será la estimación del recurso interpuesto por el trabajador al rechazar que la conducta que se le imputó pueda calificarse de transgresión de la buena fe contractual, casando la sentencia de instancia por haber infringido la sentencia de instancia el artículo 54.2.d ET. Pero, antes de ello, la sentencia abunda en nuevos argumentos acerca del alcance de la falta de información y la falta de autorización, con las que la carta de despido concretaba la transgresión imputada, y para neutralizar las elaboradas consideraciones del Voto Particular:

Innecesaria autorización de la empresa, aun cuando hubiera habido pacto de plena dedicación, e inexistencia de competencia desleal, que podría haber supuesto una excepción a la libertad de disponibilidad del tiempo de trabajo. «La autorización de la empresa no era necesaria: no hay pacto de plena dedicación y éste de existir dejaría de vincular al trabajador dada la falta de ocupación efectiva; no se reprocha tampoco el desarrollo de un trabajo concurrente que suponga competencia desleal».

Intrascendencia de la falta de información a la empresa. «La falta de información sobre la actividad realizada no tiene el propósito de ocultar a la empresa un dato que determinaría la improcedencia del abono de los salarios a efectos de practicar las correspondientes deducciones. La empresa se refirió en su momento a los efectos de esa falta de información sobre la cotización a la seguridad social que habría impedido la aplicación de las normas sobre co-

tización en situación de pluriempleo (...). Pero, aparte de que (...) la aplicación de ese régimen podría realizarse de oficio por la Tesorería, en principio la obligación de comunicar la existencia de dicha situación en los actos de encuadramiento corresponde a la empresa donde el pluriempleo se ha producido –art. 21.2 OM de 28 de diciembre de 1966– y no al trabajador afectado, aunque éste pueda hacerlo (...), siendo por lo demás de destacar que las especialidades de la cotización a la Seguridad Social en circunstancias como la de pluriempleo presentan un grado de complejidad que no permite incluir la iniciativa de información sobre la misma en la diligencia normalmente exigible al trabajador».

La Sentencia declararía la improcedencia del despido, estimando el motivo sexto del recurso, con las consecuencias legales de rigor por la condición de representante de los trabajadores del despido de volver a otorgarle la opción por la readmisión o la indemnización. Se desestimaría, por el contrario, el motivo octavo del recurso en que se postuló la nulidad radical despido por infracción del artículo 6.4 CC, aplicando la doctrina de la nulidad excepcional del despido por fraude de ley (FD 6, con cita de SSTs de 11 de abril, 16 de mayo y 4 de junio de 1990).

3. Voto particular

El Voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. Martín Valverde (primer ponente asignado) se decantó por la desestimación del recurso y la confirmación del pronunciamiento de instancia que declaró la procedencia del despido, con un razonamiento muy elaborado, que se estructuró en cinco apostillas, a modo de objeciones y matizaciones al criterio mayoritario de la Sala:

Discrepa de la caracterización dada al salario abonado en la situación del artículo 213.2 LPL/1980 como de no contraprestación con función sancionadora e indemnizatoria, postulando su condición estrictamente salarial como obligación recíproca de la obligación de trabajo o puesta a disposición para el trabajo (FD 1).

La situación del artículo 213.2 LPL/1980 no es una excepción, sino una aplicación de la doctrina de la *mora accipiendi*, recogida en arts. 30 ET y 47.3 y 4 LCT/1944. El título jurídico de la percepción del salario en el supuesto del artículo 213.2 LPL/1980 es el ofrecimiento o puesta a disposición real de la empresa, y en la medida que cesa o se reduce esta puesta a disposición por el trabajador, también debe cesar o reducirse la deuda salarial del empresario (FD 2).

Se coincide con el parecer mayoritario en cuanto a que el trabajador afectado por el artículo 213.2 queda desvinculado del deber de no concurrencia con la actividad de la empresa y tiene «libertad de disposición sobre el tiempo que debió dedicarse al trabajo», y, tácitamente se coincide también con el valor a considerar de la dignidad obrera al referir que «no parece equitativo ni ajustado al canon hermenéutico de la interpretación conforme a los preceptos y principios constitucionales» (art. 5.1 LOPJ), que tal deber (de no concurrencia) prevalezca, en una situación de inactividad forzada imputable al empresario, sobre el derecho al trabajo reconocido en el artículo 35.1 de la Constitución y declarado también como «derecho básico» del trabajador en el artículo 4.1.a ET. Pero tal exoneración del deber de no concurrencia, para el Voto particular, no conlleva la pérdida del carácter recíproco de la obligación salarial, y por tanto son de aplicación las normas sobre la *mora accipiendi* del artículo 47 LCT y sobre salarios de tramitación del artículo 56.1.b ET (FD 3). A estas situaciones afines de reducciones de salario por concurrencia de empleos, el Voto Particular añade el supuesto del artículo 35 LCT/1944, «relativo a trabajo durante el periodo de vacaciones contrario a la finalidad del permiso», pero este precepto sería interpretado años después en sentido opuesto por el Tribunal Constitucional, también en la línea de poner en valor la dignidad obrera, al sostener que «un sistema jurídico presidido por la libertad y el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), (...) hace posible, entre otros fenómenos, la prestación simultánea de servicios profesionales para dos o más empresarios (...), salvo casos de concurrencia desleal que afecten a intereses empresariales protegibles y sin perjuicio de los pactos de plena dedicación que puedan celebrarse entre empresario y trabajador (art. 21.1 LET) o de otros supuestos legalmente previstos», por lo que, «La concepción del período anual de vacaciones como tiempo cuyo sentido único o principal es la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral supone reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel período, para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente» (STC 129/2003, FJ 7, Ponente M.^a Emilia Casas Baamonde).

Se considera incorrecta la conducta de silencio o no información del trabajador sobre su nueva ocupación porque puede perjudicar a la empresa por suponer un cobro indebido (según las consideraciones anteriores) y por no poder aplicar las deducciones por pluriempleo (FD 4).

En último término, a modo de conclusión, se considera que con esa falta de información el trabajador incurrió en incumplimiento contractual grave y culpable subsumible en el artículo 54.2.d ET, restando trascendencia al incumplimiento por la empresa de la readmisión, que se justificó en la desaparición

del puesto de trabajo por la supresión de una línea de producción, en «procedimiento aceptado por más del 90 % de la plantilla».

4. Evolución posterior

La sentencia comentada serviría de precedente doctrinal para la STS de 20 de marzo de 1991 (ECLI: ES: TS:1991:16630), en un supuesto de gran similitud: otra trabajadora representante de los trabajadores de la misma empresa, despedida en la misma fecha, con idéntico trayecto procesal, de incidente de no readmisión tras despido improcedente con aplicación de los artículos 212 y 213 LPL/1980, que es despedida posteriormente en 7 de marzo de 1990 imputándole transgresión de la buena fe por venir trabajando de forma habitual como empleada de hogar, siendo declarado procedente el despido por Sentencia del Juzgado de lo Social, que fue recurrida en casación por infracción de ley y doctrina legal ante el Tribunal Supremo. Reunida inicialmente la Sala acordó igualmente que en el caso anterior llamar a todos los componentes para formar de la Sala en pleno, que finalmente, aludiendo a que se seguía la argumentación de la STS de 13 de marzo de 1991, «dictada en tema similar y referido a la misma empresa» (FD 4), resolvió estimar el recurso en los mismos términos indicados. Como curiosidad, esta sentencia recibió el apoyo unánime de los trece Magistrados de la Sala, pese a tener la misma composición de la Sala que solo siete días antes había visto dividida su opinión.

Además de en ese caso gemelo, la sentencia comentada ha sido citada a veces como precedente doctrinal para cuestiones conexas y para situaciones similares (STS de 13 de mayo de 1991, ECLI: ES: TS:1991:2458, aunque en sentido inverso, declarando procedente el despido del trabajador en la situación del artículo 213 LPL/1980, que incumplió reincorporarse al trabajo cuando fue requerido por la empresa), pero no para otros casos de despido por la misma causa, dada la estrechez con la que los Tribunales laborales se ven compelidos a aplicar precedentes judiciales en procesos de despido por su componente individualizador en función de las singulares peculiaridades del caso concreto, máxime en los recursos actuales de casación para unificación de doctrina con la exigencia legal de «idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos» (art. 19 LRJS), y consiguientemente, con la dificultad de que se produzcan en despidos situaciones sustancialmente iguales ya que la valoración individualizada de circunstancias variables no permite la generalización de de-

cisiones fuera de su ámbito específico (SSTS de 26 de diciembre de 2007, 24 de mayo de 2011 y 4 de febrero de 2016).

IV. APUNTE FINAL

La sentencia que se comenta es un ejemplo más de conflicto laboral en el marco de lo que se ha dado en llamar «conductas extralaborales con efectos laborales»⁴, en el sentido de conductas de los trabajadores que tienen lugar fuera de la relación laboral y a las que las empresas imputan efectos directos o indirectos en la misma, calificándolas a veces de transgresión de la buena fe contractual con consecuencias extintivas.

La frontera entre relación laboral, caracterizada por la nota de dependencia funcional, y vida privada de los trabajadores en el desarrollo libre de su personalidad entra a veces en colisión, y los Tribunales laborales tienen que discernir hasta donde llega el interés legítimo del empresario para limitar la libertad del trabajador, entrando en juego diversos valores jurídicos. En el caso de la sentencia comentada, el valor jurídico de la dignidad obrera en su derecho a la ocupación efectiva y del trabajo en sí mismo considerado como elemento esencial de participación y consideración social, se impusieron a una situación de ociosidad laboral impuesta por la empresa.

⁴ «Conductas extralaborales con efectos laborales: algo más que un juego de palabras», título de un artículo de Ignacio García-Perrote Escartín y Jesús R. Mercader Uguina en *Revista de Información Laboral* núm. 7/2018, BIB 2018/11062.

LA JURISDICCIÓN COMO PRESUPUESTO DEL PROCESO LABORAL

RODRIGO MARTÍN JIMÉNEZ
Profesor Titular de la Universidad Rey Juan Carlos

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1990. Recurso por infracción de Ley 129/1990 [ECLI: ES: TS.1990:17543].

II. INTRODUCCIÓN

El carácter improrrogable de la Jurisdicción y el alcance del orden público procesal que comprende, entre otros aspectos, la competencia por razón de la materia, en ocasiones pasan inadvertidos a los Tribunales, en sus diversos niveles, y a las propias partes. No es del todo infrecuente que los presupuestos del proceso –jurisdicción, competencia, legitimación, etc.– queden *a priori* al margen de toda consideración, pues quienes quedan vinculados formalmente por la acción y quienes asumen con urgencia el legítimo y loable objetivo de resolver la litis, tal y como se plantea en el escrito de demanda, confían en la adecuación y sujeción de su redactor a las normas procesales, otorgando a este escrito valor de literosuficiencia.

Ocurre, sin embargo, que quienes tienen constitucionalmente encomendada la labor de impartir justicia, comprenden que la celeridad de la resolu-

ción, el camino directo a satisfacer la esencia de lo pedido –si procede– necesita, para dar cumplida respuesta a la pretensión, en el marco de un sistema coherente y justo, dotado de todas las garantías, comprobar previamente el cumplimiento de los presupuestos que justifican el acceso al proceso.

En este complejo y sutil escenario se sitúa la sentencia objeto de este comentario.

III. COMENTARIO

La decisión de ante quién y cómo plantear una reclamación depende exclusivamente del demandante y esta decisión es relevante y presupone el conocimiento de las normas procesales y sustantivas que se articulan en cada materia para ofrecer la solución justa y adecuada, la solución querida por las normas.

La reclamación que pretenda entablarse ante la extinción de un contrato requiere conocer su naturaleza, la cual, salvo excepciones contadas, viene determinada por la realidad de la prestación. Esta realidad, la realidad natural –que debería ser también la realidad jurídica (pasando antes por la realidad procesal resultante de la prueba de los hechos)– se canaliza a través de los diferentes procesos que existen en cada orden jurisdiccional, de tal manera que no es la voluntad de las partes sino la realidad conformada por los hechos acreditados en el proceso, el elemento decisivo, entre otros elementos, de la correcta determinación del orden jurisdiccional competente.

Sobre estas bases, y siendo la jurisdicción y la competencia los presupuestos procesales esenciales, llama la atención que una demanda por despido planteada por quien era administrador general y representante de una empresa (S.A.) contra quien contrató con ésta la prestación de «los servicios de promoción de sus productos y los de relaciones públicas e imagen en la ciudad de Madrid» no mereciera ninguna atención ni consideración por parte de los Tribunales inferiores hasta el momento en que, mediante un recurso de casación por infracción de ley (aunque no por acción del recurrente), llegó el asunto al Alto Tribunal y el criterio de la Sala fue recogido y elaborado artesanalmente por nuestro homenajeado.

Hasta ese momento, la competencia jurisdiccional no había suscitado la más mínima curiosidad en el Tribunal *a quo*, por cuanto que la reclamación podía resolverse fácilmente y de manera más directa mediante la estimación de la excepción procesal de caducidad de la acción.

Siendo cierto que la demanda se presentó habiendo transcurrido el preceptivo plazo de 20 días (obviemos los detalles), no se había examinado la cuestión relativa a uno de los presupuestos esenciales del proceso: la jurisdicción. Parece que el hecho de ser un apoderado y administrador de una sociedad mercantil quien interpuso la demanda no fue razón suficiente para comprobar el hecho de que quien demandó tenía la condición de trabajador por cuenta ajena. Y es llamativo que así fuera porque a instancia de parte se planteó la excepción de falta de jurisdicción y dicha excepción no se analizó por el órgano jurisdiccional, quien optó por un camino más fácil: la estimación de la excepción de caducidad de la acción, llegando al mismo resultado (desestimación de la demanda) aunque por un camino diferente.

Con absoluta sencillez y naturalidad, nos recuerda Desdentado que el carácter improrrogable de la jurisdicción y la apreciación de oficio de la falta de ella (art. 9.6 LOPJ) obliga¹ a resolver con carácter previo esta cuestión, «que si bien fue planteada en la instancia por la parte demandada no fue resuelta por la Sentencia recurrida ni suscitada en el recurso». Y en la resolución de esta cuestión «puede la Sala examinar la totalidad de la prueba practicada, sin quedar limitada por la relación fáctica (...) ni por los motivos del recurso». Estas palabras, de enorme trascendencia, ponen en su lugar a los Tribunales de Justicia, cuyo funcionamiento y garantías vienen predeterminados por la Ley. No veo yo en estas palabras un realce impetuoso y vacuo, una autoridad impostada; tampoco me parece que se quiera reivindicar con ellas el imperio de los Tribunales de Justicia. Más sosegadamente percibo la humildad de quien, por saber que todos estamos sometidos a la Ley, comprueba modestamente los presupuestos que justifican el acceso al proceso laboral.

En el momento de examinar los hechos, con plenitud y libertad de criterio, Desdentado advierte la incompatibilidad de los mismos con la conformación de una relación laboral: contrato entre dos sociedades mercantiles, siendo el demandante administrador de una de ellas («condición que éste reconoció también en confesión»), tarjeta de visita en la que figura el nombre incompleto del demandante como Director de Relaciones Públicas y el de la empresa², carta de extinción del contrato dirigida personalmente al actor reconociéndole su labor. Se alcanza la conclusión de que no hay «un negocio ficticio que encubre un contrato laboral real». Y es que la simulación debe ser acreditada por el actor «a quien corresponde la carga de la prueba conforme al artículo 1.214

¹ «Debe, por tanto, la Sala»...

² Respecto de este hecho, se afirma: «carece de cualquier eficacia probatoria conforme al artículo 1.225 y concordantes del Código Civil y ello tanto considerada en sí misma como a través de su comparación con otra tarjeta obrante en el mismo folio».

del Código Civil (...) y no se ha practicado ninguna prueba que permita establecer la existencia de una actividad de estas características».

Ahora bien, y con independencia de que no se haya acreditado la existencia de una relación laboral el orden social es competente «para pronunciarse sobre la pretensión ejercitada, porque la controversia que se suscita no tiene, al margen de la decisión sobre la existencia o no de relación laboral, un contenido real para cuyo conocimiento sea competente por razón de la materia otro orden jurisdiccional en virtud de otras posibles relaciones de orden civil o mercantil que pudieran vincular a las partes». Esta afirmación es, desde luego, discutible, aunque no nos atreveremos a sostener que la ausencia de competencia jurisdiccional impide en todo caso un pronunciamiento sobre el fondo cuando ningún otro orden jurisdiccional podría resolver la cuestión sometida a la consideración de la Jurisdicción social. No estoy seguro de que estemos únicamente ante una formulación carente de significado. Ahora bien, posiblemente en este razonamiento radique (o, en todo caso, recoja fielmente) el origen del carácter expansivo que tanto la LPL de 1995 (pese a ser un texto refundido) cuanto la LRJS de 2011 y los criterios de los Tribunales han otorgado al ámbito competencial del orden social, tanto en materia laboral (accidentes de trabajo, sanciones administrativas, etc.) como Seguridad Social (materias presuncionales y conexas, por ejemplo).

IV. APUNTE FINAL

Es grato comprobar que esta sentencia sigue citándose por algunos (pocos) Tribunales Superiores de Justicia, así:

— La Rioja: Sentencias 57/2018, de 8 de marzo de 2018 y 4/2015, de 22 de enero de 2015.

— Cantabria: Sentencia 550/2016, de 7 de junio de 2016, 485/2014, de 2 de julio de 2014 y de 13 de abril de 2005.

— Cataluña: Sentencia 9197/2006, de 29 de diciembre de 2006.

No lo es tanto comprobar que, en algún caso, la cita no se corresponde fielmente con el contenido y con la doctrina contenida en esta sentencia.

Me parece especialmente destacable de esta sentencia:

— La sencillez con la que afronta el análisis de la jurisdicción como presupuesto del proceso (de oficio, reforzando su importancia, descendiendo

al detalle del análisis) y la exigencia de su análisis como cuestión previa en todo procedimiento.

— El rechazo velado a las soluciones sencillas (atajos) que permiten alcanzar un mismo fin por distinto (e incorrecto) camino.

— La conexión constitucional con la tutela judicial efectiva, pues constituye un buen ejemplo de corrección y exactitud en la aplicación de las normas procesales, trascendiendo la legalidad ordinaria.

— El fortalecimiento de la competencia de la Jurisdicción social que resulta de la afirmación de que pueda pronunciarse sobre el fondo de un asunto previa la declaración de incompetencia jurisdiccional, cuando considera que ningún otro orden podría resolver la controversia tal y como está planteada.

— El recordatorio de la importancia de la prueba de los hechos (también de los que parecen notorios o se confía en que sean reconocidos por la otra parte).

INVALIDEZ NO CONTRIBUTIVA Y MANUTENCIÓN DEL INTERNO EN PRISIÓN ¿PRESTACIONES INCOMPATIBLES?

MARÍA DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO
Catedrática de la Universidad de León

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2010 (RCUD 2479/2009) [ECLI: ES: TS:2010:5744]. La sentencia cuenta con un voto particular emitido por la Excma. Sra. Magistrada doña María Lourdes Arastey Sahún, al que se adhieren los Sres. Magistrados Salinas Molina, Gullón Rodríguez, Agustí Juliá, Segoviano Astaburuaga, Virolés Piñol y Alarcón Caracuel.

II. INTRODUCCIÓN

En la sentencia objeto de comentario, dictada en Sala General y contando como ponente con el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete, se estima parcialmente el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el recurrente contra la sentencia que declaró conforme a derecho la resolución de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, según la cual procedía descontar de su pensión no contributiva de invalidez el importe de lo que percibía en concepto de manutención como in-

terno en establecimiento penitenciario. Declara el Tribunal Supremo que la sentencia recurrida no se acomoda a la doctrina sentada al respecto, en virtud de la cual, y de acuerdo con el artículo 145.2 LGSS94, existe compatibilidad entre las pensiones no contributivas y la manutención de los internos en establecimientos penitenciarios, si bien si los ingresos anuales del beneficiario exceden del veinticinco por ciento del importe de la pensión, se deducirán del importe de la misma los ingresos que excedan del porcentaje compatible. En concreto, lo que se debate es si un ingreso en especie, una vez valorado monetariamente, se debe o no deducir de una prestación dineraria para mantener el límite de recursos a que esa prestación está sometida.

Como sentencia contradictoria se había aportado la STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social de Burgos, de 29 de noviembre de 2007, en la que sobre el mismo problema se llega a la conclusión contraria a la de la sentencia recurrida, sosteniendo que la manutención no puede incluirse entre los ingresos de carácter prestacional deducibles de la pensión no contributiva.

III. COMENTARIO

1. Relevancia del caso suscitado

El asunto ha suscitado gran interés desde la década de los noventa, generando una fuerte polémica que provocó que desde los primeros momentos de la implantación de las pensiones no contributivas se establecieran unos criterios interpretativos de los preceptos reguladores que afectaron a dos clases de ciudadanos: los reclusos y los miembros de órdenes religiosas de vida en común. Dichos criterios referían que, como quiera que dichos ciudadanos tenían sus necesidades básicas (alimentación, habitación, vestido) cubiertas por terceros (la Dirección General de Instituciones Penitenciarias o la Comunidad religiosa) el estado de necesidad real exigido en este tipo de prestaciones no se daba y, por tanto, se negaba el reconocimiento del derecho a la prestación. Tras diversos pronunciamientos de Juzgados y Salas de lo Social al respecto, la cuestión llegó a conocimiento de la Sala IV del Tribunal Supremo, abarcando tanto los supuestos de incidencia en el propio reconocimiento y cuantía de la pensión, como la integración del preso en la unidad económica de convivencia a los efectos de la pensión no contributiva de un familiar. En relación a la pensión no contributiva del propio interno penitenciario, la STS de 14 de diciembre de 1999 (rcud 1509/1999) razonaba que «no es dable concluir que el mero ingreso del beneficiario de una prestación de invalidez no contributiva en un centro peniten-

ciario, aunque en el mismo se le proporcione al interno alojamiento y comida, pero en el que no consta se le suministre trabajo suficientemente retribuido o compensado, comporte que el beneficiario-interno ha alcanzado un nivel de rentas o ingresos suficientes para igualar o superar, con los pretendidos beneficios en especie de tal situación de internamiento, el límite de suficiencia equiparable a la cuantía anual de las pensiones no contributivas fijada en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado». Sin embargo, la STS de 20 de diciembre de 2000 (rcud 2284/1999) cambió el criterio y declaró que dentro de los bienes o derechos de naturaleza prestacional, a los que se refiere el artículo 144.5 LGSS94, cabe incluir, de acuerdo con lo establecido en los artículos 20 y 21.2 de la Ley General Penitenciaria, la manutención de los pensionistas que ingresan en centros penitenciarios; aun cuando en aquel caso se concluía que no procedía descuento alguno por falta de concreción y acreditación del importe del gasto de manutención penitenciaria. Teniendo en cuenta que a efectos de pensión no contributiva se consideran ingresos computables, además de las rentas de trabajo y de capital, cualquier otro bien o derecho de naturaleza prestacional, el principal caballo de batalla del conflicto planteado sobre esta materia, en los últimos treinta años, es la forma en que deben computarse las rentas o ingresos que perciben los beneficiarios o solicitantes de aquellas prestaciones. En la sentencia de 29 de septiembre de 2010, comentada, la Sala General fundamenta su argumentación en la finalidad institucional de las prestaciones no contributivas, que no es proporcionar rentas de sustitución de las remuneraciones percibidas, sino asegurar a los ciudadanos que se encuentren en estado de necesidad unas prestaciones mínimas de carácter uniforme para atender a las necesidades básicas de subsistencia ante una situación de insuficiencia de recursos, entre ellas, obviamente, su sustento. Además, son prestaciones personales que cubren las necesidades del beneficiario sin atender a sus responsabilidades familiares, que se cubrirán, en su caso, con otro tipo de prestaciones no contributivas, por lo que carece de sustento el argumento de que los descuentos practicados en su cuantía pudieran tener una repercusión negativa sobre las obligaciones familiares del beneficiario.

2. DOCTRINA SENTADA

Tras aplicar impecablemente criterios de interpretación literal, la Sala General tiene claro que el artículo 144.5 LGSS94 no utiliza el término de prestación social, sino el más amplio de «bienes o derechos... de naturaleza prestacional». Teniendo en cuenta que en el lenguaje jurídico el término prestación

se relaciona con las posiciones de deber en el marco de un vínculo obligacional, la conclusión que se impone es que cuando se suministra a otro –como obligación pública o privada– lo necesario para su alimentación estaríamos ante lo que materialmente es una prestación, por lo cual, en el marco de la legislación penitenciaria la facilitación de alojamiento, el suministro de vestido y la manutención se configuran como prestaciones de la Administración penitenciaria, de las que son beneficiarios los internos, hasta el punto de que el propio Título IX del Reglamento Penitenciario lleva precisamente el título de «prestaciones de la Administración penitenciaria», incluyendo en su seno la asistencia sanitaria, la higiene y manutención, la acción social complementaria y la asistencia religiosa. A lo anterior debe añadirse lo dispuesto en el artículo 12.2 RD 357/1991, que establece que «tendrán la consideración de ingresos sustitutivos de las rentas de trabajo cualesquiera otras percepciones supletorias de estas con cargo a fondos públicos o privados», y de forma más amplia en el número 4, que precisa en una fórmula abierta que «en todo caso, se computarán las rentas o ingresos, de cualquier naturaleza, que tenga derecho a percibir o disfrutar» el solicitante (por ejemplo, pensiones compensatorias o de asignación de alimentos), con excepción de las asignaciones por hijo a cargo, los subsidios por movilidad y compensación de gastos de transporte, premios o recompensas asignados a minusválidos en centros ocupacionales. Se concluye, por tanto, que la manutención de los internos es un ingreso en especie de naturaleza prestacional que ha de computarse para establecer la renta que da lugar a la prestación no contributiva o a la deducción de esta en la forma que establece el artículo 145.2 LGSS94; en primer lugar, porque la legislación caracteriza de forma inequívoca la manutención como prestación pública y, en segundo término, porque estamos ante un suministro gratuito de bienes y servicios, que se financia con recursos públicos y que concede al interno un auténtico derecho subjetivo en orden a su exigencia, lo que impide que este supuesto se pueda comparar con determinadas formas asistenciales atípicas. Además, resulta irrelevante que: 1.º se trate de una prestación en especie, pues ello no excluye su valor económico en términos de mercado y de cobertura de necesidades; 2.º la prestación se otorgue sin control de la insuficiencia de recursos del interno, pues los ingresos que tiene en cuenta el artículo 144.5 LGSS no son únicamente los de carácter asistencial y 3.º que la renuncia a la prestación no sea indemnizable, pues ninguna renuncia a una prestación pública lo es. A idéntica conclusión se llega aplicando un criterio de interpretación finalista, pues si estas prestaciones no se tuvieran en cuenta como ingresos en especie, el interno se colocaría en una posición privilegiada frente a otros beneficiarios o solicitantes, pues mientras que para estos cual-

quier ingreso afectaría al límite de rentas, para el interno la prestación no contributiva sería una renta complementaria que operaría cuando un grupo importante de necesidades básicas está ya cubierto por las prestaciones de la Administración penitenciaria. O incluso, dentro de una consideración sistemática, teniendo en cuenta la suspensión de las asignaciones por desempleo mientras el titular del derecho esté cumpliendo condena de privación de libertad, salvo concurrencia de responsabilidades familiares.

El Voto Particular, amén de discrepar sobre el significado del término «bienes o derechos de contenido prestacional», cuya amplitud permite una gran «flexibilidad» interpretativa, si bien no puede ser completado mediante conceptos jurídicos que aun cuando tengan rango legal o compartan idéntica denominación semántica, «no guardan relación entre sí», insiste en que ni la LGSS ni el RD 357/1991 hacen alusión alguna a situaciones como la privación de libertad en establecimiento penitenciario, «ni tampoco contemplan cualquier otra situación en la que el beneficiario de la prestación no contributiva hubiera de quedar sometido a la disciplina y régimen de una institución en la que hubiera de pernoctar y/o alimentarse con cargo a la misma, como ocurrirá en los supuestos de ingreso en centros sanitarios o en los casos de atención social como comedores públicos, centros de acogida, albergues de indigentes y personas «sin techo», etc.». No obstante, la principal discrepancia (más allá de disentir sobre el alcance personal o familiar de las prestaciones no contributivas o respecto de la consideración de las pensiones compensatorias) radica en que no es posible concluir que no existe carencia de rentas o ingresos por el hecho de que el recluso tenga cubiertas sus necesidades básicas por la Institución Penitenciaria, «no solo porque no hay disposición legal que así lo prevea, sino porque, además, la finalidad de las dos instituciones – prestación no contributiva y alimentación del interno en prisión– genera dos ámbitos de protección extraños entre sí, regidos por bloques normativos diferenciados que vienen a regular distintas relaciones jurídicas entre el que recibe la protección y la Administración Pública que la presta».

IV. APUNTE FINAL

El problema fundamental a resolver es el de determinar si la manutención que facilita a los internos la Administración penitenciaria está incluida entre los ingresos que han de deducirse de la pensión. La manutención que en especie facilita la Administración penitenciaria no es, desde luego, un ingreso o renta de trabajo; tampoco es una renta de capital. El interrogante es si puede

entenderse que se trata de ingresos de naturaleza prestacional y si bien no cabe esperar que el legislador penitenciario y el de Seguridad Social utilicen los mismos conceptos, lo cierto es que la interpretación sistemática del amplísimo término «bienes o derechos de contenido prestacional» realizada por el Tribunal Supremo, reunido en Sala General, guiado por la finísima intuición jurídica de su ponente, el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete, permite validar la idoneidad de los descuentos practicados en las prestaciones no contributivas, tal y como ha ratificado el propio Tribunal Constitucional (STCo 189/2012, de 29 de octubre)¹, de modo similar a lo que ocurre respecto al subsidio por desempleo (aun con un fundamento distinto) y como, por cierto, ha establecido recientemente el legislador de urgencia en el año 2020 cuando ha regulado el Ingreso Mínimo Vital.

Y ello pese a que no falten acertadas opiniones que pongan de relieve cómo dicho proceder pudiera dejar las puertas abiertas a la práctica de tales descuentos en caso de pensionistas hospitalizados de larga duración o que se alimentan en comedores de titularidad pública².

¹ Apreciando una suerte de duplicidad en la ayuda pública.

² CABEZAS ESTEBAN, J. L., «Pensiones no Contributivas y Prisión», *REDT*, núm. 108, 2001, pp. 969-972, considerando que no es admisible ni vía reglamentaria, ni vía circular administrativa interpretar el término «prestacional» como análogo a rentas o ingresos en el supuesto de las personas recluidas en establecimientos penitenciarios

CONTRATACIÓN DEL PROFESORADO DE RELIGIÓN Y TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO
Catedrática de la Universidad de Oviedo

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009 (RCUD 1576/2008) [ECLI: ES: TS:2009:674].

II. INTRODUCCIÓN

El sistema de contratación del profesorado de religión en centros de enseñanza públicos resultante del Acuerdo con la Santa Sede de 1979 –antes y después de la vigencia del RD 696/2007, de 1 de junio, por el que se regula su relación laboral–¹, presenta la peculiaridad de encontrarse condicionado por el reconocimiento de la idoneidad para impartir las clases de religión católica por parte de la autoridad eclesiástica. La única diferencia, ciertamente no menor, que marcó la promulgación de la referida norma es que tratándose con anterioridad de una contratación temporal que requería la renovación del referido re-

¹ De conformidad con lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

quisito para cada curso o período lectivo, pasó a configurarse como una relación de carácter indefinido pero sometida a una causa extintiva específica consistente en la revocación de la idoneidad que opera a modo de condición resolutoria del contrato de trabajo que vincula al profesorado con la Administración educativa (art. 7 RD 696/2007).

Este modelo, pese a haber sido avalado por la jurisprudencia constitucional –tal y como nos recuerda Aurelio en esta sentencia (en STC 38/2007, luego en la serie que se inicia con la STC 80/2007 y llega hasta la 90/2007, y más tarde en la STC 128/2007)– no dejó de suscitar numerosos interrogantes y un número considerable de litigios en torno precisamente a la colisión entre la libertad religiosa, que comprende el derecho de toda persona a «elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones»², y los derechos fundamentales de las personas contratadas para impartir esas enseñanzas, en particular con su derecho a la intimidad y a la vida privada (STEDH de 4 de octubre de 2016, *asunto Travas v. Croatia*).

En la sentencia que es objeto de este breve comentario lo que se dirime es, en esencia, si el hecho de que la contratación dependa de una decisión valorativa externa, y que la participación de la Administración educativa empleadora –como alega la recurrente– se limite a la propia de un «convidado de piedra», implican una total discrecionalidad que excluya, en caso de cese, la necesaria justificación y acreditación de una causa ajena o desvinculada de una eventual lesión de un derecho fundamental.

Se trata, por consiguiente, de un pronunciamiento de enorme trascendencia, como tantos otros de los que fue ponente el querido, admirado y añorado Aurelio Desdentado, de quien tanto hemos aprendido.

III. COMENTARIO

1. El supuesto de hecho litigioso

La promotora del proceso del que trae causa la sentencia comentada venía prestando servicios como profesora de religión y moral católica en diversos centros de enseñanza secundaria dependientes del gobierno canario desde el año 1980. A la sazón, la demandante desempeñaba el cargo de secretaria de

² Artículo segundo.c) LO 7/1980, de 5 de julio de Libertad Religiosa.

una asociación profesional de profesores de dicha especialidad, habiendo a su vez suscrito publicaciones en medios de comunicación de tono crítico y reivindicativo; y participado activamente en un conflicto laboral que tuvo lugar el 26 de enero del año 2000, integrando el comité de huelga. Con motivo del inicio del curso 2001-2002 el Obispado remitió relación de personas propuestas para su nombramiento en el nuevo curso escolar, en la que la interesada no estaba incluida. Solicitada información a la comunidad autónoma obtuvo respuesta en el sentido de que, dada aquella circunstancia, no podía ser nombrada³. Interpuesta la oportuna reclamación administrativa y ulterior demanda por despido, la sentencia de instancia declaró su nulidad condenando a la Administración autonómica a readmitir a la actora con abono de los salarios dejados de percibir. La nulidad se funda en que la falta de propuesta por parte del Obispado se atribuye a la participación de la trabajadora en una huelga y por su actitud conflictiva. La sentencia recaída en suplicación mantuvo en relación con la cuestión central el sentido del fallo de instancia, y frente a aquella interpone el gobierno de Canarias recurso de casación unificadora.

2. El juicio de contradicción

Como es bien sabido, es presupuesto de viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción de pronunciamientos entre la sentencia recurrida y la aportada de contraste ante supuestos sustancialmente idénticos. Y es igualmente conocido que verificar este juicio comporta en la mayoría de los casos no poca dificultad, sobre todo en relación con algunas materias o cuestiones en las que el componente fáctico es muy relevante –despidos y accidentes de trabajo paradigmáticamente–, y en las que la solución a la cuestión o materia litigiosa se encuentra por tanto muy apegada a la singularidad de la situación de hecho. Esto es justamente lo que ocurre en el presente caso, donde el argumento decisivo de la decisión sobre el fondo se vincula a la condición, la actitud, el comportamiento y la actuación de la actora en un contexto de conflicto laboral atinente a su colectivo de pertenencia.

Decir que Aurelio Desdentado era un profundo conocedor del recurso de casación para la unificación de doctrina es señalar una obviedad. Lo puso de manifiesto en numerosos estudios y escritos⁴, y en resoluciones judiciales

³ Los hechos acontecen con anterioridad a la promulgación del RD 696/2007, por tanto, cuando la contratación de estos profesores se producía de año en año.

⁴ Como muestra: «Sobre las difíciles relaciones entre el recurso de casación para la unificación de la doctrina y el recurso de amparo y sobre los problemas de prejudicialidad administrativa en el proceso so-

como la que ahora nos ocupa, de la que merece la pena destacar, en primer lugar, la manera en que se lleva a cabo el juicio de contradicción.

Para ello es pertinente señalar que la sentencia de contraste versa sobre la no propuesta de nombramiento de otro profesor de religión que había desarrollado una relevante actividad sindical y hecho unas polémicas declaraciones sobre determinadas cantidades recaudadas para la Iglesia. Y en cambio, en ese caso, el tribunal había llegado a la conclusión de que todo ello era irrelevante porque no procedía hacer consideración alguna sobre los motivos o razones de la no contratación. Pese a que las situaciones de partida no eran exactamente iguales –el tipo de conducta, el contexto y, sobre todo, el hecho de que en este caso la trabajadora tuviese ya reconocido el carácter indefinido de su relación por sentencia firme anterior– se concluye que concurre la contradicción –que la parte actora, ahora recurrida, niega–. Primero, porque al seguir la continuidad de su vinculación pendiente de la opinión del Ordinario del lugar la situación resultante es similar a la de la sentencia de contraste. Se dice textualmente: «se trate de nueva contratación o de una exclusión de la propuesta que actúa como condición resolutoria, lo importante es que estamos ante una decisión eclesiástica que vincula a la Administración y que le impone la no continuidad de la relación.» En segundo término, porque lo relevante es el hecho de que se haya invocado en ambos casos la existencia de lesión de un derecho funda-

cial: Una reflexión crítica y una propuesta», Civitas, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 78, 1996, pp. 687 ss.; «La contradicción de sentencias en unificación de doctrina (1): Las sentencias idóneas para establecer la contradicción», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1996, pp. 1708-1709; «La contradicción de sentencias en unificación de doctrina (2): el alcance de la contradicción», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 1996, pp. 1409-1410; «La contradicción de sentencias en el recurso de casación para la unificación de doctrina», *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, núm. 1, 2001, pp. 327 ss.; «De nuevo sobre la contradicción de sentencias en el recurso de casación para la unificación de doctrina», *Revista de Derecho Social* núm. 13, 2001, pp. 41 ss.; «De nuevo sobre la contradicción de sentencias en el recurso de casación para la unificación de doctrina», *El proceso laboral: estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, 2001, pp. 167 ss.; «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y el recurso de casación para la unificación de doctrina en el orden social», *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, núm. 2, 2002, pp. 431 ss.; «La unificación de doctrina y el Tribunal Supremo. La experiencia del orden social», *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional: jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, coord., por Enrique Bacigalupo Zapater, Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Ramón Trillo Torres, 2004, pp. 383 ss.; «De nuevo sobre contradicción de sentencias en el recurso de casación para la unificación doctrinal», *Estudios Jurídicos*, núm. 2007, 2007; «Los recursos de casación en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y el Real Decreto-ley 3/2012. En especial, la casación de unificación de doctrina», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal* vol. 5., núm. 7 (nov.) 2012, pp. 187 ss.; «La nueva casación para la unificación de doctrina en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social* núm. 103, 2013, pp. 373 ss.; «La casación para la unificación de la doctrina y el nuevo recurso mixto de unificación de doctrina y de interés de ley», *Lecciones de jurisdicción social*, Magdalena Nogueira Guastavino (dir.), Gabriel García Becedas (dir.), 2013, pp. 755 ss.; y de nuevo en *Lecciones de jurisdicción social*, coord., por Magdalena Nogueira Guastavino, Gabriel García Becedas, 2016, pp. 741 ss.

mental y que ello pueda o no ser considerado un límite a la hora de formular la oportuna propuesta. Y en tercer y último lugar, porque carece igualmente de trascendencia el tipo de conducta lesiva y los indicios que concurren de la misma, pues «en el marco de este recurso la contradicción no afecta propiamente a la valoración de esos indicios, sino a otra cuestión consistente en determinar si el carácter del vínculo laboral y la necesidad de propuesta eclesial para continuar la relación pueden prevalecer frente a la tutela de los derechos fundamentales», en definitiva, si existiendo indicios de la lesión está o no la empleadora –la Administración educativa– obligado a justificar su decisión, cuestión respecto de la cual las sentencias comparadas llegan a conclusiones divergentes.

3. La fundamentación de la sentencia y la doctrina sentada

Antes de entrar en el fondo, la sentencia se ocupa de resolver algunas cuestiones procesales previas de interés sobre las que Aurelio era igualmente una auténtica autoridad, y cuya lectura merece la pena⁵. Y ya sobre la cuestión litigiosa de fondo, la misma queda centrada en si se puede producir la lícita resolución del contrato del profesor de religión o su no contratación para el nuevo curso sin tener en cuenta si concurre o no una conducta lesiva de un derecho fundamental, Para resolver lo cual, Aurelio trae a colación la doctrina constitucional y la jurisprudencia de la propia Sala en relación con otras decisiones discrecionales que forman parte integrante de las facultades inherentes al poder empresarial, como el cese durante el período de prueba (SSTC 94/1984 y 166/1988), la no renovación de contratos temporales (SSTC 173/1994, 17/2003 y 16, 44 y 65/2006), la exclusión de una bolsa de contratación (STS, de Pleno, de 30 de octubre de 2007), u otras similares (STC 98/2003). Para concluir, en suma, que la libertad de empresa y las facultades que la misma comprende también se encuentran limitadas por el necesario respeto a los derechos de la persona que consagra nuestra Constitución (SSTC 17/1996 y 202/1997).

Para el caso, lo anterior implica que el hecho de que sea necesario obtener el reconocimiento de la idoneidad para poder desarrollar la labor como profesor de religión en un centro educativo público no excluye que cuando está en juego la lesión de un derecho fundamental tenga que justificarse que la no

⁵ Adecuación de la acción de despido interpuesta, efecto positivo de la cosa juzgada del pronunciamiento anterior que declara indefinida la relación de la actora y consecuencias de la falta de llamamiento al proceso del Ministerio Fiscal.

contratación o el cese son ajenos a esa lesión. Porque si se acreditan indicios de que pudiera ser al contrario, ya no estaríamos ante un problema de mera legalidad sino propiamente de límites constitucionales. Con la particularidad de que, dada la posición que por ministerio de la ley ocupa la Administración en la relación laboral del profesorado de religión, es aquella la que tiene que asumir la responsabilidad frente al trabajador por los incumplimientos que se produzcan como consecuencia de las actuaciones de la autoridad eclesiástica, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera establecerse entre las dos autoridades en función de la verdadera imputación del incumplimiento. En fin, que el hecho de ser la autoridad educativa ese «convidado de piedra» al que se aludía al comienzo, no la exonera de responsabilidad, incluida la de pago de los salarios de tramitación⁶. Todo lo cual lleva a la desestimación del recurso interpuesto por el gobierno de Canarias.

IV. APUNTE FINAL

En resumidas cuentas, esta sentencia nos recuerda que la constitucionalidad de esta singular fórmula de contratación que afecta al profesorado de religión en centros públicos y las decisiones que al respecto se adopten no están al margen del necesario y oportuno control jurisdiccional, más aún cuando puedan estar comprometidos los derechos fundamentales y laborales de los profesores. Y que es la Administración que ocupa la posición de empleadora la que debe arrostrar o hacer frente a las consecuencias, dejando a salvo la eventual responsabilidad resarcitoria por el daño moral ocasionado que pueda corresponder al Obispado. Como, por cierto, destaca igualmente una sentencia de la misma fecha de 28 de enero de 2009 (Rec.1274/2008), de la que fue ponente otro jurista de talla como es Joaquín Samper, o las posteriores SSTS de 6 y 22 de octubre de 2009 (Rec. 3397/2008 y 4440/2008).

⁶ Aunque esto constituiría una cuestión nueva no suscitada en suplicación, que no tiene cabida en el recurso de casación unificadora.

INCOMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD DEL SOVI CON LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DEL SOVI

EVA M. MAS GARCÍA

Abogada. Profesora de la Universidad Internacional de La Rioja

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2011 (RCUD 3970/2010) [ECLI: ES: TS:2011:6341]. Voto particular formulado por el Magistrado D. Fernando Salinas Molina al que se adhiere la Magistrada D.^a Rosa María Viroles Piñol.

II. INTRODUCCIÓN

La pensión del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) es una prestación de carácter residual¹ en el que sus beneficiarios son los trabajadores y sus derechohabientes siempre y cuando cumplan con todos y cada uno de los requisitos exigidos por la legislación del extinguido régimen, así como que no tengan derecho a pensión del actual Sistema de la Seguridad Social, excepto de las pensiones de viudedad de las que puedan ser beneficiarios.

La Ley 9/2005, de 6 de junio, para compatibilizar las pensiones del SOVI con las pensiones de viudedad del Sistema de la Seguridad Social, ha permiti-

¹ *Vid.* SSTs de 30 de marzo de 2015 (rcud 1644/2014), 27 de febrero de 2014 (rcud 1979/13) y, 23 de enero y 20 de julio de 2012 (rcud 1722/11 y rcud 4361/11), entre otras muchas.

do según su Exposición de Motivos, flexibilizar el régimen de incompatibilidades al que estaban sometidas las pensiones SOVI, pudiendo compatibilizarse con las pensiones de viudedad de cualquiera de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social o del Régimen de Clases Pasivas, modificando el contenido de la Disposición Transitoria 7.^a LGSS.

III. COMENTARIO

De acuerdo con lo que interesa para el presente supuesto, el tenor literal de la DT 7.^a LGSS recoge que: «Quienes en 1 de enero de 1967, cualquiera que fuese su edad en dicha fecha, tuviesen cubierto el período de cotización exigido por el extinguido Seguro de Vejez e Invalidez o que, en su defecto, hubiesen figurado afiliados al extinguido Régimen de Retiro Obrero Obligatorio, conservarán el derecho a causar las prestaciones del primero de dichos seguros, con arreglo a las condiciones exigidas por la legislación del mismo, y siempre que los interesados no tengan derecho a ninguna pensión a cargo de los regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social, con excepción de las pensiones de viudedad de las que puedan ser beneficiarios...».

1. El caso suscitado

El problema que se suscita en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo por la que se resuelve el recurso de casación para la unificación de la doctrina 3970/2010, interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 24 de septiembre de 2010 (dictada en el recurso de suplicación 1479/2010, ECLI: ES: TSJGAL:2010:8293) es la posible compatibilidad entre diferentes pensiones del SOVI, de acuerdo con la extensión contenida en la Ley 9/2005, de 6 de junio, cuando la interesada es en ese momento beneficiaria de una pensión de viudedad causada en el Régimen General. Concretamente, si una beneficiaria de dos pensiones; una pensión de jubilación SOVI y una prestación de viudedad del con cargo al Régimen General de Seguridad Social, tiene derecho a la pensión de viudedad SOVI compatibilizada con la pensión de jubilación SOVI que ya tiene concedida y está percibiendo.

En el caso enjuiciado, la sentencia de instancia estimó la demanda interpuesta, contra el INSS, por dicha beneficiaria de una pensión de jubilación SOVI y de una pensión de viudedad con cargo al Régimen General de Seguridad Social que quería que se le concediera la pensión de viudedad SOVI al serle más beneficiosa, desestimando por otro lado, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en fecha 24 de septiembre de 2010 el recurso de suplicación

interpuesto por el INSS. Para la Sala del TSJ de Galicia, son compatibles la pensión de vejez del SOVI y la pensión de viudedad del SOVI por aplicación de la DT 7.^a LGSS en su redacción dada por la Ley 9/2005.

En última instancia la Sala del TS estima el recurso de casación para la unificación de la doctrina interpuesto por el INSS, reconociendo la incompatibilidad de las pensiones del SOVI entre sí, en relación con el contenido de la DT 7.^a LGSS 1994 modificada por la Ley 9/2005, de 6 de junio.

2. Relevancia del asunto

La norma relativa a las pensiones del SOVI (vejez, invalidez y viudedad) recoge un principio de incompatibilidad entre las mismas, cuando señala que dichas pensiones son incompatibles entre sí y con cualquier otra pensión de los regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social o el régimen de Clases Pasivas, es decir, cuando una misma persona tenga derecho a más de una de estas pensiones, tendrá que elegir la que considere más beneficiosa, que normalmente es la que tiene un mayor importe económico².

Aun existiendo este régimen de incompatibilidad de las pensiones SOVI, la Exposición de Motivos de la Ley 9/2005, de 6 de junio, reconoce que es necesario flexibilizar el mismo para tratar de mejorar el sistema de protección social, por cuanto estas pensiones son las más bajas cuantitativamente y son las mujeres las más afectadas por estas pensiones. En esta Exposición de Motivos se pretendía evidenciar la existencia, en ese momento, de la discriminación que sufrían las mujeres como consecuencia de esta incompatibilidad, pero esto no significa que se produzca cualquier tipo de compatibilidad entre pensiones del SOVI. Por las razones señaladas lo que se justifica es la compatibilidad de pensiones SOVI con las pensiones de viudedad de cualquiera de los regímenes del actual Sistema de la Seguridad Social o del Régimen de Clases Pasivas.

3. Doctrina sentada

El Tribunal Supremo considera que, de acuerdo con la modificación de la DT 7.^a LGSS 1994 introducida por la Ley 9/2005, de 6 de junio, solo es com-

² De acuerdo con la Orden Ministerial de 10 de agosto de 1957 se establece en su artículo 1.º: «Las pensiones de vejez, invalidez y viudedad del Seguro de Vejez e Invalidez, son incompatibles entre sí. En los casos en que asista a una persona derecho a más de una de tales pensiones o de que estando en el disfrute de una de ellas nazca el derecho a otra, podrá optar por la que considere más beneficiosa. Se entenderá ejercitado el derecho de opción cuando así se manifieste expresamente o cuando hallándose en el disfrute de determinada pensión se solicite otra distinta, surtiendo efecto la opción a partir de la fecha en que se presente la correspondiente solicitud».

patible la pensión SOVI con una pensión de viudedad de los actuales regímenes de Seguridad Social, con los límites en cuanto a su cuantía previstos en dicha DT, sin que sea posible que se puedan compatibilizar dos pensiones del SOVI.

Admite la Sala que la incompatibilidad regulada en el artículo 1 de la OM de 10 de agosto de 1957 no ha sido derogada ni de forma expresa ni de forma tácita y, respecto a la DT 7.ª LGSS 1994, señala el TS que, si bien con anterioridad a la reforma esto no sucedía, a partir de la misma podrán causar derecho a las pensiones del SOVI los beneficiarios de pensiones de viudedad del Sistema. Considera asimismo que la actora pretende tener dos pensiones del SOVI, viudedad y jubilación compatibles, cuando ya tiene una de jubilación SOVI y otra de viudedad del Régimen General de la Seguridad Social y esto no lo regula la modificación de la DT 7.ª LGSS 1994.

Para la Sala también existe incompatibilidad de la pensión SOVI de viudedad con la pensión SOVI de jubilación porque de la Exposición de Motivos no se deduce que se haya pretendido reformar todo el régimen de incompatibilidades de las pensiones del SOVI, sino solo abordar la compatibilidad de las pensiones SOVI con las pensiones de viudedad del Sistema de Seguridad Social y de Clases Pasivas. La justificación de la existencia del régimen de incompatibilidad se basa en que las pensiones del SOVI solo se reconocen para compensar el que no se pueda acceder a otras pensiones del sistema y cualquier compatibilidad carecería de sentido.

Para finalizar su argumentación a favor de la incompatibilidad entre la pensión de jubilación del SOVI y la pensión de viudedad del SOVI señala que no existe un problema de igualdad por razón de sexo, ya que el artículo 1 OM de 10 de agosto de 1957 no establece diferencias que perjudiquen de manera particular a las mujeres.

4. Voto particular formulado por el Magistrado D. Fernando Salinas Molina al que se adhiere la Magistrada D.ª Rosa María Viroles Piñol

La presente sentencia contiene un voto particular según el cual, y de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal considera que la Ley 9/2005, de 6 de junio en tanto afecta exclusivamente a la pensión de viudedad, ha derogado una norma de rango inferior, la Orden Ministerial de 10 de agosto de 1957, y propicia el mantenimiento de las prestaciones SOVI con las pensiones de viudedad, sin excluir ningún tipo de pensión de viudedad, independientemente del régimen que sea, puesto que como recoge en su consideración jurídica segunda, «sería incongruente excluir la compatibilidad para una pensión de viudedad del Régimen General concurrente con una pensión de vejez SOVI y no

excluirlo cuando se trate de una pensión de viudedad SOVI, sin tener en cuenta la finalidad de la norma y atendiendo exclusivamente al origen de las cotizaciones del causante generadoras de la posible pensión de viudedad».

De acuerdo con el voto particular, la nueva redacción de la DT 7.ª LGSS 1994, reconoce que el principio de compatibilidad en beneficio de las pensiones de viudedad es aplicable al caso de una beneficiaria de pensión de vejez del SOVI que solicita la pensión de viudedad del SOVI por cuanto son compatibles.

5. Evolución posterior

A pesar de que en la actualidad existe una LGSS 2015 diferente a la que se encontraba en vigor en el momento en que se dictó la STS de 18 de julio de 2011, la redacción de la DT 7.ª LGSS 1994 con la modificación recogida en la Ley 9/2005, de 6 de junio y de la DT 2.ª LGSS 2015, no se ha visto modificada prácticamente, a excepción de lo relativo a la cuantía de las pensiones del SOVI. Por otro lado, continúa en vigor como ya se ha señalado, la regla general de la incompatibilidad de las pensiones del SOVI entre sí.

Los Tribunales han continuado aplicando la STS de 18 de julio de 2011 en los casos de pensiones SOVI, resolviendo en el sentido de declarar la incompatibilidad de estas, admitiendo únicamente la compatibilidad entre SOVI y viudedad. La STSJ Andalucía (Sevilla) de 22 de septiembre de 2016 (rec. 2396/2015) en un caso similar al recogido en la STS comentada utiliza el mismo argumento para denegar la compatibilidad entre la pensión de viudedad del SOVI reclamada con la de jubilación que venía percibiendo.

IV. APUNTE FINAL

Finalmente, no puedo más que coincidir con el fallo de la STS de 18 de julio de 2011 comentada en lo que se refiere a que la justificación del régimen de incompatibilidad se basa en el hecho de que las pensiones del SOVI solo se reconocen para compensar el no poder acceder a otras pensiones del sistema y por ello cualquier compatibilidad carecería de sentido, admitiendo únicamente la compatibilidad de pensiones SOVI y viudedad de cualquiera de los regímenes del actual Sistema de la Seguridad Social o del Régimen de Clases Pasivas.

EL OBLIGADO DESLINDE ENTRE LOS DERECHOS A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN: DOS FACETAS DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN

DIEGO MEGINO FERNÁNDEZ

Profesor de la Universidad de Burgos

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

A través de esta aportación, va a ser objeto de atención una añeja sentencia dictada por la Sala IV del Tribunal Supremo (TS) el 17 de octubre de 1990 (ECLI: ES: TS: 1990:17746), en respuesta a un recurso de casación por infracción de la ley ante él planteado.

En apretada síntesis, la controversia de la que trae origen gira alrededor de los despidos disciplinarios experimentados por algunos de los empleados partícipes activos en una huelga de empresa. Más en concreto, el principal interés que reviste esta decisión radica en la juiciosa exégesis que la Sala ofrece sobre el contenido y el sentido del artículo 14 de la Constitución Española (CE). Gracias a la interpretación efectuada por los Magistrados, se pone de relieve la importancia (más aún en el amplio y heterogéneo marco de las relaciones laborales) de disociar adecuadamente las dos esferas (diferentes, a pesar de su estrecha interconexión) que dicho precepto contempla: de un lado, el derecho a la igualdad de trato; de otro, la proscripción de cualquier tipo de discriminación.

II. INTRODUCCIÓN

Si bien la citada resolución aborda varias cuestiones relevantes (en sintonía con el escenario de intensa conflictividad imperante en la entidad demandada), conforme acaba de quedar apuntado, una atesora superior significación.

Como seguro es conocido, el artículo 14 de la CE consagra un binomio de valores esenciales en cualquier contexto: por una parte, el universal derecho a la igualdad ante la ley (y en la aplicación de esta); por otra y sin solución de continuidad, la prohibición de toda discriminación basada en determinados factores cualificados, señaladamente, el nacimiento, la raza, el sexo, la religión, la opinión o, en fin, «cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Sin duda, se trata de prerrogativas de enorme trascendencia, las cuales, no obstante, han de ser perfiladas y delimitadas con mayor precisión en ciertos entornos, como el laboral, toda vez que en ellos la igualdad de trato requiere de un principio jurídico que imponga su entrada en escena.

Por llamativo que esto pueda resultar, ese canon no opera en términos absolutos dentro de las relaciones establecidas entre el empresario y el personal a su servicio, sino que, por el contrario, únicamente desplegará plenos efectos en presencia de alguna de las interdicciones específicas dispuestas en los artículos 4.2.c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Y es en este punto donde la cuestión puede alcanzar las más altas cotas de complejidad.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

Con gruesos trazos, la parte actora (42 de los trabajadores de la empresa encausada) interpuso una demanda donde, como acción principal, reclamaba al órgano judicial que calificara de radicalmente nulos los despidos sufridos por los empleados damnificados (una fracción de los que secundaron los paros), por considerarlos contrarios a los principios previstos en el artículo 14 de la CE y, además, estimar que iban dirigidos a tratar de quebrar y poner fin con malas artes a la huelga en curso.

Esta pretensión fue desestimada por el juzgador, si bien, aunque solo para 36 del total de afectados, sí acogió la subsidiaria, la declaración de improcedencia de sus rescisiones. En cambio, terminó por confirmar la validez de 6 extinciones particulares, toda vez que, respecto de los específicos trabajadores implicados, la compañía sí consiguió acreditar en juicio su participación activa

en los incidentes más graves (amenazas, insultos, intimidaciones o coacciones contra algunos mandos e, inclusive, contra terceros ajenos a la organización productiva, como transportistas, vigilantes jurados o jardineros), hechos a la sazón constitutivos de faltas laborales con la suficiente entidad como para justificar su despido disciplinario.

Frente a la sentencia dictada en instancia fue interpuesto un recurso de casación por infracción de la ley, fundado en motivos como la presunta existencia de un error de hecho en la apreciación de las pruebas, la incorrecta aplicación de la normativa sociolaboral y, como aspecto más destacado a los efectos que aquí interesan, la «vulneración del principio de igualdad y un tratamiento discriminatorio determinante de la nulidad radical de los despidos», por cuanto no solo los trabajadores alcanzados por la medida, sino también otros muchos, intervinieron de un modo directo e intenso en los hechos imputados por la empleadora. Es decir, como en Fuenteovejuna, todos a una: o la situación es idéntica para el conjunto, o cualquier semejanza debe ser adjetivada de infundada y, a la postre, de discriminatoria.

2. Doctrina sentada por la sentencia comentada

De acuerdo con la advertencia hecha por el TS (donde, por cierto, reside uno de los principales méritos de su resolución), «el artículo 14 de la Constitución comprende, en realidad, dos prestaciones que han de ser diferenciadas. La primera, contenida en el inciso inicial, se refiere al principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley por los poderes públicos. La segunda se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de estas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado». En este sentido, tal y como ya tuvo ocasión de subrayar el Tribunal Constitucional en su sentencia 34/1984, de 9 de marzo (traída a colación en este pronunciamiento), la clara disociación entre ambas esferas adquiere incluso una mayor relevancia jurídica «cuando se trata de diferencias de trato que se producen en el ámbito de las relaciones privadas –porque, entonces–, [...] la igualdad de trato ha de derivar de un principio jurídico que imponga su aplicación».

Por dicho motivo, para la valoración y solución del supuesto devino pertinente estar a los criterios enunciados en el segundo inciso del precepto constitucional y, en desarrollo de este último, en los artículos 4.2.c) y 17.1 del ET. De acuerdo con este argumento y en consonancia con los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, resultó evidente para los Magistrados de

la Sala que la pretendida inequidad achacada a la empresa no respondía «a ningún factor discriminatorio de los contemplados en esos preceptos».

Es cierto, según también reflexiona el Alto Tribunal, que la actuación del personal tuvo un carácter colectivo, pero este simple rasgo no puede sustentar por sí mismo una objetiva y efectiva desigualdad de trato censurable. A mayor abundamiento, la denuncia planteada peca de un exceso de imprecisión, «pues, en primer lugar, los participantes en los hechos no aparecen determinados [...] y, en segundo lugar, no se especifica el grado de intervención de cada uno de los trabajadores en los hechos, ya que [...] unos participaron «con su mera presencia física» y «otros de forma activa» [...] –Y, sin embargo,– las imputaciones que realizó la empresa –sí– determinan de forma individualizada conductas de diferente trascendencia disciplinaria [...] –aun cuando solo– se han acreditado suficientemente para 6 de los 42 despidos». En definitiva, a la vista de las circunstancias la solución no puede ser otra: «no cabe apreciar tratamiento desigual, pues ni –siquiera– hay un término definido de comparación dentro de una acción colectiva difusa».

3. Evolución posterior de esta doctrina

Las consideraciones y conclusiones de la decisión analizada han tenido recepción, textual o refleja, en ulteriores resoluciones del TS (e, inclusive y como era lógico esperar, en otras instancias judiciales inferiores, en especial, la de los Tribunales Superiores de Justicia). A lo largo del tiempo, en numerosas ocasiones y respecto de materias heterogéneas (con un notable protagonismo, por cierto, para la igualdad retributiva y las dobles escalas salariales), ha resultado necesaria la exacta aplicación del artículo 14 de la CE.

De este modo, la piedra angular para todas ellas viene dada por la apropiada distinción entre «discriminación, [...] –y– simple desigualdad de trato», ya que no suponen realidades netamente equiparables. No en vano, aquella requiere un plus adicional, consistente en utilizar «para diferenciar un criterio particularmente reprochable [...] –lo cual se aleja de un mero– tratamiento desigual no justificado»¹.

Esta pauta permite deslindar con nitidez entre «el ámbito del principio de igualdad y el de la prohibición discriminatoria, pues mientras que el primero se vincula a la ley y, en general, a las actuaciones de los poderes públicos [...], el segundo extiende también su obligatoriedad en el ámbito de determinadas

¹ STS, Sala de lo Social, de 2 de febrero de 2000 (rec. de casación núm. 245/1999).

relaciones privadas»². En consecuencia, y a modo de ejemplo, dada su condición de fuente reguladora de la relación laboral, podría contrariar el «principio de igualdad un diferente trato carente de justificación establecido en un convenio colectivo»³, ya que este «tiene que someterse y ajustarse a los dictados de la Constitución, de la ley y de los reglamentos, respetando en todo caso los principios y los derechos constitucionales y, en concreto, le está vedado el establecimiento de diferencias en el trato de los trabajadores, a menos que tales diferencias sean razonables, objetivas, equitativas y proporcionadas»⁴.

En resumidas cuentas, a pesar de que la igualdad y la no discriminación constan de manera conjunta (y entrelazada) en el artículo 14 de la CE, si dichas prerrogativas son esgrimidas de manera análoga o indistinta, «se están confundiendo dos principios constitucionales que, aunque relacionados, presentan diferencias significativas»⁵. Al fin y al cabo, «la segunda se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de estas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado»⁶, esto es, «condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista»⁷.

Con otras palabras, «no toda diferencia de trato irrazonable o no justificada constituye una discriminación» cualificada y, por consiguiente, automáticamente y absolutamente rechazable⁸. Una cosa es la desigualdad, en los estrictos contornos del término, y otra «su manifestación más gravosa [...] la desigualdad motivada por una de las causas, de carácter cerrado, tipificadas en el artículo 14 CE, y recordada, más específicamente en el campo laboral, en los artículos 4.2.c) y 17 ET»⁹.

IV. APUNTE FINAL

Gracias a las bases establecidas por la sentencia analizada, múltiples y complejas controversias han terminado encontrando una respuesta uniforme y

² STS, Sala de lo Social, de 17 de mayo de 2000 (rec. de casación núm. 4500/1999).

³ STS, Sala de lo Social, de 18 de septiembre de 2000 (rec. de casación núm. 1263/2000).

⁴ STS, Sala de lo Social, de 21 de enero de 2004 (rec. de casación núm. 94/2003).

⁵ STS, Sala de lo Social, de 3 de octubre de 2000 (rec. de casación núm. 4611/1999).

⁶ STS, Sala de lo Social, de 23 de septiembre de 1993 (rec. de casación núm. 1981/1991).

⁷ STS, Sala de lo Social, de 17 de mayo de 2000 (rec. de casación núm. 4500/1999).

⁸ STS, Sala de lo Social, de 3 de octubre de 2000 (rec. de casación núm. 4611/1999).

⁹ STS, Sala de lo Social, de 24 de noviembre de 2003 (rec. de casación núm. 19/2003).

ajustada en sede judicial. *Verbi gratia* y por sacar a la palestra una de las hipótesis más recurrentes, «el carácter temporal de la relación laboral podrá ser un factor que no justifique un tratamiento diferente en la fijación de determinadas condiciones de trabajo, pero no constituye un factor de discriminación en el sentido precisado [...] –y ni siquiera– puede incluirse en la referencia final del último inciso del artículo 14 de la Constitución Española –«cualquier otra condición o circunstancia personal o social»–, porque, pese a su aparente amplitud, ha de entenderse referida a condiciones que guarden analogía con las –previa y– específicamente enumeradas»¹⁰.

Asimismo, hoy ninguna duda cabe acerca de que, en el circunscrito marco de las relaciones laborales, dicho precepto «no impone [...] una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer [...] respetando los mínimos legales o convencionales»¹¹.

Es decir, si bien cualquier medida que se adopte «ha de respetar [...] las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y la no discriminación, esta no puede tener aquí el mismo alcance que en otros contextos, pues en el ámbito de las relaciones privadas [...] los derechos fundamentales, y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente, haciéndolo compatible con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad»¹². Por consiguiente, si una diferencia de trato carece de «un significado discriminatorio [...] no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad»¹³.

¹⁰ STS, Sala de lo Social, de 17 de mayo de 2000 (rec. de casación núm. 4500/1999).

¹¹ STS, Sala de lo Social, de 3 de octubre de 2000 (rec. de casación núm. 4611/1999).

¹² STS, Sala de lo Social, de 6 de julio de 2000 (rec. de casación núm. 4316/1999).

¹³ STS, Sala de lo Social, de 21 de enero de 2004 (rec. de casación núm. 94/2003).

EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO DEL EMPRESARIO

JUAN MOLINS GARCÍA-ATANCE
Magistrado del Tribunal Supremo

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 20 de julio de 2012 (RCUD 1601/2011) [ECLI: ES: TS:2012:6207]. Voto particular.

II. INTRODUCCIÓN

Esta sentencia del Pleno de la Sala Social del TS sentó la doctrina de que el trabajador que acciona contra su empresario reclamando la extinción indemnizada de su relación laboral al amparo del artículo 50 ET puede optar entre continuar prestando servicios o dejar de hacerlo al tiempo en que se ejercita la acción, asumiendo el riesgo de que si la sentencia no es favorable se produzca la extinción contractual por abandono del puesto de trabajo. Contiene un voto particular que sostiene que la única vía del trabajador para ejercitar la facultad resolutoria es la judicial.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

Un trabajador prestaba servicios para una mercantil, quien le abonaba los salarios con retraso. El empleado presentó papeleta de conciliación. En la conciliación preprocesal el trabajador comunicó a la empresa que, si en el plazo de ocho días naturales no le abonaba los salarios atrasados, dejaría de asistir a su puesto de trabajo, aceptaría cualquier otra oferta de trabajo y mantendría la demanda en la que reclamaba la extinción indemnizada del contrato de trabajo. La empresa le advirtió que consideraría esa conducta como una baja voluntaria. Cuando el actor dejó de prestar servicios le comunicó la baja.

La sentencia de instancia declaró la extinción indemnizada del contrato de trabajo. Contra ella recurrieron en suplicación ambas partes procesales. La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de fecha 17 de marzo de 2011, recurso 46/2011, desestimó los dos recursos. La empresa interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina con dos motivos. Uno relativo a la causa de resolución invocada, sin que concurriera el requisito de contradicción exigido por el artículo 219 LRJS. El segundo motivo hacía referencia a si excluye la resolución del contrato amparada en el artículo 50 ET el cese del trabajador por decisión propia antes de dictarse sentencia. Respecto de este motivo sí que concurre el presupuesto procesal de contradicción con la sentencia referencial, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en fecha 5 de octubre de 2001.

2. Relevancia del asunto

Con anterioridad a dicha sentencia, múltiples pronunciamientos de los Juzgados de lo Social y de las Salas de lo Social de los TSJ aplicaban mecánicamente la regla de que la sentencia acordando la extinción contractual al amparo del artículo 50 del ET tenía naturaleza constitutiva y solamente en los casos graves de vulneración de los derechos fundamentales el trabajador podía abandonar su puesto de trabajo. La consecuencia era que, si el trabajador no continuaba prestando servicios hasta la fecha del juicio oral, se desestimaban esas demandas.

Esa sentencia del Pleno de la Sala Social del TS tuvo gran difusión, permitiendo que los trabajadores aquejados de incumplimientos contractuales pu-

dieran dejar su puesto de trabajo sin que ello impidiera el éxito de sus demandas rescisorias.

3. Doctrina sentada

La doctrina jurisprudencial sostiene que la relación laboral debe estar vigente en el momento en que el Juzgado de lo Social dicta la sentencia acordando la extinción contractual basada en un incumplimiento empresarial al amparo del artículo 50 del ET porque dicha extinción se produce en virtud de la sentencia que declara que el empresario ha incurrido en la causa invocada¹.

Tradicionalmente el TS consideraba que el trabajador no podía abandonar la actividad laboral que desempeñaba en la empresa cuando ejercitaba la acción rescisoria del contrato de trabajo. Solo podía dejar de prestar servicios cuando la continuidad laboral atentaba contra la dignidad, la integridad personal o aquellos derechos fundamentales que corresponden al hombre por el solo hecho de su nacimiento².

La doctrina jurisprudencial anterior a la sentencia comentada era aplicada por los órganos judiciales de forma que solo en los casos en que el trabajador acreditaba la existencia de una vulneración de sus derechos fundamentales, el demandante podía dejar de prestar servicios laborales. Ello causaba desprotección a los trabajadores. Habida cuenta del prolongado lapso temporal que habitualmente transcurría entre la interposición de la demanda y el señalamiento del juicio oral, el trabajador que percibía sus salarios con retraso se enfrentaba a una situación en la que debía continuar prestando servicios sin percibir salario o cobrándolo con un importante retraso y no podía buscar otro trabajo retribuido, puesto que en tal caso se dictaban sentencias argumentando que la relación laboral se había extinguido antes del juicio oral y, al ser constitutiva la sentencia, se desestimaba la demanda.

La finalidad de dicha doctrina era evitar que, si finalmente el Juez de lo Social llegaba a la conclusión de que no había habido incumplimiento empresarial o este no era lo suficientemente grave, se produjera la pérdida del empleo por el abandono por parte del trabajador del puesto de trabajo.

Dicha finalidad plausible conducía a resultados contraproducentes, al obligar al trabajador a continuar acudiendo a su puesto de trabajo, impidiéndole buscar otro empleo.

¹ STS de 6 noviembre 2017, recurso 683/2016 y 14 de mayo de 2020, recurso 4282/2017.

² STS de 8 de noviembre de 2000, recurso 970/2000, y las citadas en ella.

Con anterioridad al dictado de la sentencia comentada, la sentencia del TS de 17 de enero de 2011, recurso 4023/2009, argumentó que un impago de retribución superior a seis meses afectaba a la propia dignidad del empleado, así como a su propia subsistencia y a la de las personas que de él dependieran, por lo que consideró ajustada a derecho la extinción contractual aunque la relación ya no estaba vigente en el momento de interponer la demanda. Aun cuando aquella sentencia matizó la doctrina tradicional, vinculaba la opción de abandonar el puesto de trabajo a la dignidad del empleado.

La sentencia comentada estableció que, cuando el empleador incumple su contrato de trabajo, no es exigible que el trabajador continúe prestando servicios laborales hasta el dictado de la sentencia. Pero va más allá. Invoca doctrina de la Sala Civil del TS sobre la resolución de los contratos: la facultad resolutoria puede ejercerse mediante una declaración de voluntad recepticia de uno de los contratantes. Es decir, es la parte y no la sentencia quien resuelve el contrato, por lo que la sentencia posterior es declarativa, no constitutiva y produce efectos *ex tunc*.

La sentencia comentada cita en apoyo de su tesis, entre otras, la sentencia de la Sala Civil del TS de 8 de mayo de 2002, recurso 3522/1996, que argumenta que «la facultad resolutoria puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no solo en la vía judicial, sino también mediante declaración, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, pero a reserva –claro está– de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada».

La razón por la que el Alto Tribunal vierte dicho argumento es que, en el supuesto enjuiciado, la parte contratante que había efectuado la declaración extrajudicial de extinción del contrato, no había interpuesto demanda. Había sido la parte contraria la que reclamaba la devolución de las cantidades, del importe de la obra ejecutada y no satisfecha y de la indemnización que la correspondía al amparo del artículo 1594 del Código Civil. Fue en el trámite de reconvencción cuando el demandado solicitó que se declarase la resolución del contrato que ligaba a las partes efectuada por medio de requerimiento notarial.

La aplicación literal de dicha doctrina al contrato de trabajo supondría que sería suficiente con que el trabajador comunicase la extinción del contrato al empleador, sin interponer la demanda, para considerar extinguido el contrato, sin perjuicio de que se impugnase judicialmente.

En la práctica, como la extinción del contrato de trabajo al amparo del artículo 50 del ET conlleva el abono de una indemnización extintiva, el trabajador siempre formula demanda reclamando dicha indemnización.

El voto particular, suscrito por seis Magistrados, postula el mantenimiento de la naturaleza constitutiva de la sentencia extintiva pero interpretando de

una manera más flexible las causas que permiten suspender la prestación de servicios, incluyendo el grave perjuicio patrimonial o la pérdida de opciones profesionales.

La sentencia comentada aborda con precisión un grave problema que causaba desprotección a los trabajadores. A partir de su dictado, todos los trabajadores podían optar por dejar de prestar servicios una vez interpuesta la demanda resolutoria. Si el incumplimiento empresarial era verdaderamente grave, la incertidumbre acerca del resultado del pleito era mínima.

Posteriormente el TS ha reiterado la naturaleza constitutiva de la extinción contractual acordada por sentencia, aunque admitiendo el cese voluntario en la prestación de servicios al tiempo de formular la demanda de extinción contractual cuando el mantenimiento de la relación laboral pudiera ocasionar un grave perjuicio al trabajador³.

La sentencia comentada planteó una equiparación de la extinción indemnizada del contrato de trabajo por incumplimiento del empleador con la resolución indemnizada de los contratos civiles. Aun cuando con posterioridad dicha tesis innovadora no se haya impuesto, permitió que los trabajadores pudieran dejar de prestar servicios laborales sin que ello impidiera la estimación de sus pretensiones extintivas.

IV. APUNTE FINAL

La importancia de la sentencia comentada lo demuestra el elevado número de sentencias de Tribunales del orden social que la invocan y aplican, permitiendo que el trabajador deje de prestar servicios durante la tramitación de los procedimientos rescisorios. La sentencia evidencia la audacia, la creatividad y el vigor argumentativo de D. Aurelio Desdentado Bonete, un Maestro en la Sala Social del Tribunal Supremo.

³ STS de 28 octubre 2015, recurso 2621/2014; 3 de febrero de 2016, recurso 3198/2014; 23 de febrero de 2016, recurso 2654/20111; 24 febrero 2016, recurso 2920/2014; 15 septiembre 2016, recurso 174/2015 y 13 julio 2017, recurso 2788/2015.

EL ALCANCE DE «VIVIR A EXPENSAS» EN ORDEN A LA INDEMNIZACIÓN EN FAVOR DE LOS PADRES DEL TRABAJADOR FALLECIDO

JOSEP MORENO GENÉ
Profesor Titular. Universidad de Lleida

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1992 (RCUD 149/1992) [ECLI: ES: TS:1992:8316].

II. INTRODUCCIÓN

La sentencia objeto de este comentario aborda el significado que cabe atribuir al requisito de «vivir a expensas» del trabajador que tradicionalmente se ha exigido por la normativa de seguridad social, a los efectos de que los padres de un trabajador fallecido como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional puedan acceder a la indemnización especial a tanto alzado prevista a efecto.

La redacción del artículo 163.2 del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS 1974), vigente en el momento de dictarse la sentencia que ahora comentamos, bajo la rúbrica de «indemnización especial a tanto

alzado», preveía que «cuando no existieran otros familiares con derecho a pensión por muerte y supervivencia, el padre o la madre que vivieran a expensas del trabajador fallecido, siempre que no tengan, con motivo de la muerte de éste, derecho a las prestaciones a que se refiere el artículo anterior, percibirán la indemnización que se establece en el número 1 del presente artículo». A tal efecto, cabe recordar que el apartado primero del artículo 163 LGSS 1974 preveía que en caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional del trabajador, determinados colectivos «tendrían derecho a una indemnización a tanto alzado, cuya cuantía uniforme se determinará en los Reglamentos generales de esta Ley»¹.

Desde la aprobación de esta norma una de las cuestiones que ha suscitado mayor litigiosidad ha sido la de determinar el alcance de lo que haya que entenderse por «vivir a expensas» del trabajador fallecido. A tal efecto, ya pueden encontrarse numerosas sentencias del extinto Tribunal Central de Trabajo, entre ellas, las de 4 y 13 de mayo de 1982, de 5 de febrero de 1983, de 16 de febrero de 1984 y de 26 de mayo de 1988, que tuvieron la oportunidad de abordar esta cuestión. Pese a la doctrina elaborada al respecto por el Tribunal Central de Trabajo, se siguieron suscitando numerosos conflictos sobre esta cuestión², que tuvieron que ser afrontados por los diferentes Tribunales Superiores de Justicia³, hasta que esta cuestión fue abordada y resuelta definitivamente por el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de noviembre de 1992

¹ El artículo 12.1 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, que desarrolla la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social (en adelante, Decreto 1646/1972), desarrolla esta previsión estableciendo que «en caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional, cuando no existieran otros familiares del causante con derecho a pensión por muerte o supervivencia, el padre o madre que viviera a expensas del trabajador fallecido siempre que no tenga, con motivo de la muerte de éste, derecho a pensión, percibirán una indemnización especial a tanto alzado equivalente a nueve mensualidades de la base reguladora calculada de conformidad con las normas aplicables para determinar la pensión de viudedad; dichas mensualidades se elevarán a doce si existieran los dos ascendientes (...)».

² A tal efecto, el Tribunal Central de Trabajo vino a considerar que debe entenderse cumplido este requisito si los recursos económicos del fallecido servían, conjuntamente con los de los beneficiarios, para el sostenimiento del hogar familiar. En otros términos, se entiende dicha exigencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 Cc, como aportación necesaria a un modesto patrimonio para poder subvenir, junto con el del resto de componentes del hogar familiar, a las necesidades normales de la vivencia diaria.

³ *Vid.* a título de ejemplo, la STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de diciembre de 1991 (núm. rec. 789/1991), STSJ de Andalucía (Sevilla) de 21 de mayo de 1992 (núm. rec. 1205/1990), STSJ del País Vasco de 6 de octubre de 1992 (núm. rec. 1862/1990), STSJ de Madrid de 15 de febrero de 1993 (núm. rec. 4879/1992), STSJ de Madrid de 16 de marzo de 1993 (núm. rec. 13389/1989), STSJ de Madrid de 7 de junio de 1993 (núm. rec. 1145/1993), STSJ de Cataluña de 7 de julio de 1993, STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 20 de julio de 1993 (núm. rec. 560/1993), STSJ de Cataluña de 28 de septiembre de 1993, STSJ de Galicia de 2 de octubre de 1993 (núm. rec. 495/1992) y STSJ de Cataluña de 2 de noviembre de 1993.

(núm. rec. 149/1992), cuyo ponente fue el magistrado Excmo. Sr. Aurelio Desdentado Bonete, al cual se rinde tan merecido homenaje en esta obra.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado y la solución dispensada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia

En el supuesto enjuiciado nos encontramos ante una madre que en el momento de la muerte de su hijo como consecuencia de un accidente de trabajo convivía con este. Asimismo, percibía una pensión de viudedad de 23.580 pesetas mensuales. En este contexto, se plantea si esta madre cumplía con el requisito de vivir a expensas del causante, a los efectos de lucrar la indemnización especial a tanto alzado prevista en aquel momento en el artículo 163 de la LGSS 1974.

Esta pretensión es estimada por la STSJ de Galicia de 12 de diciembre de 1991 que, acogiendo la doctrina elaborada con anterioridad por el Tribunal Central de Trabajo, confirma la sentencia dictada en instancia y considera que la exigencia de vivir a expensas del causante que, para el reconocimiento de dicha indemnización, exigen los artículos 163.2 LGSS 1974 y 12.1 del Decreto 1646/1972, ha de interpretarse de conformidad a la realidad social, debiéndose entender que tal exigencia se cumple cuando el trabajador fallecido contribuía con su salario al sostenimiento de una comunidad familiar de economía modesta.

Frente a esta resolución, sin embargo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social interpone recurso de casación para la unificación de la doctrina invocando como sentencia de contraste la STSJ de Asturias de 24 de junio de 1991, que adopta un criterio mucho más rígido y formalista, y atendiendo a los ingresos de los padres, considera que, en el supuesto enjuiciado, no puede considerarse que los mismos vivan a expensas del hijo fallecido. El recurso de casación es finalmente resuelto por la STS de 9 de noviembre de 1992, objeto de este comentario, que resuelve el supuesto enjuiciado y fija la doctrina del Alto Tribunal sobre esta cuestión.

2. La doctrina sentada por el Tribunal Supremo

La primera cuestión que debe resolver el Tribunal Supremo al abordar este recurso de casación es la de comprobar si se cumplen los requisitos para la interposición de dicho recurso y, en particular, si se cumple el requisito de

contradicción. A tal efecto, en este tipo de procedimientos no es fácil el cumplimiento de dicho requerimiento, puesto que los elementos fácticos concurrentes en cada caso suelen ser diversos. En este punto, ya con anterioridad, el Alto Tribunal había inadmitido algún recurso de casación planteado sobre esta materia por no apreciarse la sustancial identidad exigida por la ley entre la sentencia impugnada y la sentencia de referencia –STS de 3 de abril de 1992–⁴.

Por este motivo, el primer mérito que cabe reconocer a la sentencia objeto de este comentario consiste en la propia admisión del recurso de casación interpuesto, al considerar que las controversias suscitadas en ambas resoluciones judiciales eran en lo esencial iguales, no en vano, en ambas se reclamaba la indemnización a tanto alzado prevista en el artículo 163 LGSS 1974, siendo las diferencias entre ambas resoluciones meramente accidentales. A tal efecto, se constata que, en la sentencia recurrida, la madre convivía con el trabajador fallecido y percibía una pensión de viudedad de 23.580 pts. mensuales, mientras que, en la sentencia de contraste, los solicitantes de la prestación eran el padre y la madre, con quienes también convivía el trabajador fallecido, percibiendo el padre una pensión de jubilación de 86.649 pesetas mensuales. En este contexto, la STS de 9 de noviembre de 1992 concluye que la identidad entre ambas resoluciones judiciales deriva de que, en el segundo supuesto, la pensión de jubilación era la única renta del padre y de la madre del trabajador fallecido, por lo que el ingreso mensual resultante para cada uno de ellos ascendía a 43.325 pts., el cual, si bien, era superior a la pensión de viudedad mencionada –23.580 pts.–, también era inferior al salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, que ascendía a 50.010 pts. Por todo ello, el Tribunal Supremo considera que los supuestos eran sustancialmente iguales, habiéndose dictado, sin embargo, pronunciamientos opuestos.

Entrando ya en el fondo del asunto, la STS de 9 de noviembre de 1992 centra el objeto del litigio en determinar el alcance de la expresión «vivir a expensas», puesto que, a criterio del Alto Tribunal, dicha expresión contiene un margen de indeterminación, de modo que «puede comprender tanto una dependencia absoluta en una sola dirección o una dependencia en sentido amplio o relativo, que se produce cuando, aun percibiendo determinados ingresos, se necesita completarlos con la aportación de otro para alcanzar un determinado nivel de vida». La dependencia en sentido amplio sería incluso susceptible de operar de forma recíproca cuando los ingresos considerados en su conjunto atienden a las necesidades del grupo familiar.

⁴ Con posterioridad, vid. STS de 27 de abril de 1994 (núm. rec. 2502/1993).

A partir de estas premisas, el Tribunal Supremo considera que en el ámbito de la Seguridad Social la noción de dependencia relativa es de especial importancia a efectos de garantizar determinados niveles mínimos de renta. Como muestra de ello, el Tribunal Supremo cita las reglas vigentes para la asignación y el límite de la cuantía de las pensiones no contributivas –art. 136 bis y 137 bis LGSS 1974, en versión dada por la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen las prestaciones no contributivas (en adelante, Ley 26/1990)– o la norma que contiene el artículo 18 del Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto de Protección por Desempleo (en adelante, Decreto 625/1985), para fijar el tope de renta del grupo familiar en caso de responsabilidades familiares en el subsidio de desempleo. De conformidad con este último precepto, dicho tope de rentas se cumple siempre que «la renta mensual del conjunto de la unidad familiar dividida por el número de miembros que la componen no supere el salario mínimo interprofesional».

Pues bien, la STS de 9 de noviembre de 1992 considera que «este último criterio por su generalidad e identidad de razón puede tomarse como punto de referencia para determinar el alcance del requisito de «vivir a expensas» (...) en el sentido de entender que tal requisito se cumple cuando las rentas del grupo familiar al que contribuía el trabajador fallecido no superaban, excluida su contribución y ponderando el número de miembros de dicho grupo, el importe del salario mínimo interprofesional para cada uno de éstos».

IV. APUNTE FINAL

La STS de 9 de noviembre de 1992 afronta el reto de abordar, por primera vez, el alcance que debe darse al requisito de «vivir a expensas» del trabajador a los efectos de que los padres de un trabajador fallecido como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional puedan acceder a la indemnización especial a tanto alzado prevista a tal efecto⁵. Ya con anterioridad, el Tribunal Supremo parecía que iba a asumir una interpretación de esta materia dirigida a atenuar el rigor del requisito de vivir a expensas, inclinándose por estimar como suficiente que la ayuda contribuyera a cubrir las necesidades familiares, particularmente cuando los ingresos de los padres fueran míni-

⁵ La STS de 9 de junio de 1986 ya había abordado esta cuestión, pero no había entrado a valorar el alcance del requisito de «vivir a expensas», por cuanto que, en el supuesto enjuiciado, pese a que el hijo fallecido convivía con los padres, no había quedado acreditada la aportación de ingresos por parte del mismo.

mos. Ahora bien, el mérito de la STS de 9 de noviembre de 1992 consiste en cuantificar las rentas máximas del grupo familiar al que contribuía el hijo fallecido, que se fijan, excluyendo la propia contribución del trabajador fallecido y ponderando el número de miembros de dicho grupo, en el importe del salario mínimo interprofesional para cada uno de los miembros del grupo. El Alto Tribunal llega a esta conclusión desechando una interpretación literal del precepto y optando por combinar una interpretación teleológica del mismo, adecuándolo a la realidad social, con una interpretación analógica que le permite aplicar a esta materia la solución ya prevista de forma expresa para otras prestaciones de Seguridad Social.

No cabe duda que con esta previsión se consigue dotar de certeza y seguridad jurídica a la cuestión litigiosa, lo que supuso que la doctrina contenida en la STS de 9 de noviembre de 1992 fuera asumida de forma inmediata por los diferentes Tribunales Superiores de Justicia a la hora de abordar estos litigios⁶. Pero es que, además, como prueba de la solidez de la argumentación contenida en dicha sentencia, la doctrina contenida en la misma se ha mantenido inalterada hasta la actualidad, remitiéndose el Alto Tribunal a la doctrina contenida en dicha sentencia en todas las ocasiones que con posterioridad ha tenido que abordar nuevamente esta materia. A tal efecto, cabe destacar la STS de 28 de octubre de 1995 (núm. rec. 618/1995) y la STS de 12 de marzo de 1997 (núm. rec. 3459/1996).

El criterio adoptado en su momento por la STS de 9 de noviembre de 1992 ha sobrevivido, incluso, a la modificación de las normas en las que inicialmente se apoyaba la interpretación analógica efectuada por el Tribunal Supremo, a saber: los arts. 136 bis y 137 bis LGSS 1974 y el artículo 18 del Decreto 625/1985, las cuales fueron modificadas a la baja para recoger referentes inferiores al umbral mínimo de subsistencia, situándolo para el desempleo en el 75 % del salario mínimo interprofesional en lugar de su cuantía íntegra mensual. Esta modificación comportó que diferentes resoluciones judiciales consi-

⁶ A título de ejemplo, podemos encontrar la STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de mayo de 1993 (núm. rec. 228/1993), la STSJ de Castilla y León de 18 de julio de 1995 (núm. rec. 209/1995), la STSJ de Navarra de 17 de enero de 1995, la STSJ de Andalucía (Granada) de 2 de octubre de 1996 (núm. rec. 833/4399), la STSJ de Galicia de 4 de abril de 1997 (núm. rec. 4002/1994), la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 3 de febrero de 1998 (núm. rec. 1251/1996), la STSJ de Galicia de 29 de octubre de 1999 (núm. rec. 4657/1996), la STSJ de 31 de julio de 1998 (núm. rec. 1518/1997), la STSJ de Galicia de 26 de julio de 2001 (núm. rec. 5435/1997), la STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de febrero de 2002 (núm. rec. 101/2001), la STSJ de Madrid de 22 de octubre de 2002 (núm. rec. 1666/2002), la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 16 de diciembre de 2003 (núm. rec. 2113/2003), la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 22 de marzo de 2007 (núm. rec. 1123/2006), la STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de enero de 2012 (núm. rec. 1344/2011), la STSJ de Murcia de 15 de julio de 2013 (núm. rec. 64/2013), la STSJ de País Vasco de 1 de abril de 2014 (núm. rec. 384/2014), etcétera.

deraran que la misma interpretación analógica llevada a cabo por la STS de 9 de noviembre de 1992 debería conducir ahora a que el cumplimiento del requisito de «vivir a expensas» se interpretara como no disponer de rentas iguales o superiores al 75 % del salario mínimo interprofesional. Esta interpretación llegó a tener acogida, incluso, en la STS de 9 de febrero de 1998 (núm. rec. 886/1997). Pese a ello, el Tribunal Supremo rectificó inmediatamente este posicionamiento inicial y, en sentencia dictada en Sala General y sin ningún voto discrepante, mantuvo que constituye doctrina de esta Sala en relación con el requisito de «vivir a expensas de», previsto en el artículo 177.2 LGSS 1974, que dicha exigencia se cumple cuando el beneficiario de la prestación no percibe una renta equivalente o superior al salario mínimo interprofesional, con independencia de que para otro tipo de prestaciones, y por otras razones, el legislador haya fijado dicho umbral mínimo en el 75 % del salario mínimo interprofesional o en otro cualquiera –STS de 9 de diciembre de 1998 (núm. rec. 780/1998)⁷–.

Por si ello fuera poco, el criterio adoptado en la STS de 9 de noviembre de 1992 se ha extendido a otras prestaciones de Seguridad Social en las que también se exige vivir a cargo del sujeto causante. Este es el caso de las prestaciones y subsidios en favor de familiares, respecto a las cuales, las SSTS de 28 de octubre de 1995 (núm. rec. 618/1995), de 9 de diciembre de 1998 y de 16 de marzo de 1999 (núm. rec. 2052/3001) acuden también al criterio de no disponer de ingresos iguales o superiores al salario mínimo interprofesional.

En definitiva, si algunas de las funciones más importantes que deben cumplir las sentencias del Tribunal Supremo son la de adecuar la normativa a la realidad social imperante en cada momento y la de dotar de una cierta seguridad jurídica a la aplicación de las normas laborales, no cabe duda que la STS de 9 de noviembre de 1992, como tantas otras dictadas por el Excmo. Sr. Aurelio Desdentado Bonete, cumple con creces con ambos objetivos.

⁷ *Vid.* también, SSTS de 18 de enero y de 25 de junio de 1999 (núms. rec. 2267 y 3774/1998, respectivamente), SSTS de 3, 20 y 27 de marzo de 2000 (núms. rec. 353/1999, 2883/1999 y 1823/1999, respectivamente) y SSTS de 16 de mayo y 9 de diciembre de 2003 (núms. rec. 1624/2002 y 4313/2002, respectivamente). En algunas de estas resoluciones, a su vez, se perfila cómo debe procederse para el cálculo del salario mínimo interprofesional, indicándose que deben tomarse los valores anuales del mismo, con dos pagas extras.

LOS INTERESES EN CASO DE OPCIÓN TÁCITA POR LA READMISIÓN

ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ

Profesora Titular Visitante de la Universidad Carlos III de Madrid

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 julio de 2009 (RCUD 1767/2008) [ECLI: ES: TS:2009:5473].

II. INTRODUCCIÓN

D. Aurelio Desdentado Bonete, Magistrado del Tribunal Supremo, fue ponente en esta Sentencia abordando la cuestión relativa al inicio del abono de los intereses procesales en el supuesto del despido improcedente cuando el empleador opta por la readmisión. Sin duda, se trata de un asunto relevante en la práctica procesal laboral debido a la posible dilación de las actuaciones y su repercusión económica para ambas partes (empresa y persona empleada). Conviene advertir que se generó un intenso debate en el Tribunal Supremo ya que la Sentencia viene acompañada de voto particular discrepante.

III. COMENTARIO

1. **El caso suscitado**

El origen del supuesto analizado por el Tribunal Supremo fue una sentencia por la que se declaró improcedente el despido. Se siguió incidente de no

readmisión, dictándose auto que declaraba extinguida la relación laboral, fijando la indemnización y los salarios de tramitación. Despachada la ejecución el auto fue recurrido en reposición y luego suplicación. Precisamente, en suplicación se estima parcialmente el recurso y fija los intereses por mora procesal desde que se dictó el auto que declaró extinguida la relación laboral.

La Sentencia que resuelve el recurso de suplicación denegó el derecho al percibo de los intereses procesales ex artículo 576 de Ley de Enjuiciamiento Civil¹ (en adelante, LEC) sobre las cantidades adeudadas por la empresa en concepto de salarios de tramitación correspondientes al periodo comprendido entre la fecha de la sentencia condenatoria de instancia y la del posterior auto extinguiendo la relación laboral ante la falta de readmisión, por entender que hasta esta última fecha no existía cantidad líquida objeto de condena y que solamente a partir del referido auto, en el que liquidaba la cantidad adeudada, surgía, en su caso, la obligación de abono de intereses.

La recurrente (la trabajadora despedida) alega en el recurso de casación para la unificación doctrina infracción de varios preceptos de los cuales el Tribunal Supremo encuentra pertinentes solo algunos (art. 576 LEC los artículos 921.4 y 576.1 LEC, así como del principio de seguridad jurídica) para entrar a analizar el fondo de la cuestión controvertida. A juicio de la recurrente, se produce la infracción por no tener en cuenta los intereses devengados por los salarios de tramitación que transcurren desde la sentencia de instancia hasta la fecha de notificación del auto que extingue la relación laboral.

2. Relevancia del asunto

La cuestión debatida queda circunscrita a fijar el momento en que se inicia el posible abono de los intereses procesales ex artículo 576 LEC (interés legal del dinero más dos puntos) en caso de opción tácita del empleador por la readmisión en un despido improcedente y, en concreto, sobre los salarios de tramitación devengados desde la fecha de la notificación de la sentencia de instancia estimatoria de la demanda hasta el día que, en ejecución definitiva de sentencia (tras desestimarse los recursos de suplicación y de casación unificadora formulados por la empresa) y ante el incumplimiento empresarial de la

¹ Indica el referido precepto en su apartado 1.º que: «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».

readmisión en su forma, se dicta auto en el denominado incidente de no readmisión, fijando la nueva indemnización y determinados los salarios de tramitación no abonados.

El interés práctico del fallo judicial es patente cuando se presta atención a los tiempos procesales en el supuesto concreto. En el caso objeto del recurso de casación el 15 de septiembre de 2003 se dictó sentencia por la que se declaró improcedente el despido de la actora. Esta sentencia adquirió firmeza al ser confirmada en suplicación y se siguió incidente de no readmisión, dictándose el 15 de diciembre de 2005, auto que declaraba extinguida la relación laboral, fijando una indemnización 5.162,41€ y unos salarios de tramitación de 33.516,04€. Despachada la ejecución y tras una serie de incidencias, entre ellas, la consignación y el pago del principal, se procedió a la tasación de costas, que fue impugnada por la empresa y resuelta por auto de 1 de diciembre de 2006, que fija unos intereses de 5.873€. Este auto fue recurrido en reposición y luego suplicación.

3. Doctrina sentada

En la Sentencia del Tribunal Supremo objeto de este comentario se formula una interpretación que, partiendo de la realidad procesal y su devenir, indica que, a efectos de los intereses procesales, hay que tener en cuenta la fecha del auto y no la fecha de sentencia que no contiene esta condena. Los salarios fijados en el auto dictado en incidente de readmisión, para el periodo comprendido entre la notificación de la sentencia que declara la improcedencia y la fecha del auto, según se advierte en el fallo judicial, devengan los intereses por mora procesal previsto en el artículo 576.1 LEC, debiendo computarse estos desde la fecha del auto y no desde la fecha de la sentencia. Razona la Sala que se trata de dos resoluciones distintas con las respectivas condenas de cantidad líquida, sin que puedan confundirse estos intereses procesales con los moratorios sustantivos del CC y del ET (arts. 1108 y 29.3 respectivamente) por no haber abonado los salarios de tramitación en el período temporal a que dichos salarios corresponden.

Esta es además la función de los denominados intereses procesales –o de mora procesal– que, con el recargo de dos puntos sobre el interés legal del dinero, penalizan el incumplimiento de una resolución judicial y que, por tanto, no pueden aplicarse a un periodo anterior a la condena. Según explica el Tribunal Supremo, en el razonamiento de la parte hay una confusión entre intereses procesales –o de mora procesal– del artículo 576 de la Ley de Enjuicia-

miento Civil y los intereses moratorios sustantivos del artículo 1108 del Código Civil o del artículo 29.3 de la 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, de ser aplicables a los salarios de tramitación y en lo que afecta a periodos no comprendidos en los intereses procesales –el periodo entre el despido y la sentencia que declara la improcedencia y el periodo entre esa sentencia y el auto del incidente de no readmisión–, tendrían que haberse solicitado en las correspondientes demandas del proceso declarativo y de ejecución y tendrían que haberse pronunciado sobre ellos la sentencia de instancia y el auto del incidente. No cabe, por tanto, entrar en esta cuestión que queda al margen de la denuncia formulada.

Es interesante advertir que la Sentencia reseñada cuenta con voto particular que defiende la postura contraria a la aprobada mayoritariamente². Según opinión de los magistrados y magistradas discrepantes, las cantidades objeto de condena (provisional o definitiva) que figuren en una sentencia de despido improcedente en concepto de indemnización o de salarios de tramitación cabe considerarlas siempre como líquidas, puesto que su liquidación depende de una simple operación aritmética (salario día por número de días transcurridos). Defiende esta postura el voto particular alegando que existe reiterada jurisprudencia según la cual la liquidez existe cuando la fijación del *quantum* dependa exclusivamente de unas operaciones matemáticas.

Ahora bien, si durante ese período incluido en los salarios de tramitación se alega que la personal empleada ha prestado servicios para una tercera empresa o que estaba en situación de suspensión de contrato por incapacidad temporal en unos días concretos o que concurre alguna otra circunstancia nueva que podría impedir el devengo de tales salarios en un periodo concreto, la cuestión debe resolverse en el correspondiente incidente, pero cabe entender que no priva de liquidez a la condena o a la obligación legal de abonar salarios de tramitación hasta la readmisión. Se indica también en el voto particular que en el caso enjuiciado no concurrían estas últimas circunstancias ni se alegan por ninguna de las partes.

En definitiva, el grupo de magistrados y magistradas discrepantes rechazan la conclusión contenida en la sentencia en el sentido de que «solo si se opta por la readmisión y el demandante no desarrolla un trabajo en otra empresa o

² Voto Particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Fernando Salinas Molina. Se adhieren al mismo el magistrado D. Jordi Agusti Julia y las magistradas Dña. María Luisa Segoviano Astaburuaga y Dña. Rosa María Viroles Piñol.

si el retraso en la readmisión no es imputable al trabajador, se convertirá esa condena hipotética en actual y líquida, pero tendrá que declararse judicialmente –en el auto del incidente de no readmisión o en otra resolución– para que puedan aplicarse los intereses procesales».

4. Evolución posterior

La interpretación formulada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2009 ha sido continuada por Sentencias posteriores del mismo Tribunal. Una muestra de ello es la STS de 1 de octubre de 2019 (rcud 976/2017)³ que recuerda y aplica la doctrina reseñada. Se indica en fundamento jurídico 3.º de esta última sentencia que: «(...) es el auto que extingue la relación laboral el que concreta el importe de los salarios de tramitación del periodo comprendido entre la sentencia que declara la improcedencia del despido y el referido Auto. Por ello, ha de concluirse que es a partir del auto que declara la extinción laboral cuando se empieza a devengar intereses procesales, por tratarse del momento procesal en el que se fija la cuantía líquida respecto a los salarios de tramitación referidos desde la sentencia que declaró la improcedencia del despido y el auto que declara la extinción de la relación laboral, conforme al artículo 576 LEC».

IV. APUNTE FINAL

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2009 es un ejemplo más de la amplísima sabiduría de D. Aurelio Desdentado Bonete en su doble faceta: sustantiva laboral y procesal. Sin duda, nuestro querido D. Aurelio nos deja un importante legado de buen criterio y saber hacer para los juristas de hoy y los que vendrán.

³ Siendo la Magistrada Ponente Excm. Sra. Rosa María Virolés Piñol.

REVISIÓN DE SENTENCIA FIRME LABORAL CON BASE EN CUESTIÓN PREJUDICIAL PENAL

ALBERTO NOVOA MENDOZA

Abogado Laboralista y Profesor de Derecho del Trabajo

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2011 (Demanda de Revisión 12/2011) [ECLI: ES: TS: 2011:7256].

II. INTRODUCCIÓN

Dentro de la labor enjuiciadora que corresponde a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se encuentra la competencia para la resolución de las demandas de revisión cuyo objeto es la rescisión de sentencias firmes en los extraordinarios supuestos tasados en la Ley.

Quizá por lo extraordinario que resulta este instrumento procesal suelen omitirse las exégesis de las sentencias recaídas en la materia por lo que he considerado oportuno dar cuenta en la presente obra de la labor del homenajeado en esta actividad que le ocupó para gloria de nuestro Derecho del Trabajo como Magistrado del Tribunal Supremo.

No existen resoluciones estimatorias de demandas de revisión en las que interviniese como ponente Don Aurelio Desdentado Bonete, hecho que no debe extrañar al lector por cuanto desde el nacimiento de este instrumento

procesal en el ámbito del Derecho del Trabajo se cuentan prácticamente con los dedos de la mano resoluciones con tal fallo estimatorio. Doy fe de que quién se aproxima al estudio de esta institución debe extraer su conocimiento casi de forma exclusiva de las sentencias desestimatorias, las estimatorias son pocas y poco ejemplificativas.

Sin duda es ésta una materia poco apreciada por la dogmática iuslaboralista que ha destinado exiguos esfuerzos a su estudio generando así un desierto de fuentes doctrinales que imponen acudir al resultado de la labor judicial para su conocimiento.

La sentencia seleccionada cuenta con dos características muy importantes dentro su especie: (I) aborda una causa de revisión poco habitual, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que se derive una sentencia absolutoria (II) afronta los efectos procesales derivados del planteamiento extemporáneo de otro motivo de revisión, sin duda el más habitual, los documentos recobrados, consolidando una inveterada doctrina sobre lo que debe considerarse como tal a efectos de revisión.

Es una sentencia, como la mayoría de las que llevan el cuño de don Aurelio, dotada de una sencillez expositiva extraordinaria y al tiempo de una claridad en su razonamiento jurídico digna de mención.

No me resisto a reseñar que además, en mis últimos encuentros con su autor siempre me animó a perseverar en mis estudios doctorales cuyo objeto reside precisamente en la revisión de sentencias firmes en el Orden Social amparada en los documentos recobrados. Sirva pues de agradecimiento y reconocimiento al cariño que siempre me mostró y a la ayuda que me brindó en todo momento.

III. COMENTARIO

1. El caso laboral

En el caso que nos ocupa nos encontramos ante un trabajador que insta la resolución de su contrato de trabajo amparándose en el artículo 50 apartado primero letra c) del Estatuto de los trabajadores en relación con el artículo 4 apartado segundo del mismo texto legal.

En concreto el trabajador refiere unos hechos concretos y traumáticos que quedan judicialmente probados en la instancia y qué literalmente traslado a continuación por cuanto la causa de revisión invocada exige en este caso el conocimiento preciso de los mismos.

En resumen el trabajador hace una reclamación a una de las socias de la empresa momento en el cual comparece un segundo socio y hermano de aquella que agarra al empleado de forma agresiva reteniéndolo contra su voluntad y produciéndole determinadas lesiones con ayuda de un tercer socio. Por tal agresión el trabajador es atendido por los servicios públicos de salud que emiten parte de lesiones y cursan parte de incapacidad temporal por trastorno de ansiedad.

El Juzgado de lo Social estimó la demanda acordando la extinción del trabajador indemnizada del contrato de trabajo. La empresa se alzó en suplicación frente a dicha sentencia siendo desestimado su recurso y confirmada la sentencia de la instancia.

La sentencia de suplicación recalca como importantes las lesiones padecidas por el trabajador, y lo que más interesa al caso, el hecho de no existir ninguna conducta provocadora o agresiva de dicho trabajador que conste en la resolución de la instancia.

2. El paralelo juicio penal de los hechos

Como quiera que el trabajador fue atendido tras las agresiones constatadas en el relato de hechos probados de la sentencia laboral por los servicios públicos de salud estos dieron cuenta, como es preceptivo, a los Juzgados de Instrucción de las lesiones constatadas y su origen violento incoándose diligencias penales y procediéndose a la celebración del correspondiente juicio de faltas.

En dicho juicio resulta condenado el segundo de los socios agresores pero al tiempo y en contra de lo acontecido en el juicio laboral, se considera probado que el trabajador en un momento de su reclamación a la primera socia había llegado a agarrar del brazo a ésta, que es absuelta junto con el tercero de los socios y hermanos intervinientes.

Recurrida en apelación la sentencia del juicio de faltas la audiencia provincial no condena al trabajador por no haber sido denunciado pero absuelve al único socio condenado en instrucción apreciando la circunstancia eximente de legítima defensa.

3. Doctrina sobre el alcance y requisitos de la causa revisora basada en prejudicialidad penal

Como quiera que la causa invocada formalmente y de forma suficiente en palabras del ponente para interesar la revisión de la sentencia de instancia y

suplicación laboral era la contemplada en el artículo 86.3 de la LPL de la entonces vigente Ley de Procedimiento Laboral la argumentación de la sentencia comienza precisamente por él establecimiento de los elementos integradores de dicha causa como si de un tipo penal se tratase.

Dicho precepto no puede ser objeto de una aplicación extensiva, pues con ella se pondría en riesgo todo el sistema de prejudicialidad no devolutiva que rige en el proceso social para instaurar una especie de prejudicialidad devolutiva de carácter retroactivo, que excedería incluso del efecto que prevé el artículo 116 de Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Para que la causa de revisión proceda no basta con que la sentencia de los órganos judiciales laborales presente divergencias fácticas con una sentencia del orden jurisdiccional penal, dado que además de esa divergencia, es necesario que concurren los dos requisitos siguientes: 1.º que la sentencia penal sea absoluta, y 2.º que esa absolución se produzca por la inexistencia del hecho o tenga su base en la no participación en él del sujeto interesado.

De ahí que la sentencia concluya que en el caso que nos ocupa no concurren los referidos requisitos, sino que se está en presencia de dos procesos autónomos, el laboral de despido y el penal, con bienes jurídicos protegidos distintos, y con actividades procesales, como la práctica de las distintas pruebas que las partes aportaron en ambos procesos, que condujeron a resultados parcialmente diferentes.

La sentencia penal de apelación ni niega la existencia del hecho que ha provocado la resolución del contrato (agresión de un socio al trabajador) ni niega que el primero haya sido el autor de la agresión. Sencillamente admite un hecho nuevo: la acción de del trabajador de agarrar el brazo izquierdo de la socia a la que hace su reclamación dándole un fuerte tirón; acción ante la que reacciona el segundo socio agarrándolo fuertemente, empujándolo y reteniéndolo contra su voluntad.

Ni desaparece el hecho ni se descarta la autoría del mismo, la absolución proviene de la eximente de legítima defensa y no de la inexistencia de la acción o su no realización por el autor, la que determina la absolución. En consecuencia no concurre el supuesto del artículo 86.3 de la LPL –hoy en idéntico precepto de la LRJS.

A lo que magistralmente se añade que dicho precepto no trata de imponer una vinculación general de carácter retroactivo de la sentencia laboral por los hechos probados o las calificaciones de la sentencia penal, sino que se limita a prever una medida extraordinaria frente a la regla general de la prejudicialidad no devolutiva en orden a revisar aquellos casos en que la sentencia ha fundado

su pronunciamiento en un hecho que, según la sentencia penal, no existe o no puede atribuirse al sujeto a quien la sentencia social lo ha atribuido.

4. Preclusión para la invocación de motivos de revisión y no consideración de las sentencias penales como documentos recobrados

En la regulación de la revisión de sentencias vigente al momento de dictarse la sentencia comentada era preceptiva la celebración de una vista mientras que actualmente dicho evento depende exclusivamente de la voluntad del Tribunal Supremo.

En el caso, la empresa demandante de revisión invocó durante la vista con aportación de las sentencias penales del caso una nueva causa de revisión en concreto la primera prevista en la ley relativa a recobrar documentos decisivos que hubiesen sido detenidos por fuerza mayor por la parte beneficiada y qué de haberse aportado en el juicio laboral por sí mismos hubiesen conseguido un resultado opuesto.

Y ante esa conducta del demandante de revisión la sentencia recuerda que la demanda rectora de revisión y su presentación suponen la preclusión para la invocación de la causa revisora considerando en consecuencia extemporánea la alegación de una causa distinta de revisión en un momento posterior.

Del mismo modo y asentando la doctrina relativa a lo que debe considerarse un documento a los efectos revisorios se recuerda qué es condición imprescindible que los mismos fuesen preexistentes y además hubiesen sido retenidos por fuerza mayor o por obra de la parte beneficiada. las sentencias penales ni fueron anteriores al juicio laboral ni mucho menos retenidas por parte alguna.

IV. APUNTE FINAL

La magistral sentencia comentada supone una extraordinaria aportación a la doctrina configuradora de la revisión de sentencias firmes laborales por cuanto asienta las siguientes conclusiones de forma definitiva:

— La causa de revisión basada en la prejudicialidad penal no se sustenta en una contradicción de los hechos declarados probados en la Jurisdicción Social y en la Jurisdicción penal. Dicha contradicción es perfectamente plau-

sible por tratarse de Ordenamientos Jurídicos distintos que protegen bienes jurídicos distintos y que se rigen por principios distintos.

— Solo existe tal motivo de revisión cuando la sentencia laboral se sustenta en la comisión de determinados hechos por un sujeto y posteriormente la sentencia penal declare la inexistencia de los mismos o descarte la participación del sujeto en ellos siendo por alguna de esas causas o por ambas absolutoria.

— Los motivos en los que se sustenta la revisión han de ser alegados imperativamente en la demanda resultando extemporánea cualquier invocación posterior. Estaríamos por tanto ante una aplicación al caso de la prohibición prevista en el artículo 80.1.c) de la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

— Las sentencias penales recaídas respecto de los hechos enjuiciados laboralmente no son documentos a efectos del primer motivo legal de revisión por cuanto no son preexistentes a dicho enjuiciamiento ni han sido retenidos por parte alguna.

NATURALEZA DE PARTICIPACIÓN EN EL TRONCO DE PROPINAS

FERMÍN OJEDA MEDINA

Presidente del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Gran Canaria
y Fuerteventura

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1991 (RCUD 1121/1990) [ECLI: ES: TS:1991:2654]. Procedimiento: Conflicto Colectivo. Materia: Casinos de juego; administración y gestión del fondo de propinas. Intereses del fondo; destino.

II. INTRODUCCIÓN

Es para mí un honor que me hayan ofrecido la oportunidad de intervenir en esta obra dedicada al Magistrado y profesor Aurelio Desdentado Bonete, comentando una de sus muchas y relevantes sentencias que han configurado el derecho del trabajo en nuestro país. La humanidad y sencillez de su persona, que he comprobado personalmente, unido a su gran capacidad resolutoria de los conflictos jurídicos que demuestra en cada una de sus sentencias le hacen merecedor de esta obra que se le dedica.

La doctrina fijada en esta sentencia en unificación de doctrina de Aurelio Desdentado en el año 1991, que vamos a comentar, sobre el carácter de las pro-

pinas en los casino no ha perdido actualidad, siendo ésta un reflejo de la capacidad del magistrados para la resolución de las controversias con una claridad expositiva del fondo del asunto que convencía a todas las partes intervinientes.

III. COMENTARIO

1. El caso

Por el «Casino de Zaragoza, S.A.» se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina frente a la Sentencia de 5 de septiembre de 1990 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. que confirmó la del Juzgado de lo Social núm. 5 de Zaragoza de 11 de junio de 1990, señalando como contradictoria la del TSJ de Madrid de fecha 29 de junio de 1990.

La contienda versa sobre las funciones de control, depósito y administración de las propinas en los Casinos de Juego; Mientras la Sentencia de Zaragoza atribuye conjuntamente esas funciones a empresa y trabajadores, la de Madrid las atribuye exclusivamente a la empresa.

La sentencia analiza en profundidad el origen y carácter de la propina, su determinación como salario o extra salarial como liberalidad de un tercero, para luego de una forma razonada resolver sobre las cuestiones concretas objeto del recurso, determinado en este caso la doctrina correcta sin asumir en su integridad ninguna de las adoptadas por las sentencias en contradicción.

2. Sobre el análisis de la doctrina del TS en materia de Propinas

Para ello la Sala parte de los que considera que constituye el punto fundamental objeto de debate: *La naturaleza de las cantidades percibidas por los trabajadores por su participación en el tronco de propinas*. Sobre esta cuestión la Sentencia de 1 de marzo de 1986 declaraba ya con carácter general que «el salario es la contraprestación pecuniaria o en especie que ha de abonar el empresario al trabajador por su tarea y que no han de tener consideración salarial las propinas procedentes de los jugadores que no son contraprestación de trabajo correlativas al beneficio que obtiene el empresario por hacer suyo el resultado, y que no están obligados a pagar, sino que provienen de los clientes que la realizan por liberalidad, en razón de los servicios prestados al donante (artículo 619 del Código Civil) o mejor impelidos a ellos por un uso social que les hace regalarlas cuando ganan, sin obligación alguna jurídica de su abono,

más estando su práctica totalmente consolidada». La Sentencia añade que «del empresario no proceden las propinas de los trabajadores del Casino –que como señala el juzgador no integran el acervo patrimonial de la empresa– por más que proporcione la ocasión de obtenerlas». Por su parte la Sentencia de 7 de julio de 1986, precisando el alcance de la anterior doctrina en atención a la distinta afectación de las cantidades que integran el fondo de propinas, según el artículo 28.4 de la Orden de 9 de enero de 1979 y las diversas normas profesionales, señala que aunque «es cierto que de la masa global de ellas (las propinas) han de abonarse los salarios del personal del Casino, ello no quiere decir que por tal circunstancia, todo el importe de las propinas se convierta en salarios, como lo demuestra el que otros conceptos también han de ser satisfechos con la masa de los mismos, cual la Seguridad Social, las atenciones y servicios sociales al personal y a los clientes, que no son salarios». La Sentencia precisa que lo que sucede es que en lo que percibe el trabajador, «aparece una parte fija y determinada o sea cierta, que es el salario y que está constituido por el total garantizado, la antigüedad y las pagas extraordinarias», y otra parte formada por la participación de los trabajadores en el tronco –variable según el total ingresado– que, al vincularse exclusivamente a la liberalidad de los clientes, no puede tener la consideración de salario. Esta distinción se reitera en las Sentencias de 1, 10 de julio y 10 de noviembre de 1986, 19 de febrero, 20 de mayo, 8 de junio, 14 de septiembre de 1987, 9 y 10 de octubre de 1989, coincidentes en afirmar que las propinas en cuanto exceden de la retribución garantizada por la empresa no tienen la consideración de salario al no constituir una contraprestación debida por la empresa en atención al trabajo, sino un ingreso que se produce por la liberalidad de un tercero.

3. Doctrina fijada

Partiendo de esta doctrina consolidada del TS, se llegan a las siguientes conclusiones, que sí tienen la consideración de salarios, de acuerdo con el criterio jurisprudencial de referencia, las cantidades que, como retribuciones garantizadas o como remuneraciones del resto del personal se pagan por la empresa con tal carácter. La parte del fondo de propinas destinada a estas finalidades actúa así como un ingreso del empresario, que es quien dispone sobre el mismo dedicándolo, con valor liberatorio para él, al cumplimiento de las obligaciones salariales que menciona el Reglamento de Casinos y lo mismo sucede con las que se destinan al pago de otras obligaciones de la empresa cotizaciones de la Seguridad Social o atenciones y servicios sociales, conclu-

yendo que solo en la participación en el tronco de propinas se mantiene esa relación directa entre la liberalidad del cliente y el ingreso del trabajador.

La aplicación de esta doctrina determina que haya de rechazarse la de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. La participación de los trabajadores en el tronco de propinas no puede considerarse como un concepto retributivo integrante del sistema de remuneraciones a cargo de la empresa, lo que equivale a atribuirle naturaleza salarial. En consecuencia, no cabe configurar el importe de dicha participación como un ingreso de la empresa que ésta incorpora a su patrimonio con destino al pago de una parte de los salarios. Al tiempo que considera igualmente que la doctrina del TSJ de Aragón tampoco se ajusta a la doctrina expuesta del TS señalando al respecto que:

En primer lugar, si una de las fracciones del fondo general de propinas ha de destinarse, según el artículo 28.4 de la Orden de 9 de enero de 1979, al abono de los salarios del personal del Casino y de las cotizaciones de la Seguridad Social, no cabe duda que las cantidades correspondientes a esta fracción han de configurarse como un ingreso empresarial y sobre ellas la entidad titular del Casino, que en su condición de empresario asume la responsabilidad de realizar los correspondientes pagos, ha de tener las facultades de administración y disposición que no deben quedar limitadas como consecuencia del reconocimiento de funciones de codecisión a favor del Comité de Empresa, pues quien asume la plena responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones a las que están afectadas estas cantidades es también quien debe tener de forma plena las facultades de disposición sobre estas últimas y lo mismo cabe decir en relación a las que se dedican a servicios y atenciones sociales en cuanto sea la empresa la que asume su prestación.

En segundo lugar, respecto a la fracción del fondo que se dedica a la distribución entre los trabajadores (propinas en sentido estricto) señala que La naturaleza de estas cantidades justifica la intervención de los trabajadores. Pero esta intervención ha de acomodarse al sistema que establece el artículo 28 de la Orden de 9 de enero de 1979 y al marco general de competencias del Comité de Empresa, quedando excluida la cogestión, pues el artículo 28 de la Orden encomienda a la entidad titular del Casino la recaudación, depósito y distribución de las propinas.

En cuanto a los intereses que pudiera generar el fondo de propinas el principio de accesoriedad respecto al principal determina que se afecten a la misma finalidad establecidas en el artículo 28.4 de la Orden de 9 de enero de 1979, debiendo incrementar la participación de los trabajadores en la misma proporción que establece el artículo 39 del Convenio Colectivo.

IV. APUNTE FINAL

Como consideración final podemos señalar que, para la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, las propinas no tienen la consideración de salario al no constituir una contraprestación debida por la empresa en atención al trabajo, sino un ingreso que se produce por la liberalidad de un tercero. Ahora bien en el caso concreto de las propinas en los casinos de juego, analizado en este supuesto por Aurelio Desdentado Bonete, se distingue de la parte del fondo general de las propinas que se destina al abono de los salarios del personal del casino, cotizaciones de la Seguridad Social, gastos de formación y perfeccionamiento profesional y servicios sociales en favor del personal, que en consecuencias se considera salarios, y la otra parte de las propinas, estrictamente consideradas y distribuidas entre los trabajadores que son percepciones extrasalariales.

SISTEMA DE INCENTIVOS ESTABLECIDO AL MARGEN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

NOELIA ORTIZ VIGO

Doctoranda. Observatorio Jurídico Laboral de la Violencia de Género
de la Universidad de Málaga

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2011 (RCUD 136/2010) [ECLI: ES: TS:2011:3058].

II. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo –TS– analiza la licitud del establecimiento por la empresa de un sistema de trabajo por objetivos, al margen de la negociación colectiva. El debate jurídico se enfoca en la legalidad del acuerdo unilateral al margen de la negociación colectiva, por lo que concierne el correcto ejercicio del derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva. Analizamos desde una perspectiva jurídica la flexibilidad en la relación laboral por parte de la empresa con la incorporación del sistema de clasificación profesional y el establecimiento del prorrateo de las gratificaciones extraordinarias al margen de la negociación colectiva. De modo que, la resolución de la sentencia analizada nos proporciona aspectos de interés jurídico en cuanto a los acuerdos individuales y la doctrina en relación con dichos acuerdos.

III. COMENTARIO

1. Breve referencia al supuesto de hecho

El 12 de marzo de 2010 interpuso demanda el sindicato de Comisiones Obreras –CCOO– de Cataluña y D. Abilio, contra la Sociedad Anónima Damm en reclamación de tutela de derechos fundamentales, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia –TSJ– de Cataluña, por la incorporación en los centros de Llobregat y Lérida del sistema de remuneración por objetivos denominado –Talenta–. Dicho sistema tenía como objetivo fomentar la participación de las personas trabajadoras, teniendo en cuenta «conocimientos, habilidades y actitudes para desempeñar un puesto» ser incluidos dentro del sistema.

El *petitum* de la demanda consistía en la nulidad del comportamiento de la empresa demandada, incluido el sistema de clasificación profesional y retributivo denominado –Talenta–. Las partes demandantes consideran vulnerados el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación regulado en el artículo 14 de la CE, ante la existencia de dos colectivos. La argumentación alegada es el trato diferencial, por una parte, el colectivo que se rige por el sistema –Talenta–, con una clasificación profesional y sistema retributivo diferente y, por otro lado, quienes no forman parte de dicho sistema, que se rigen por lo establecido en el convenio colectivo. Además, consideran que la creación del sistema de trabajo por objetivos, al margen de la negociación colectiva, vulnera el derecho fundamental de libertad sindical recogido en el artículo 28.1 CE y el derecho de negociación colectiva, artículo 37.1 CE.

El 1 de junio de 2010 dictó sentencia el TSJ de Cataluña, proceso en el cual fue parte el Ministerio Fiscal, que se opuso a la demanda por entender que no se acreditaba la vulneración de los derechos fundamentales. La sentencia estimó parte de la demanda interpuesta, considerando lesivo el derecho a la libertad sindical, a consecuencia de la decisión unilateral por la empresa de aplicar el prorrateo mensual de las pagas extraordinarias a quienes estaban adscritos al sistema –Talenta–, desestimando el resto de peticiones por la parte demandada.

Contra la resolución de 1 de junio de 2010 se interpuso recurso de casación por parte de la Sociedad Anónima Damm, el Sindicato de CCOO de Cataluña y D. Abilio. El TS dictó sentencia el 12 de abril de 2011, la resolución judicial desestimó el recurso del Sindicato de CCOO y de D. Abilio sobre tutela de derechos fundamentales, rechazando los motivos de revisión fáctica debido al planteamiento de cuestiones nuevas, concluyendo que no se vulneraban los principios de igualdad y no discriminación. Además, el TS no conside-

ro lesionada la libertad sindical ya que no se acreditaba la vulneración sistemática de lo dispuesto en el convenio colectivo. Sin embargo, el TS estimó el recurso de la empresa, considerando la no prohibición del convenio en cuanto al prorrateo de las gratificaciones extraordinarias y por ende no supone un atentado a la negociación colectiva que vulnere la libertad sindical. Como consecuencia determina la casación de la sentencia recurrida a efectos de anular el pronunciamiento de la misma que estima parcialmente la demanda.

2. Doctrina sentada

En primer lugar, el TS considera que no se ha vulnerado el derecho a la igualdad y a la no discriminación recogido en el artículo 14 de la CE, argumentando su decisión en la doctrina constitucional que considera que «el principio de igualdad no es absoluto», sino que por un lado requiere diferencia de trato (STC 27/2004) y que tales situaciones que se estén comparando sean «homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso». La sentencia determina que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una materia concreta implica una vulneración del artículo 14 CE, para que exista dicha vulneración debería darse ante dos situaciones consideradas iguales, una diferencia sin una justificación objetiva y razonable. Por consiguiente, la resolución judicial analiza considera que existe una ausencia de identidad en las situaciones que tratan de ser comparadas, es decir, la situación no es homogénea y por ello no existe la posibilidad de ser equiparable. Además, expone que por la parte recurrente existe una ausencia de justificación en cuanto al trato diferencial para ambos colectivos.

Por otra parte, según determina la sentencia, el recurso cuenta con desconocimiento de la diferencia entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, por el cual la jurisprudencia¹ distingue dos prescripciones en el artículo 14 CE. Es por ello que el TS considero que en este caso la diferencia de trato no tiene índole discriminatorio, debido a la ausencia de un motivo discriminatorio determinado en el inciso final del artículo 14 CE.

La resolución judicial analiza el planteamiento del recurso, en los términos en que se ha impugnado. Así pues, basa su decisión en realizar un análisis de la vulneración del derecho a la libertad sindical desde la perspectiva de la regulación del sistema –Talenta–, en cuanto a la clasificación profesional y el

¹ STC 62/2008 –Sentencias de esta Sala de 17 de mayo de 2000, 23 de septiembre de 2003, 9 de marzo de 2005, 7 de julio de 2005, 8 de mayo de 2006, 21 de diciembre de 2007, 14 de enero de 2008 entre otras.

régimen retributivo. Como consecuencia, el TS razona su decisión con la cita de infracción del artículo 178.1 LRJS sostiene que «el mero incumplimiento de una norma de un convenio colectivo no constituye en sí mismo una violación de la libertad sindical ni del derecho a la negociación colectiva»² (STS de 26 de julio 1995, 26 de junio de 1998 y 19 de septiembre de 2005).

El TS no considero vulnerado el derecho fundamental de libertad sindical recogido en el artículo 28.1 CE, en relación con el derecho a la negociación colectiva regulado en el artículo 37.1 CE. Como dispone la doctrina constitucional, para que exista vulneración de la libertad sindical, se tendría que vulnerar lo pactado en el convenio colectivo y por otra parte, cuando la empresa recurra a una utilización masiva de la autonomía individual pueda provocar una situación de «detrimento y marginación de la autonomía colectiva».

En la resolución judicial objeto de este comentario el TS establece que no existe desplazamiento del convenio colectivo a través del pacto individual, ya que la regulación de dicha materia no se encontraba presente en el convenio colectivo. Por consiguiente considera que el sistema –Talenta–, aunque haya sido elaborado al margen de los representantes de los trabajadores, «pero ello no afecta a la licitud de los acuerdos que pertenecen a la esfera de la autonomía individual y que se establecen y negocian con los trabajadores singularmente afectados»³. Además, el TS establece que no existe una «contratación individual en masas» cuyo objetivo sea desplazar el convenio colectivo, ya que su aplicación es selectiva para determinadas personas trabajadoras «pues el sistema pondera de forma individualizada, conocimientos, habilidades y aptitudes».

En cuanto a la clasificación profesional, la resolución del TS determina que la creación de niveles de contribución dentro del sistema –Talenta– no supone una modificación del régimen de clasificación profesional previsto en el convenio colectivo, sino que lo complementa. Por lo que concierne a la situación de conflictividad retributiva, el TS determina que no existe incompatibilidad entre la regulación de sistema –Talenta– y la del convenio colectivo, acreditando que la autonomía individual para acordar las pagas extraordinarias no vulnera el derecho a la libertad sindical. Para ello fundamenta su respuesta en el artículo 31 del ET, el cual no prohíbe el prorrateo de las pagas extraordinarias. Además, considera que aunque el convenio colectivo no regula este

² STS Sala de lo Social de Granada 2808/2017 de 21 de diciembre de 2017, basa su fundamenta jurídico con la ST objeto de este comentario y en línea con la doctrina del TJUE. Considera igualmente que no existe relación existente entre la petición realizada en la demanda y la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva.

³ La sentencia realiza un análisis de las dos formas por las cuales se produce una lesión del derecho a la libertad sindical, analizando la STC 208/1993.

prorrato, tampoco lo prohíbe el artículo 26 de ET, justificando que «esta es una regla sobre la ocasión a la que se asocia normalmente el pago de cada gratificación, como sucede el párrafo primero del artículo 31 del ET, pero no es una norma de Derecho necesario absoluto que impida el pacto sobre el prorrato». Así pues, el TS considera que el establecimiento de prorrato de las pagas extraordinarias, cuando el convenio no lo prohibía, no se consideró un atentado a la autonomía colectiva y por tanto no lesiona la libertad sindical.

3. Evolución posterior

Para determinar la evolución posterior, resulta interesante realizar un análisis de la jurisprudencia posterior en relación con la licitud de los acuerdos unilaterales y la materia objeto de regulación de los mismos. En cuanto a la resolución judicial de la Audiencia Nacional (SAN 779/2015 de 18 de marzo de 2015) ante la implantación de un acuerdo unilateral a través de un programa de recompensa económica variable, considero que el establecimiento de dicho programa contaba con la ausencia de una conducta contraria al convenio colectivo que pudiera conllevar a la lesión del derecho de libertad sindical del artículo 28.1 CE.

En relación con la jurisprudencia del TS ante la implantación del acuerdo individual, diversas son las resoluciones en cuanto a dicha materia. El TS que llegan desestimo el acuerdo individual (STS núm. 558 de 22 de junio de 2016 rec 185/2015), considerando «tales medidas, por su trascendencia, importancia y significado, suponen un atentado a la función reguladora de la autonomía colectiva» (reitera doctrina SSTs/IV 12 de abril de 2011 entre otras). Asimismo, el TS examinado el caso sobre la tutela de libertad sindical (STS 825/2016 de 11 de octubre rec 68/2016) y a raíz del análisis de diversa jurisprudencia⁴ considero que los acuerdos individuales masivos a través del «Plan de bajas voluntarias incentivadas» suponen una vulneración del derecho fundamental de libertad sindical ante la ausencia de la negociación colectiva. Igualmente determino (STS 4325/2019 de 19 de diciembre) la atribución de la competencia a la negociación colectiva para fijar el sistema de clasificación profesional.

La solución aportada por el TS (STS núm. 168/2019 de 29 de enero 2019) establece la actuación empresarial a través de la oferta de pactos individuales en masa habría quedado fuera la intervención de los representantes de los trabajadores y por tanto lesionando el derecho a negociación colectiva y la liber-

⁴ SSTs 4.ª de 26 de noviembre de 2013 (R. 47/2012), 12 de abril de 2011 (R. 136/2010), pese a que en ella no se aprecie la lesión a la libertad sindical, y 3 de marzo de 2016 (R. 59/2015).

tad sindical. El TS basa su decisión en la jurisprudencia⁵ concluyendo que la prevalencia de la autonomía individual de las personas trabajadoras no pueda prevalecer sobre la autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pactado y por ello vulneraría la fuerza vinculante del convenio colectivo establecido en el artículo 37.1 CE.

APUNTE FINAL

El interrogante que surge a raíz del análisis de la sentencia pone en cuestión la licitud de los acuerdos unilaterales y cuestiona la autonomía colectiva regulada en el artículo 37.1 CE. Analizado el carácter que se la ha dado a los acuerdos unilaterales, concluimos con la diversidad de interpretación en función del tipo de acuerdo.

En definitiva, según la STS de 12 de abril de 2011, cabe estimar el acuerdo unilateral ya que la creación de la clasificación profesional y el prorrateo de las pagas extraordinarias no se encuentran presentes en el convenio colectivo y además no son contrarias al mismo. En consecuencia, el TS considera que no se vulnera el derecho a la libertad sindical en la vertiente de la negociación colectiva. Sirva esta frase del TS como cierre del comentario «es claro que no ha podido vulnerarse el derecho de los demandantes a la libertad sindical entendida como derecho a la negociación colectiva, pues los pactos sobre el prorrateo no vulneran ningún precepto del convenio, ni mucho menos pueden suponer una vulneración tan grave y general de éste que desconozca la autonomía colectiva y lesione, por tanto, la libertad sindical».

⁵ La STS 825/2016 de 11 octubre (rec. 68/2016) –SSTC 105/1992 de 1 julio, 208/1993 de 28 junio, 107/2000 de 5 mayo y 225/2001 de 26 noviembre.

LA MUERTE DEL DESPEDIDO

FULGENCIO PAGÁN MARTÍN-PORTUGUÉS

Abogado y Graduado Social.

Profesor Asociado de la Universidad de Murcia

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (Sala General), de 13 de mayo de 2003 (RCUD 813/2002) [ECLI: ES: TS:2003:3242]. Votos particulares.

II. INTRODUCCIÓN

El trabajador agota su situación de incapacidad temporal, la empresa cursa su baja y el trabajador acciona por despido, en el curso de la impugnación judicial, y antes de producido que es impugnado por el trabajador, pero que fallece en fase de tramitación, y con antelación al acto del juicio. La cuestión suscitada es determinar las consecuencias del despido en caso de considerarse improcedente, esto es, si procede la indemnización por la extinción o solo los salarios de trámite desde el despido hasta la fecha de la muerte al no poderse producir la readmisión del trabajador.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

La sentencia de casación resuelve el supuesto del trabajador que agotada la situación de incapacidad temporal, tras 18 meses, recibe la carta de la empresa, en fecha 6 de noviembre de 2000, por la que no se le permite incorporarse al puesto de trabajo. El trabajador considera que la baja realizada por la empresa debe considerarse un despido pues entiende que el motivo no es el del agotamiento del plazo, y acciona contra el despido celebrándose el acto de conciliación el 14 de diciembre de 2000. El 24 de enero de 2001 fallece. El juzgado de lo social dicta sentencia estimatoria de improcedencia del despido en fecha 4 de abril de 2001.

La cuestión debatida estriba en cuantificar las consecuencias del despido declarado improcedente, la sentencia del juzgado de instancia declarada la improcedencia del despido extinguió la relación laboral y condenó al abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la del fallecimiento. La Sala del TSJ de Madrid, sentencia 15 de enero de 2002¹, desestimó el recurso interpuesto por los causahabientes y confirmó la sentencia de instancia que condenaba al abono de los salarios de trámite desde el despido hasta la fecha del óbito.

Interpuesto recurso de casación para unificación de doctrina se trae de contraste la sentencia del TSJ de Galicia de 20 de julio de 1998, con la cuestión a resolver si la muerte del trabajador *per se* extingue el contrato de trabajo, y por tanto solo se produciría una condena sobre los salarios de trámite desde el despido hasta la fecha del fallecimiento, o si como postulan los causahabientes las consecuencias han de ser las indemnizatorias del despido improcedente.

La resolución del supuesto requiere un análisis de la posible aplicación del Estatuto de los Trabajadores, artículo 49.1.k, el despido como causa de extinción del contrato de trabajo, en relación con el artículo 1101 del Código Civil que establece la sujeción a indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones, que en palabras de la Sala, es el principio general de responsabilidad en el ámbito de las obligaciones.

No es discutido que la relación laboral se encuentra extinguida cuando el trabajador fallece, y se aborda también la inaplicación del artículo 49.1.e del Estatuto de los Trabajadores, la muerte del trabajador como causa de extinción, toda vez que el empresario extingue el contrato cuando se produce el

¹ STSJ Madrid. Rec.5321/2001.

despido, no se extingue cuando fallece, pues esto sucede después, y es por tanto que la extinción resulta injustificada, y siendo ésta previa al fallecimiento la consecuencia que el trabajador queda como acreedor de un resarcimiento que no se produce únicamente con los salarios de trámite.

Sobre la posible consecuencia del despido improcedente, opción de readmisión a ejercitar por el empresario, la sentencia de casación entiende que no pueden seccionarse los efectos jurídicos del despido, y como el resarcimiento de daño se produce con la pérdida del empleo, al amparo del artículo 1112 del Código Civil, la transmisión de los derechos adquiridos en virtud de una obligación no permite al deudor el derecho a elegir las prestaciones imposibles, como sería la readmisión, así, y estando ante una obligación de hacer no posible, no habrá más elección que el precio, esto es el pago de la indemnización pues entenderlo de otra forma dejaría al acreedor indefenso en un medio como el laboral de carácter tuitivo.

2. Relevancia del asunto

La cuestión debatida resuelve un supuesto no contemplado legalmente pues si bien el Estatuto de los Trabajadores establece el fallecimiento del trabajador como causa de extinción, no prevé la situación descrita, esto es, que el trabajador sea despedido, fallezca posteriormente y la sentencia declare la improcedencia, sin que se pueda realizar obviamente la readmisión, como opción por el empresario, facultad que le viene conferida en la norma, y que dejaría la condena, únicamente a los salarios de trámite devengados desde el despido hasta la fecha del fallecimiento, como entendió la sentencia de instancia y el TSJ.

3. El Voto Particular

La sentencia de Sala General contó con el voto particular del Magistrado Desdentado Bonete al que se adhirieron cuatro magistrados, entre ellos el Presidente de la Sala.

El voto particular se sustenta en consideraciones jurídicas, y con invocación de la sentencia de la Sala de 29 de enero de 1997², caso de muerte del trabajador que se produce tras el despido pero antes de dictarse la sentencia, – caso idéntico–, y se razona el efecto anormal que se produce al obligar al

² STS. Recurso núm. 3461/1995.

empresario a pagar una indemnización cuando en nuestro ordenamiento solo existe la indemnización por no readmitir y por tanto carece de sentido dicho resarcimiento cuando no existe ya obligación de readmitir porque el contrato se ha extinguido. El supuesto de análisis abordaba un despido nulo pero consideró que por el artículo 49.1.e del ET el contrato se encontraba extinguido desde el momento que se produce la muerte.

La sentencia de apoyo del voto particular entiende que no existe una obligación alternativa, sino de una condena con reparación y ésta se produce con el abono de los salarios de tramitación y la readmisión, y el resarcimiento se produce cuando se readmite, no en el momento del despido, y siendo lógica la indemnización como reparación del daño producido por la pérdida futura de empleo, al no haberse producido este daño, por la muerte del trabajador, no existe la obligación de indemnizar.

Resulta necesario ilustrar que la resolución de referencia que utiliza el Magistrado Desdentado también contó con voto particular que contó con una adhesión, y se establecía en el voto particular precisamente la doctrina que hace suya la Sala en su resolución de 13 de mayo de 2003, esto es que es necesario un fallo condenatorio de carácter indemnizatorio y resarcitorio del daño producido en aplicación del artículo 1134 del Código Civil. Para este voto particular, contrario a la tesis del Magistrado Desdentado y acorde con nuestra sentencia de 13 de mayo de 2003, la obligación de readmitir no es absoluta y es sustituida legalmente por la indemnización tasada del despido improcedente, indemnización por los perjuicios producidos, sin que además la obligación de readmitir sea exigida de modo absoluto en nuestro ordenamiento pues en caso de despido discriminatorio, o que afecta a funciones representativas, se permite la indemnización siendo sustituida la obligación de readmitir por cuanto no cabe considerarla como una obligación alternativa.

4. La sentencia

La Sala de lo Social del TS en su sentencia de Sala General de 28 de enero de 2013³ confirma la doctrina, de la sentencia de 13 de mayo de 2003, e insiste en que el criterio seguido para los casos de imposibilidad readmisoria sobrevenida –contratos extinguidos con anterioridad a la sentencia; fallecimiento del trabajador; declaración de incapacidad permanente–, en los que desaparece la obligación alternativa del artículo 56 del ET.

³ STS. Recurso núm. 149/2012.

Se entiende que al no ser posible la readmisión del trabajador debe aplicarse el artículo 1134 del Código Civil y por tanto cumplir el empresario la obligación alternativa, es decir la indemnización, y todo porque los perjuicios del despido improcedente, no solo son los materiales como la pérdida de salario y puesto de trabajo; sino los de naturaleza inmaterial, como la pérdida de oportunidad de ejercitar la actividad profesional, el prestigio, la imagen en el mercado de trabajo, y todo este perjuicio debe ser indemnizado.

Para la Sala la construcción derivada del despido debe cohonstar con el maco general establecido por los artículos 1101 a 1136 del Código Civil, con las especialidades derivadas del Estatuto de los Trabajadores, estableciendo así el artículo 1101 del Código Civil la responsabilidad en el ámbito de las obligaciones.

Para el Tribunal Supremo es innegable que desde el punto de vista formal el artículo 56.1 del ET establece que declarada la improcedencia del despido el empresario podrá optar entre la readmisión o el abono de una indemnización, y si bien esta cuestión debe encuadrarse en la categoría de las obligaciones alternativas, la obligación constriñe al empresario, también es verdad que debe disponerse de forma excepcional el derecho de opción en favor del acreedor como ocurre en caso de representante sindical, y aunque pudiera cuestionarse la exacta configuración de la obligación empresarial nunca sería la consecuencia la de aplicar la imposibilidad de la prestación, pues en todo caso quedaría como única opción la prestación indemnizatoria.

La obligación del empresario, conforme al artículo 1090 del Código Civil, se rige por la ley –Estatuto de los Trabajadores–, y supletoriamente por las disposiciones del Código Civil sobre obligaciones y contratos, cubriéndose las lagunas con los principios generales del derecho que informan el propio Derecho del Trabajo, cabe añadir por tanto, que la ruptura de la relación laboral sin causa justificativa se ha reparar con la obligación de hacer –readmitir en igualdad de condiciones– con el añadido opcional de cumplimiento de equivalencia, esto es, indemnizar los daños y perjuicios causados, debiendo estar a los artículos 1088 ss. del Código Civil, que incluso permite indemnizaciones adicionales compatibles por vulneración de derechos fundamentales.

Así las cosas, en la obligación de readmisión/indemnización derivada del despido improcedente, de acuerdo con el artículo 1134 del Código Civil que establece que el deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviese obligado, solo una fuere realizable, es lo que permite concluir que los supuestos de imposibilidad de la prestación no liberan al empresario, y por tanto no siendo posible la readmisión recaerá sobre

éste la responsabilidad económica como función sustitutoria del resarcimiento del perjuicio irrogado, y por tanto la indemnización del despido improcedente.

IV. APUNTE FINAL

La opción del empresario de readmitir o indemnizar en el despido improcedente solo será posible cuando ambas opciones puedan ejercitarse sin que esto pueda ocurrir cuando la readmisión sea imposible, como en el caso, pues si se produce el fallecimiento del trabajador una vez ha sido despedido, esto es si el fallecimiento se produce tras el despido, y éste se declara improcedente no cabrá más opción que la indemnización.

CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL PAGO EN EL APLAZAMIENTO OTORGADO PARA CUBRIR UNA DEUDA DE COTIZACIÓN

PILAR PALOMINO SAURINA
Profesora Contratada Doctora.
Universidad de Extremadura

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2011 (RCUD 2656/2010) [ECLI: ES: TS:2011:2472].

II. INTRODUCCIÓN

La sentencia de 10 de marzo de 2011, siendo Ponente D. Aurelio Desdentado Bonete, con una redacción clara y acertada, establece doctrina sobre los posibles efectos del incumplimiento del pago en los aplazamientos otorgados para cubrir la deuda de cotización que da derecho a una pensión de jubilación en el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

El 2 de agosto de 2006 se dictó resolución por el INSS, en el sentido de probar prestación de jubilación al actor, en cuantía del 77 % de la base reguladora por importe de 370,12 euros/mes, y efectos del 1 de agosto de 2006.

La prestación se causó en el RETA, y dimanó de la resolución dictada por la TGSS el 14 de julio de 2006, en la que se establecía que «de acuerdo con los datos existentes en el Instituto Nacional de la Seguridad Social, usted tiene reconocido un aplazamiento en el pago de las cuotas que adeuda a la Tesorería General de la Seguridad Social, lo que permite considerarle al corriente en el pago de las cuotas a efectos de reconocimiento de la pensión. No obstante, se le advierte que cualquier incumplimiento por su parte de los plazos o condiciones del aplazamiento significaría dejar de considerarle al corriente en el pago de las cuotas y por lo tanto la suspensión inmediata de la pensión reconocida».

Mediante escrito con registro de salida de fecha 3 de enero de 2008 la TGSS comunicó al INSS, que había procedido a la anulación del aplazamiento con fecha de 30 de enero de 2008, que tenía concedido el actor, por incumplimiento de pago de los plazos acordados en el mismo, lo que determinó la suspensión del abono de la pensión que se venía abonando.

Acreditado por el INSS que el demandante, como expresaba en su escrito de fecha 22 de septiembre de 2008, había saldado su deuda con la TGSS por el aplazamiento en el pago de cuotas que tenía concedido, se procedió a rehabilitarle en el abono de la pensión de la que es beneficiario con efectos de 1 de octubre de 2008.

El actor, no conforme al entender que los efectos deben ser desde el 1 de febrero de 2008, presentó reclamación previa, que fue expresamente desestimada mediante resolución de la entidad gestora de fecha 5 de marzo de 2009.

Ante esta situación interpuso demanda que el Juzgado de lo social que fue estimada por lo que el letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre del INSS y de la TGSS recurrió en suplicación ante la sala de lo social del TSJ de Castilla y León, que no le dio la razón por lo que formalizó el recurso de casación para la unificación de doctrina que se analiza en el presente comentario.

2. Doctrina sentada

Para el Alto Tribunal la relación entre el efecto del aplazamiento, a través de la condición de hallarse al corriente, y la acción protectora se vincula al momento del hecho causante de las prestaciones, por ello, la exigencia de hallarse al corriente se cumple si éstas se han causado durante la vigencia de aquel, de forma que ese efecto no alcanzará a las prestaciones causadas antes del aplazamiento, ni a las que se causen después de que se haya incumplido, pero sí a las que se hayan causado durante su vigencia.

Y es que, el incumplimiento de los términos del aplazamiento determina que a partir de ese incumplimiento ya no se esté al corriente, pero no implica que, en un efecto retroactivo que la norma no autoriza, se deje de estar al corriente cuando se causó la prestación y cuando regía el aplazamiento con la consiguiente pérdida de la prestación reconocida, que podría afectar incluso a beneficiarios ajenos al incumplimiento en caso de responsabilidad empresarial en los regímenes de trabajadores por cuenta ajena.

El incumplimiento lo que provoca, según el artículo 36 del Reglamento General de Recaudación, es la reanudación del procedimiento de apremio y la ejecución de las garantías, pero no la suspensión o extinción de las prestaciones reconocidas cuando se estaba al corriente de las cuotas. Este sería además un efecto desproporcionado, similar a una especie de sanción encubierta.

3. Evolución posterior

La sentencia del TS de 10 de marzo de 2011 tiene incuestionable relevancia ya que determina cuales serían los efectos del ulterior incumplimiento de los términos del aplazamiento en el pago de las cuotas tenidas en cuenta para reconocer una pensión de jubilación en el Régimen espacial de Trabajadores Autónomos.

Y lo que determina el Alto Tribunal es que el incumplimiento del pago de los aplazamientos otorgados para cubrir la deuda de cotización no suspende ni extingue el derecho a las prestaciones que se hayan reconocido teniendo por cubierto, como consecuencia del aplazamiento, el requisito de estar al corriente en el pago.

Con posterioridad a esta resolución se han dictado sentencias que han seguido esta doctrina como la del TS de 4 de octubre de 2012 o la del TSJ de Islas Canarias de 29 de enero de 2015. Pero también sentencias contrarias como la del TSJ de País Vasco de 18 de octubre de 2012 o del TSJ de Andalucía de 31 de octubre de 2012. Además de otras sentencias relacionadas como la del TSJ de C. Valenciana de 25 de noviembre de 2015 o la del TSJ de Castilla y León de 16 de octubre de 2013.

IV. APUNTE FINAL

En la sentencia de 10 de marzo de 2011, con voto particular, el TS desestima el recurso de casación para la unificación de la doctrina que se interpuso

frente a la resolución del TSJ de Castilla y León sobre pensión de jubilación. La sentencia recurrida confirmaba la de instancia estimatoria de la demanda, en la que el trabajador solicitó pensión de jubilación en el Régimen especial de Trabajadores Autónomos que le fue reconocida por estar al corriente del pago de las cuotas ya que entonces tenía concedido un aplazamiento por falta de ingreso de cuotas. Advirtiéndosele, que «cualquier incumplimiento por su parte de los plazos o condiciones del aplazamiento significaría dejar de considerarle al corriente en el pago de las cuotas y por lo tanto la suspensión inmediata de la pensión reconocida».

El trabajador no abonó en plazo los pagos, por lo que se le anuló el aplazamiento, suspendiéndose el pago de la pensión reconocida, aunque le fue rehabilitada cuando saldó la deuda.

LA APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA FALTA DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO EN FASE DE RECURSO

EMILIO PALOMO BALDA
Magistrado de lo Social

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2005 (RCUD 855/2004) [ECLI: ES: TS:2005:2414].

II. CUESTIÓN LITIGIOSA

Tradicionalmente, la jurisprudencia social venía admitiendo de forma pacífica la posibilidad de examinar de oficio en el marco de un recurso de casación, fuera ordinario o para la unificación doctrinal, la correcta constitución de la relación procesal, esto es, aún cuando en ese trámite la parte demandada no hubiera alegado la falta de litisconsorcio pasivo necesario.

III. COMENTARIO

1. **Doctrina jurisprudencial tradicional**

Este criterio encontraba fundamento en la consideración de que la adecuada configuración subjetiva de la controversia constituye un presupuesto de

carácter procesal que atañe al orden público y afecta al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de quienes ostentando un interés legítimo sobre la cuestión objeto de debate quedaron fuera del litigio contraviniendo lo dispuesto en el artículo 12.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La estimación de oficio de la falta de litisconsorcio pasivo necesario conllevaba la declaración de nulidad de las actuaciones y la consiguiente retroacción al momento inmediatamente anterior a la presentación de la demanda con la finalidad de que el órgano de primer grado advirtiera al actor del defecto cometido y la dirigiera también frente a los restantes sujetos afectados por la pretensión, con los apercibimientos de rigor. Como muestra de la línea seguida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, cabe citar como sentencia más próxima en el tiempo a la reforma que llevó a cabo la LO 19/2003, la dictada el 11 de abril de 2002 (Rec. 1233/01).

Similar postura mantenía la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, una de cuyas resoluciones fue impugnada en amparo por el demandante del proceso, alegando que la apreciación de oficio de la falta de litisconsorcio pasivo necesario incurría en el vicio de incongruencia generándole indefensión. El Tribunal Constitucional en la sentencia 77/1986, de 12 de junio, desestimó el recurso argumentando que «no ha existido incongruencia en la resolución impugnada, porque la respuesta jurídica del Tribunal no supone una completa modificación de los términos en que se produjo el debate. En este, se ha mantenido la relación con el objeto del proceso de otro posible sujeto de la relación jurídica procesal, a través de la solicitud del demandado de que no se declarara su responsabilidad económica respecto a la cantidad reclamada. Si conforme a la pretensión de la demandada no se hubiere declarado su responsabilidad económica se habría declarado *sensu contrario* la del Presidente, es decir, la resolución afectaría a una persona que no había sido llamada al proceso».

2. El nuevo régimen de la declaración de nulidad de actuaciones

La nueva redacción dada al artículo 240 de la LOPJ por el artículo único, punto 57, de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, obligó al Tribunal Supremo a verificar la posible incidencia en la doctrina expuesta de la previsión introducida en el párrafo segundo del apartado 2 del citado precepto, a tenor de la cual «En ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de com-

petencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal».

La finalidad a la que responde ese mandato legal es la de evitar que el órgano jurisdiccional que conoce de un recurso adopte decisiones dilatorias que retrasen la resolución del asunto infringiendo el artículo 24 de la Constitución, si bien la jurisprudencia penal aplica ciertas dosis de flexibilidad al señalar que el precepto no puede ser interpretado en un sentido estrictamente formal o ritual, de manera que «será factible la declaración de nulidad cuando esa sea la consecuencia inevitablemente anudada a la pretensión impugnativa elevada, por más que el recurrente no acierte a expresar con claridad los términos de la nulidad que sustancialmente sí solicita, aunque sea de manera implícita» (sentencias 457/2013, de 30 de abril y 612/2020, de 16 de noviembre de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo).

Ese de notar que la disposición transcrita contó con el expreso referendo del Tribunal Constitucional en sus autos 8/2006, de 17 de enero, 33/2006, de 1 de febrero, y 282/2006, de 18 de julio. En ellos, razonó, en síntesis, que aun cuando la norma restringe la posibilidades de actuación de oficio de los órganos judiciales en fase de recurso, frente a lo establecido en la regulación anterior, e impone a las partes la carga procesal de invocar las causas de nulidad eventualmente concurrentes, esa limitación de la potestad jurisdiccional no resulta constitucionalmente ilegítima y la carga impuesta a las partes de alegar en vía de recurso la nulidad de las actuaciones para que ésta pueda ser declarada no puede considerarse arbitraria ni desproporcionada y no constituye un obstáculo o traba arbitrario que implique un riesgo de ineffectividad de la tutela judicial suficientemente relevante para convertir en constitucionalmente inaceptable la opción del legislador. Puntualiza además que el mecanismo del incidente de nulidad de actuaciones previsto en el artículo 241 LOPJ ofrece cobertura suficiente para los casos de indefensión derivada de defectos de forma que afecten a terceros.

A la vista de la rotundidad del párrafo anteriormente reproducido, cuya redacción coincide con la del párrafo segundo del artículo 227.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que permaneció en suspenso por aplicación de su disposición final 17.^a hasta la reforma operada por la LO 19/2003, puede defenderse con fundamento que fuera de los supuestos de nulidad de pleno derecho que contemplan, de falta de jurisdicción o falta de competencia objetiva o funcional o de vicio grave de la voluntad de los magistrados que lo integran causado por violencia o intimidación, el órgano que conoce de un recurso tiene vedada en todo caso y sin excepción alguna la posibilidad de decretar unilateralmente la nulidad de las actuaciones cuando no haya sido solicitada expresamente por

las partes mediante la articulación de un específico motivo tendente a su declaración, o de forma implícita pero inequívoca en el caso de aceptarse la tesis defendida por la Sala de lo Penal.

3. Significado y alcance de la regla contenida en el artículo 240.2.2.º LOPJ: su inaplicación en materia de litisconsorcio pasivo necesario

Es al marco regulatorio descrito en el epígrafe precedente, que sigue rigiendo en la actualidad, al que se enfrentó la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, constituida en Sala General, en la sentencia de 19 de abril de 2005 (Rec. 855/2004), aprobada por unanimidad por los 16 magistrados que en ese momento la integraban, lo que representa un claro ejemplo de que la búsqueda de consensos muy amplios, fruto del contraste enriquecedor de pareceres, fue una de las señas de identidad de la actividad jurisdiccional desarrollada por el magistrado que intervino como ponente en ese asunto, D. Aurelio Desdentado Bonete, en el órgano de casación social durante un período excepcionalmente dilatado y fecundo de 28 años. En tal sentido, resulta de interés señalar que de las 2.911 sentencias en las que intervino como ponente, que se extienden desde el 17 de abril de 1986, un mes después de su nombramiento, hasta el 24 de febrero de 2014, un mes antes de su jubilación, solo 63 cuentan con voto particular.

La sentencia mencionada, dictada en un recurso de casación para la unificación de doctrina, fija la posición de la Sala en una cuestión de gran trascendencia práctica, al establecer que la apreciación de la falta de litisconsorcio pasivo necesario constituye un supuesto al que no le resulta de aplicación la prohibición contenida en los artículos 240.2.2.º LOPJ y 227.2.2.º LEC, pese a no hallarse expresamente excluido en dichos preceptos. Se arguye al efecto que el condicionamiento de la petición de parte para la declaración de nulidad de actuaciones «ha de referirse a aquellas causas de nulidad que afectan a las partes que han actuado en el proceso y que están presentes en él, pero que esas limitaciones no pueden proyectarse sobre los terceros que debieron ser partes, pero que, por defectos en la constitución de la relación procesal, no han entrado en el proceso y no pueden recabar la tutela que podría corresponderles».

En ese caso, afirma el Tribunal, el órgano judicial debe velar de oficio por el derecho a la tutela judicial efectiva de quien en principio podría resultar afectado por el fallo, lo que determina que una vez oídas las partes, haya de decretarse la nulidad de actuaciones desde el momento inmediatamente anterior a la admisión a trámite de la demanda para que por el juzgador de instancia

se conceda al actor un plazo de cuatro días para que subsane el defecto de falta de llamamiento al litigio de los interesados que de ese modo podrán ejercitar su derecho a defender sus derechos e intereses en el ejercicio del principio de contradicción.

Aun cuando quien tomó la decisión fue un órgano colegiado, en el razonamiento desarrollado y el modo en que se construye es fácil descubrir la impronta personal del ponente, que nos dejó un amplio acervo de sentencias que constituyen un valioso legado y al mismo tiempo un notable desafío para todos los operadores jurídicos sin excepción. Legado, porque ilustran sobre la necesidad de buscar respuestas originales, fundadas y eficaces a problemas que aparentemente tienen difícil solución, así como de formular directrices claras de índole general más allá del caso concreto. Y reto, porque todos y cada uno de los valores que guiaron el pensamiento y la práctica de Aurelio Desdentado en los distintos campos en los que proyectó su actividad profesional a los que se hace mención en otras colaboraciones son aún más necesarios en una situación tan compleja y cambiante como la que actualmente atraviesan las relaciones laborales.

IV. APUNTE FINAL

Finalmente, procede reflexionar acerca de la trascendencia, concordancia y continuidad de la doctrina.

En lo que se refiere al primer aspecto, hay que tener en cuenta que la doctrina que establece la sentencia comentada no limita su radio al recurso de casación en sus diferentes modalidades, sino que se extiende al recurso de suplicación. Al respecto, la consulta de las bases jurisprudenciales pone de manifiesto que su aplicación por las Salas de lo Social del TSJ no es muy frecuente, pues el defecto litisconsorcial, cuando se produce, se suele subsanar en el proceso de instancia, pero tampoco inusual.

En cuanto al segundo punto, cabe señalar que el criterio adoptado por la Sala 4.^a en la sentencia anotada coincide con el fijado por las Salas 1.^a y 3.^a del Tribunal Supremo. Así, la Sala de lo Civil, en la sentencia de 13 de marzo de 2019 (Rec. 3188/2015), afirmó que la prohibición que parece desprenderse de lo que disponen los artículos 240.2 LOPJ y 227.2 LEC es más aparente que real por lo que se refiere a la falta de litisconsorcio pasivo necesario desde la perspectiva que ofrecen los artículos 241.2 LOPJ y 228.2 LEC, conforme a los cuales el incidente excepcional de nulidad de actuaciones puede ser promovido no solo por quienes sean parte legítima, sino también por quienes hubieran

debido serlo, para que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 CE. «De ahí que, advertida por el tribunal antes de dictar sentencia la patente indefensión de quien hubiera debido ser parte legítima y no lo ha sido, carezca de sentido no declarar de oficio la nulidad de actuaciones, pues se crearía entonces una situación incierta en la que, después de dictarse una sentencia no recurrible, cabría la interposición del incidente excepcional de nulidad por quien no pudo intervenir en un asunto que le afectaba directa y necesariamente». Por su parte, la Sala de lo Contencioso Administrativo en las sentencias de 17 de marzo de 2004 (Rec. 5195/2001) y 13 de octubre de 2015 (Rec. 4098/2013) sostuvo que la anulación de las actuaciones de oficio no es contraria a lo que dispone el artículo 240.2.2.º LOPJ, «pues este precepto, leído en su conjunto, no se refiere a los casos, como el presente, en que es un tercero, ausente del pleito, el que, según el Tribunal, puede ver perjudicado su derecho a la tutela judicial efectiva».

El tercer y último dato a destacar es que el criterio sentado en la doctrina anotada encuentra continuidad en las sentencias de la Sala Cuarta de 19 de junio de 2007 (Rec. 543/2006), 17 de enero de 2011 (3834/2009) y 2 de junio de 2014 (Rec. 546/2013).

SOBRE LA EXCEDENCIA POR INCOMPATIBILIDAD ENTRE DOS EMPLEOS PÚBLICOS

SALVADOR PERÁN QUESADA

Profesor Contratado Doctor de la Universidad de Málaga

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1989 [ECLI: ES: TS:1989:11462].

II. INTRODUCCIÓN

Escribir estas líneas en homenaje a D. Aurelio Desdentado Bonete representa el mejor modo de presentar mi respeto, admiración y cariño a un jurista generoso, que ha sido referente y soporte intelectual y humano del iuslaboralismo en nuestro país.

La sentencia aquí comentada pertenece a su primera época como magistrado en el Tribunal Supremo. En ella se plantea si una situación de excedencia motivada en el régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, constituye, por una parte, un despido por causas objetivas y por otra, violenta el ordenamiento jurídico al punto de vulnerar el principio de irretroactividad de las normas restrictivas de los derechos individuales, pero además, el principio de igualdad ante la Ley, el derecho constitucional al

trabajo, la garantía expropiatoria, la regla que sobre la competencia estatal que contiene el artículo 149.1.18 de la Constitución, e incluso el principio de libertad ideológica, religiosa y de culto establecido en el artículo 16.1 CE.

III. COMENTARIO

El litigio se plantea por dos funcionarios del Ministerio de defensa que a su vez venían desempeñando una actividad secundaria en la sociedad estatal «Televisión Española, S.A.», y que, consecuentemente, se ven abocados a la excedencia voluntaria por incompatibilidad de ambos cargos públicos a la luz de la Ley 53/1984, respecto de la actividad secundaria, conservando, en todo caso, su derecho al ingreso en el servicio activo de RTVE en tanto persista la causa de incompatibilidad, debiendo solicitar dicho reintegro cuando ésta desaparezca.

La demanda tiene ciertos rasgos temerarios en un petitorio amplio y diverso, entre los que se invoca desde la afectación de la libertad ideológica, religiosa y de culto al principio de irretroactividad de las normas restrictivas de los derechos individuales, pasando por el principio de igualdad ante la Ley, el derecho constitucional al trabajo o la garantía expropiatoria. Pero además suscita un segundo elemento de debate al considerar que esta situación de excedencia constituye un despido objetivo por ineptitud sobrevenida con posterioridad a su ingreso en la empresa como consecuencia de una incompatibilidad declarada por una norma no laboral.

La Ley 53/1984 establece como principio fundamental de la acción pública la dedicación del personal al servicio de las Administraciones Públicas a un solo puesto de trabajo. La concusión de la sentencia es que los preceptos de la Ley 53/1984 que resultan de aplicación para la decisión no son contrarios al principio de irretroactividad de las normas restrictivas de los derechos individuales, no vulneran el principio de igualdad ante la Ley, ni lesionan el derecho constitucional al trabajo, ni la garantía expropiatoria y tampoco desconocen la regla que sobre la competencia estatal contiene el artículo 149.1.18 de la Constitución. De este modo, se deduce que la decisión empresarial no se funda en una ineptitud entendida en sentido técnico como incapacidad personal o inhabilidad profesional para el trabajo (el despido objetivo invocado por los recurrentes), sino que se adopta como consecuencia de una opción entre dos empleos públicos que ha de ejercitarse en cumplimiento de una obligación legal y que, en caso de no realizarse por el interesado, la propia Ley entiende ejercitada en el sentido más favorable para éste. No

hubo por tanto despido, pues los actores quedaban en situación de excedencia, por lo que el supuesto examinado no es subsumible en el artículo 52 ET, teniendo su regulación dicha excedencia en las normas de la Ley 53/1984.

IV. APUNTE FINAL

Resulta evidente el diferente régimen jurídico entre una excedencia motivada en la opción de estos empleados públicos entre dos actividades públicas incompatibles y la extinción del contrato por ineptitud sobrevenida. El principal contraste se deriva de las diferentes consecuencias jurídicas de esta excedencia y el despido por causas objetivas, en primer lugar, el contrato de trabajo no se extingue en el supuesto de la excedencia, sino que se suspende, reteniendo derechos a retorno a dicho puesto, en segundo lugar, no existe derecho a una indemnización derivada de la extinción ya que, como hemos dicho no se produce. Es posible que la opción de la extinción fuese más beneficiosa en estos supuestos ya que mediaría la correspondiente indemnización, lo que seguramente sería preferible a una expectativa de retorno que requeriría renunciar a la actividad principal y que por tanto no tenía visos de ser realizable. Pero en todo caso, el los supuestos de incompatibilidad entre dos cargos públicos, la Ley reconoce el derecho a optar por uno de ellos, pero no a extinguir con derecho a la indemnización reconocida para el despido por causas objetivas.

Por su parte, el Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado (en su redacción dada por el Real Decreto 255/2006, de 3 de marzo, por el que se modifican el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, y el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo), va a regular esta excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público y las regímenes de compatibilidades de actividades públicas. Debe tenerse en cuenta que, una vez producido el cese como funcionario de carrera o personal laboral fijo deberán solicitar el reingreso al servicio activo en el plazo máximo de un mes, declarándoseles, de no hacerlo, en la situación de excedencia voluntaria por interés particular.

Cuestión diferente es si esta regulación legal vulnera los derechos fundamentales anteriormente referidos. El primero a ser analizado en la invocación

a la afectación de la libertad ideológica, religiosa y de culto, que va a ser rechazada por falta de razonabilidad y tener carácter ininteligible, ya que no guarda relación alguna con estas circunstancias. Respecto de los demás derechos invocados, debe tenerse en cuenta la sentencia del Tribunal Constitucional 178/1989, de 2 de noviembre, que vino a resolver la constitucionalidad de esta norma, en especial, en lo referido al establecimiento de límites que no privan al beneficiario de derechos individuales en cuanto éstos no resultan sino de una regulación o sistema legal y que, a lo sumo, puede hablarse en ese caso de privación de una ventaja para quien opte por el trabajo activo, pero no de privación de un derecho constitucionalmente reconocido, por lo que no se vulnera el principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales. Del mismo modo, se somete a la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo en las sentencias de 8 de mayo de 1987 y 7 de junio de 1989, para desestimar el resto de pretensiones.

INCAPACIDAD PERMANENTE DE TRABAJADOR EXTRANJERO QUE SUPLANTA IDENTIDAD

MARÍA CRISTINA POLO SÁNCHEZ
Profesora Titular de la Universidad de Salamanca

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2010 (RCUD 106/2009) [ECLI: ES: TS:2010:948].

II. INTRODUCCIÓN

El interés de esta sentencia radica en la apreciación novedosa de un factor que viene a añadirse a la doctrina del TS en materia de contratación de trabajadores extranjeros. La obligación empresarial de solicitar las correspondientes autorizaciones de residencia y trabajo, aquí cumplida, se enfrenta a una ocultación de identidad del trabajador, que se hace pasar por otra persona, lo que desencadena una serie de consecuencias de las que parte de los magistrados que conformaban el Pleno de la Sala discrepó en su interpretación final.

El magistrado ponente, D. Aurelio Desdentado Bonete, manifestó no compartir la decisión mayoritaria y anunció su voluntad de formular voto particular, que examinamos en estas líneas.

III. COMENTARIO

1. Contenido y fallo de la sentencia

Como punto de partida, en una breve descripción de los hechos, contamos con un trabajador, nacional de Guinea Conakry, sujeto a un procedimiento de expulsión con prohibición de entrada en España durante tres años. Un año después, fue contratado para realizar tareas agrícolas, presentando documentación a nombre de otro trabajador extranjero, desconociendo la empresa este extremo y procediendo a realizar todos los actos de encuadramiento en la Seguridad Social necesarios para el ejercicio regular de su actividad. Después de un breve período de tiempo como trabajador en la empresa, sufre un accidente de trabajo *in itinere* y se descubre su verdadera identidad. Tras solicitar pensión de incapacidad permanente, el INSS la deniega por no estar incluido en el campo de aplicación del sistema y encontrarse en España en situación ilegal.

El EVI emitió dictamen, apreciando una incapacidad permanente total, lo que fue tenido en cuenta por la sentencia de instancia para reconocer su derecho a la prestación, pronunciamiento revocado por el TSJ de Andalucía (Granada) y que es ahora objeto de recurso de casación en unificación de doctrina.

El TS sitúa el fondo del asunto no en la posible nulidad del contrato, algo que, en realidad, el trabajador recurrente no niega, sino en la alegada existencia de una relación jurídica de protección, totalmente independiente de esa nulidad. La Sala se posiciona, en primer lugar, en la valoración de esa ocultación, en un error provocado de manera intencionada, que recae sobre un elemento sustancial, como es la identidad del trabajador, que impediría la validez del contrato al faltar uno de sus requisitos esenciales e invalidaría el consentimiento prestado. No estaríamos, por tanto, ante un contrato celebrado en contra de lo dispuesto en la LOEx (LO 4/2000 11 de enero), sino ante un contrato inexistente o nulo, que incidiría en la estructura básica del modelo de contratación español. De ahí se derivaría la inaplicación de todo el régimen de protección social, en concreto, frente a un accidente de trabajo, como es el caso, al no tener aquel la consideración de sistema socializado de cobertura de prestaciones. Considera, pues, el TS que la existencia de un vínculo contractual previo es requisito *sine qua non* para el reconocimiento de la prestación. Y aquí esa circunstancia no se da, pues no es lo mismo carecer de autorización para residir y trabajar en España (de cuya solicitud ha de ocuparse la empresa), que no determina sin más la nulidad del contrato, con la regulación actual, que carecer de esa autorización no por incumplimiento del empleador, sino por una actuación dolosa del trabajador, lo que culminaría, esta vez sí, en una nulidad del contrato.

Como quiera que el TS niega la validez del contrato, el único efecto sería el reconocimiento de la retribución devengada, evitando así el enriquecimiento injusto del empresario (art. 9.2 ET), sin que la Seguridad Social extienda su acción protectora a quienes se sitúan en una posición de ilegalidad, como sucede con el recurrente.

2. Voto particular: criterios discordantes con el fallo de la Sala

El magistrado Desdentado Bonete desea mostrar el posicionamiento que mantuvo durante la fase de deliberaciones. En línea de principio, comparte el fallo de la Sentencia, procediendo a matizar algunas cuestiones que impedirían una plena coincidencia con la postura defendida por el bloque mayoritario de la Sala.

Así, en una primera apreciación en relación con la aplicación del Convenio 19 de la OIT, lo considera irrelevante atendiendo a su ratificación o no por el país implicado. El país de origen del trabajador no había ratificado este Convenio; en cambio, en la Sentencia presentada como de contraste, con un relato de hechos similar, el país del que el trabajador era nacional sí había procedido a la ratificación y, en consecuencia, aquel había obtenido protección por parte del sistema de Seguridad Social español. El magistrado considera que esa ratificación no es un elemento definitivo, y lo que realmente interesa es la inaplicación de ese Convenio si el extranjero no dispone de residencia legal. El Convenio no pretende extender la igualdad de trato para los extranjeros sin autorización de residencia y/o de trabajo, no puede defenderse esa equiparación, porque están en situación de ilegalidad. Solo tendría sentido la igualdad de trato de un extranjero legal con respecto a un nacional: de no entenderlo así, toda la regulación española sobre extranjería sería contraria al Convenio, pues para obtener protección del sistema habría que causar alta e ingresar las correspondientes cotizaciones, y ello no es posible. Solo se podría conseguir esa cobertura si el extranjero se encuentra en situación irregular por causa imputable al empresario, incumplidor de la solicitud de autorización, que lo convertiría en sujeto responsable de las prestaciones, supuesto que, es claro, no concurre aquí.

Este mismo resultado se contempla en la LGSS (art. 7.1), por lo que la conclusión es idéntica, en opinión del magistrado: todo extranjero que no se encuentre legalmente en España, no estará incluido en la Seguridad Social española, si bien con una precisión en cuanto a la interpretación que cabe otorgar al artículo 36.3 LOEx, apoyándose en la Sentencia de la Sala de 18 de

marzo de 2008, que sostiene una valoración conjunta de este precepto con el artículo 14, que distingue entre legalidad e ilegalidad de los extranjeros en nuestro país, de donde se derivará un mayor o menor reconocimiento de derechos asociados al sistema. En la citada decisión judicial, se fija una línea divisoria que beneficia, en buena lógica, a los extranjeros que acrediten su situación legal, tanto personal como laboral. Se configura así una escala gradual en la que aquellos que dispongan de autorización para trabajar podrán formalizar su plena inclusión en la Seguridad Social a través de los necesarios actos de encuadramiento; un segundo grupo de extranjeros sin autorización de trabajo que, por el contrario, no podrán formalizar dichos actos y que, únicamente, dispondrán de la protección que derive de la previa responsabilidad empresarial por incumplimiento de tal carga, si bien con aplicación del principio de automaticidad para el reconocimiento de ciertas prestaciones y, por último, aquellos extranjeros sin autorización de residencia (y, lógicamente, de trabajo) que, en principio, accederían solo a servicios y prestaciones básicos, a los que, y según el artículo 36.3.2 LOEx, habría que añadir los que se derivan de las responsabilidades del empleador en materia de Seguridad Social, responsabilidades por dar empleo a un extranjero irregular y que tendría un carácter indemnizatorio por daños y perjuicios, por ser imputable tal conducta al empleador, si se pretende cumplir con el objetivo del artículo 36.3 y no, por el contrario, desincentivar la contratación de extranjeros en situación irregular con un razonamiento que mantuviera en exclusiva la obligación de cotizar al sistema.

En cuanto a la eventual aplicación del principio de reciprocidad, el magistrado se aparta de lo dispuesto en decisiones anteriores de la Sala, en las que se reconoció la protección por accidente de trabajo a pesar de la falta de ratificación del Convenio. Dicho principio se sustentaba en la Orden de 28 de diciembre de 1966 y en un Convenio bilateral entre España y el país de pertenencia del trabajador (Ecuador), pero no los consideraba aplicables porque una norma reglamentaria, como era la primera, no puede ir en contra de otra de rango superior, como es el artículo 7.1 LGSS, que solo incluye a los extranjeros con residencia legal en España. En realidad, la reciprocidad viene a ser una forma de extensión de la ley nacional a falta de una norma internacional aplicable al asunto, por lo que, si la propia norma internacional existe, se aplica en sus términos y no cabe referencia alguna a la reciprocidad.

En otro orden de cosas, el contrato del extranjero sin autorización no es ya nulo, a diferencia de la inicial normativa sobre extranjería. Pero, en este punto, el magistrado recuerda el contenido del artículo 6.3 CC, que prevé la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas imperativas y a

las disposiciones prohibitivas, salvo que se establezca un efecto distinto que, en su opinión, el artículo 36.2 LOEx no contiene, limitándose a afirmar que la falta de autorizaciones no invalida el contrato, lo que permitiría, por la vía de la responsabilidad empresarial, obtener las prestaciones que pudieran corresponderles.

De forma categórica defiende entonces que el contrato del trabajador irregular es nulo y que no debe, en adelante, seguir ejecutándose; pero, hasta ese instante, prestado el trabajo y habiendo recibido el empresario los frutos del mismo, el extranjero no ha de verse privado de los derechos que le corresponden, aunque su trabajo no haya sido regular. Como la restitución de las cosas objeto del contrato ya no es posible (art. 1.303 CC), solo quedaría la retribución por la tarea prestada (art. 9.2 ET) para evitar el enriquecimiento injusto del empresario y, en determinadas condiciones, el reconocimiento de prestaciones de la Seguridad Social. Es algo que el magistrado denomina «recuperación de validez parcial del contrato», sin efectos proyectados al futuro, porque sería imposible continuar trabajando a falta de las autorizaciones para ello. Aunque algún precedente judicial, no seguido luego por la legislación sobre extranjería, admitió la cotización de un extranjero irregular, como una adición a lo dispuesto en el artículo 9.2 ET, lo cierto es que se ha optado preferentemente por incrementar en estos casos la sanción al empresario, en un importe equivalente al de las cuotas no ingresadas.

En cuanto a la actuación dolosa del trabajador en ocultar su identidad, al objeto de encubrir su situación irregular, considera que adquiere un papel secundario respecto a lo prevalente, como es la carencia de autorizaciones. De este modo, el error en la persona no ha trascendido hacia las cualidades laborales, sino en su imposibilidad legal para trabajar, es decir, que la nulidad del contrato no deviene del hecho de haber contratado a un candidato por otro, adquiriendo relevancia, más bien, la imposibilidad de ser legalmente contratado. Así pues, para el magistrado el contrato es nulo porque resulta afectada de nulidad la contratación de un extranjero sin autorizaciones, en tanto que el error de consentimiento surgido a raíz de una ocultación dolosa de la auténtica identidad, provocaría el solo efecto de eliminar la responsabilidad empresarial.

Como conclusión, se pronuncia en contra de la aplicación del artículo 42.2 RD 84/96, en la redacción del RD 1041/05, por oponerse a normas de rango legal como son la LGSS y la LOEx. Habría, en su opinión, que rectificar la doctrina anterior sentada por la Sala, por cuanto la equiparación con los trabajadores nacionales se desencadenaría en exclusiva ante extranjeros con ambas autorizaciones de residencia y trabajo; si dispusieran solo de la primera, podrían recibir prestaciones de la Seguridad Social en régimen de responsabili-

dad empresarial, siendo anticipadas por las Entidades Gestoras y, finalmente, a falta de cualquier tipo de autorización, el acceso a las prestaciones sería únicamente por vía indemnizatoria derivada de la responsabilidad del empresario. Con estos nuevos planteamientos, que habrían de ser tenidos en cuenta en lo sucesivo por la Sala, el caso enjuiciado recibiría la misma solución por la que optó el tribunal: la nulidad del contrato y, consiguientemente, la nulidad del alta del trabajador a causa de la simulación. Al no estar en alta, es obvio, no podría causar derecho a las prestaciones, ni siquiera, como en este supuesto, frente a un accidente de trabajo, sin que la empresa fuera responsable de las mismas, al no haber vulnerado la normativa sobre empleo de extranjeros. Solo en el hipotético caso de que la empresa no respetara las normas sobre prevención de riesgos, no aplicable aquí, al tratarse de un accidente de trabajo *in itinere*, surgiría una responsabilidad extracontractual de carácter indemnizatorio, para reparar los daños sufridos.

IV. APUNTE FINAL

El punto de llegada del voto particular es idéntico al de la Sentencia: la denegación de la prestación solicitada con base en una nulidad del contrato. La valoración de los factores que determinan esa nulidad es, sin embargo, divergente: la suplantación de identidad y el consiguiente error en la prestación del consentimiento, a criterio de la Sala o, en opinión del magistrado, la interpretación que ha de conferirse a la falta de autorizaciones para residir y trabajar en España, que no permiten una interpretación extensiva de normas más favorables a lo que la legislación laboral y de extranjería contemplan.

En el voto discordante se postula una nueva interpretación, que el Tribunal debería seguir en adelante, aplicando el principio de igualdad de trato solo cuando sea procedente. Sin embargo, hay algunas cuestiones que la Sentencia no plantea y que quedan en el aire: la solicitud de incapacidad permanente habrá sido precedida de un anterior período de incapacidad temporal, por breve que éste haya sido, por lo que una previa asistencia sanitaria enfocada a su recuperación y por un lapso temporal de incapacidad para el trabajo sí que habrá atravesado, y es algo que no ha sido objeto de mención siquiera en los antecedentes de la sentencia.

LOS PEQUEÑOS DETALLES SÍ IMPORTAN: JORNADA MÁXIMA DEL PLURIEMPLEADO CUYOS SERVICIOS CONVERGEN EN LA MISMA EMPRESA

PATRICIA PRIETO PADÍN

Contratada posdoctoral de la Universidad de Deusto

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2013 (RCUD 3098/2012) [ECLI: ECLI: ES: TS:2013:6522], y Voto Particular formulado por el Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, al que se adhiere el Excmo. Sr. D. Miguel Ángel Luelmo Millan.

II. CUESTIÓN LITIGIOSA

El Tribunal Supremo resuelve un caso que, *prima facie*, demanda una labor de interpretación sobre la aplicación de la jornada máxima de trabajo en un supuesto de hecho peculiar y en la práctica poco frecuente; con todo, razones de índole estrictamente procesal le impedirán resolver sobre el fondo del asunto.

La situación afecta a una trabajadora que, en régimen de pluriempleo, estaba prestando sus servicios como limpiadora para dos empresas distintas y con dos contratos de trabajo diferentes: el primero, en horario de mañana y a tiempo completo, por el máximo de jornada semanal permitida por el convenio colecti-

vo de aplicación (39 horas); el segundo, prestado en horario de tarde y en régimen de trabajo parcial (19 horas semanales). Tras un proceso de subrogación empresarial que afecta a sus dos empleadoras siendo la entidad en la cual presta sus servicios a tiempo parcial resulta ser la nueva adjudicataria de los servicios de limpieza de la contratista, donde la afectada desarrollaba la jornada máxima.

Aceptada por la contratista entrante la subrogación de contratos, reconoce a la trabajadora la mayor antigüedad, pero acuerda reducir el total de horas de sus anteriores relaciones laborales (58 horas) a la jornada máxima aplicable en el sector (39 horas), invitando a la afectada a decantarse por una de las siguientes opciones: la primera y para el caso de no optar por ninguna, mantener la prestación de servicios de 39 horas en el centro de trabajo donde lo venía desarrollando e, igualmente, en horario íntegro de mañana; la segunda, dividir el desarrollo de la actividad total en los dos centros conocidos por la afectada, con una proporción equitativa de 20 horas por la mañana en uno de ellos y 19 por la tarde en el otro.

Bajo su oferta late idea de no resultar factible la acumulación o totalización del tiempo de prestación de servicios, a tiempo completo y a tiempo parcial, de la actividad que previamente desarrollaba la interesada en régimen de pluriempleo y ahora coincide en una única entidad. Superado los límites de jornada de trabajo máxima, por tanto, pudiendo incurrir en responsabilidades. La trabajadora al sentirse perjudicada por la disminución de horas de trabajo, recurre la decisión de la empresa.

III. COMENTARIO

1. El *iter* de caso

Planteada demanda por despido ante el Juzgado de lo Social de Madrid, su sentencia desestima la pretensión de la trabajadora por considerar que no ha habido extinción alguna del contrato. Recurrido el pronunciamiento en suplicación, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid considera que existe un despido improcedente y condena a la empresa según procede en estos supuestos.

Formulado recurso de casación para la unificación de doctrina (para el cual se ofrece de contraste una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en la que se entendió, para un supuesto semejante, que no había existido despido, sino una modificación sustancia de las condiciones de trabajo), el Tribunal Supremo lo admite y resuelve no haber mediado despido sino «una reducción parcial de la jornada laboral acordada por la empleadora por motivos legales, decisión cuya calificación escapa [del] objeto del [concreto] proceso».

El pronunciamiento viene acompañado de un Voto Particular formulado por quien desde aquí se rinde cumplido homenaje, donde se comparte el criterio mayoritario de negar la existencia de despido; no obstante, incorpora una reflexión sobre un «punto realmente marginal». En concreto, muestra discrepancia respecto al párrafo donde el Tribunal Supremo asegura «la imposibilidad legal de cumplir la obligación de respetar, en la subrogación en el contrato de la trabajadora, el tiempo de trabajo que resulta de la superposición de los dos vínculos por la vulneración que ello supondría de las normas sobre jornada máxima».

2. El condicionamiento del fallo por causa de la incorrecta modalidad procesal de despido utilizada

El fallo y argumentación del pronunciamiento quedan subordinados a la concreta modalidad procesal a través de la cual plantear el asunto por considerar el Tribunal Supremo que, sin posibilidad alguna de acudir a la figura del despido parcial, cuanto habría procedido no era el ejercicio de la acción de despido, sino la de modificación sustancial de las condiciones de trabajo por reducción de jornada. Con un apunte de doctrina consolidada argumenta, en suma, que la figura del despido exige de una decisión del empresario, expresa o tácita, de dar por concluida la relación de trabajo, viendo esta como un acto único entre aquél y el trabajador. Bajo tal premisa, rechaza que el asunto contradiga la solución alcanzada un año antes, también en unificación de doctrina para un supuesto semejante donde afirmó la improcedencia del despido de quien, manteniendo una situación de pluriempleo pasó a tener dos contratos con la misma empresa¹. Resalta cómo, en aquella ocasión, además de la aplicación de un convenio colectivo distinta, resultó determinante que la empresa entrante en el proceso de subrogación fue tajante a la hora de no asumir el vínculo laboral que tenía el trabajador con la anterior adjudicataria.

3. El reconocimiento de mediar una modificación sustancial de condiciones de trabajo: problemas coetáneos

Negar la existencia de despido al no haber mediado negativa a la subrogación del contrato por quien iniciaba la prestación de servicios como contratista impide resolver sobre el fondo del asunto, dando pie a un convenio limitado por razones evidentes: de un lado, imposibilita entrar a conocer de

¹ STS de 1 de julio de 2012 (rcud 1630/2011); situación previamente asumida con normalidad en SSTS de 31 de mayo de 2000 (rcud 3343/1999) y 9 de julio de 2001 (rcud 3251/2000).

cuestiones tan importantes como «si esa modificación es ajustada o no a Derecho, si concurren circunstancias técnicas y organizativas que la avalen y si la trabajadora puede pedir la rescisión total y no parcial de su contrato»; de otro, veda el debate sobre la aplicabilidad o no (y las consecuencias para trabajador y empresario) del cumplimiento de determinados límites legales y convencionales (como el relativo a la duración máxima de la jornada), en especial ante circunstancias singulares como las aquí narradas y que pudieran calificarse como un supuesto de pluriempleo dentro de la propia empresa, sobrevenido y derivado de un proceso de subrogación empresarial.

4. La existencia de dos contratos de trabajo simultáneos *versus* el mantenimiento de una relación laboral única

El Voto Particular reprocha una afirmación de la sentencia por considerarla prescindible, al prejuzgar una eventual reclamación por modificación de las condiciones de trabajo. Por la trascendencia de su parecer cabe reprochar en su literal la opinión: «la subrogación se produce en el marco de un contrato de trabajo con otra empresa que coexistía y era compatible con otro vínculo contractual con la demandada. Dos contratos de trabajo, por tanto, antes de la subrogación y dos contratos también después de ésta, es decir, una situación de pluriempleo que era posible antes y que debe seguir siendo posible después, pues la prohibición de la jornada máxima afecta a un vínculo contractual no a dos o más vínculos y lo único que se ha producido es un cambio de la persona del empleador en una relación laboral y la coincidencia de ese empleador con el que ya lo era en la segunda relación. Si no se respeta esta situación se vulnera la norma que establece la garantía de la subrogación y se perjudica al trabajador, que no solo pierde la retribución correspondiente a un tiempo de trabajo superior que era compatible con la regla sobre jornada máxima legal, sino que también pierde, al menos en parte, su segundo contrato en el caso de una nueva subrogación. Es cierto que la existencia de dos contratos con el mismo empleador, puede llevar a la sospecha de un fraude para eludir la norma imperativa sobre la jornada. Pero en [caso en presencia] es obvio que ese riesgo no existe».

IV. APUNTE FINAL

Las resoluciones judiciales no suelen abordar una única cuestión, sino un conjunto entramado de materias planteadas en orden sucesivo. Aun cuando pueda existir un acuerdo en lo que debe ser resuelto, es evidente que puede

mediar desacuerdo en el modo en que debe llevarse a cabo. En este contexto, adquieren importancia aquellos argumentos expuestos en la parte considerativa de una sentencia que carecen de poder vinculante por tener una naturaleza meramente complementaria; aunque no sean decisivos para fundar la decisión adoptada por el órgano judicial, estos elementos *obiter dicta* («dicho de paso») conviene sopesarlos con tiento pues tienen indudable fuerza persuasiva, máxime de atender, como en el caso en presencia, al prestigio y jerarquía del Tribunal colegiado del cual emana.

La especial atención del Magistrado Desdentado Bonete a una parte concreta de los Fundamentos de Derecho y el reproche a su utilización por el Alto Tribunal (al constituir un elemento innecesario y, al tiempo, perjudicial para el trabajador), marca la diferencia entre lo normal y lo brillante. En términos jurídicos, a quien desde estas líneas se rinde homenaje trasciende de la legalidad y enfoca el asunto con legitimidad para, al fin, aplicar las normas con equidad haciendo patente la máxima *summum ius suma iniuria*, pues aplicar la ley al pie de la letra a veces puede convertirse en la mayor forma de injusticia. Así, la vaguedad o ambigüedad no debe llevar a moverse siempre en zonas precisas y estrictas del ámbito de significación prejuzgando con ello casos futuros cuyas circunstancias pueden ser razonablemente identificadas y resultas de forma diferente acudiendo a una lectura teleológica o a un criterio de proporcionalidad donde, por mor de la justicia social, el perjuicio laboral o profesional sea un elemento de ponderación trascendente.

En fin, al igual que en el ámbito cinematográfico algunas escenas son recordadas precisamente por el impacto narrativo y estético del plano detalle, la sentencia ahora comentada tiene la virtualidad de poder ser recordada, en suma, por el sugerente apunte interpretativo efectuado a través del Voto Particular que la acompaña.

ALEGACIÓN DE HECHOS NUEVOS EN EL PROCESO DE SEGURIDAD SOCIAL: ENTRE LA JURISDICCIÓN REVISORIA Y LA PLENA JURISDICCIÓN

ANA DE LA PUEBLA PINILLA
Catedrática de la Universidad Autónoma de Madrid

I. RESOLUCIÓN JUDICIAL COMENTADA

El Tribunal Supremo resolvió la controversia enunciada en la rúbrica de esta colaboración mediante su Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1994 (RCUD 2946/1993) [ECLI: ES: TS:1994:14647] de la que es ponente D. Aurelio Desdentado Bonete.

II. INTRODUCCIÓN

El artículo 143.4 Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), incluido en el Capítulo referido a la modalidad procesal «de las prestaciones de la Seguridad Social», señala que «En el proceso no podrán aducirse por ninguna de las partes hechos distintos de los alegados en el expediente administrativo, salvo en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad».

Dejando al margen la referencia a los hechos nuevos, el precepto suscita de inmediato la duda sobre el alcance de la capacidad de las partes implicadas

en el proceso de Seguridad Social. ¿Significa el citado precepto que las partes solo pueden alegar en el proceso los hechos que les sirvieron para fundamentar su solicitud, en el caso del interesado, o el rechazo de la misma, en el caso de la Entidad Gestora? O, por el contrario, la referencia al expediente administrativo ¿permite interpretar que la alegación de hechos en el proceso judicial puede extenderse a cualesquiera que constasen en el expediente administrativo, aunque no fueran alegados por las partes en el procedimiento administrativo?

En la respuesta a estos interrogantes está en juego la denominada exigencia de congruencia entre la reclamación previa y el proceso judicial¹, el derecho de las partes a solicitar el reconocimiento judicial de un derecho alegando los hechos esenciales a tal fin y a articular adecuadamente su defensa. Pero, lo que sin duda subyace a la controversia, con un alcance mucho mayor del que pueda derivarse de la solución a esta concreta cuestión, es la naturaleza del proceso judicial en materia de Seguridad Social, el debate entre lo que se podría denominar «plena jurisdicción» y «jurisdicción revisoria»². Un debate en el que resultan implicados el principio de legalidad, que vincula a los órganos judiciales impidiéndoles otorgar tutelas infundadas, y la vinculación del órgano judicial al procedimiento administrativo previo.

III. COMENTARIO

1. El debate suscitado en la STS de 24 de junio de 1998: alegación de hechos nuevos por la Entidad Gestora y sus efectos sobre el proceso judicial

El conflicto resuelto en este pronunciamiento trae causa de la demanda presentada por un beneficiario de la prestación de jubilación reclamando el reconocimiento de una prestación por incapacidad permanente. En el procedimiento administrativo previo, el INSS había denegado la prestación aduciendo que las lesiones sufridas por el interesado no determinaban un menoscabo fun-

¹ Que se fundamenta no solo en el citado artículo 143.4 LJS sino también en el artículo 72 LJS, que, bajo el título de «Vinculación respecto a la reclamación administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad Social o vía administrativa previa», señala que «en el proceso no podrán introducir las partes variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los que fueran objeto del procedimiento administrativo y de las actuaciones de los interesados o de la administración, bien en fase de reclamación previa en materia de prestaciones de Seguridad Social o de recurso que agota la vía administrativa, salvo en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad». *Vid.*, al respecto, J. R. MERCADER UGUINA, *Los Procedimientos Administrativos en materia de Seguridad Social*, Aranzadi, 2017, pp. 337-340.

² *Vid.* al respecto, R. LÓPEZ PARADA, «Expediente administrativo y proceso en materia de Seguridad Social», *Temas Laborales*, núm. 67, 2002, pp. 71-109.

cional suficiente para ser constitutivas de incapacidad permanente. Sin embargo, en el proceso judicial iniciado por el interesado, el INSS alegó como motivo principal de oposición que, dada su situación de jubilación, el solicitante no se encontraba en alta en la Seguridad Social. El debate que se plantea es si podía el INSS alegar en el proceso judicial hechos distintos a los que habían motivado su resolución inicial.

En primera instancia, se estimó la pretensión del demandante. Y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó dicha sentencia razonando que el entonces vigente artículo 141.2 LPL prohibía la alegación en juicio de hechos distintos a los que habían fundado la resolución denegatoria de la petición. El INSS recurre de nuevo, esta vez ante el Tribunal Supremo en casación para unificación de doctrina, alegando que los hechos que fundamentaron su rechazo a la solicitud del trabajador en el seno del procedimiento judicial, aun siendo distintos a los que motivaron la resolución inicial, constaban en el expediente administrativo de modo que, en puridad, no podían considerarse como «hechos distintos».

La cuestión a resolver quedaba, en definitiva, referida a saber «si hechos que constan en el expediente administrativo pueden ser alegados en el proceso como motivo de oposición a la demanda, aunque no hubieran sido invocados para fundamentar la resolución administrativa».

2. La respuesta del Tribunal Supremo: la decisión judicial ha de alcanzarse a partir de los hechos contemplados en el expediente administrativo

La STS de 28 de junio de 1994 da una respuesta positiva a esta cuestión. Y lo hace sobre dos argumentaciones complementarias.

Recuerda el Tribunal, en primer lugar, que no puede interpretarse el artículo 141.2 LPL en el sentido de que la Entidad Gestora no puede invocar en el proceso más causas de oposición que las que expresamente haya establecido como motivación de la resolución inicial o en la desestimación de la reclamación previa ni tampoco que al demandante se le impida invocar más hechos para defender su pretensión que los que formalmente haya alegado al solicitar la prestación. Esta interpretación extrema plantearía dificultades insuperables desde la perspectiva del principio de legalidad pues obligaría al juez, aun conociendo hechos que impiden la estimación de la pretensión solicitada, a resolver de forma contraria a la ley por la mera circunstancia de que tales hechos no fueron alegados por la entidad gestora en su resolución administrativa.

La segunda línea del razonamiento, complementaria de la anterior, tiene especial interés porque permite al Tribunal afirmar que la decisión final que adopte el órgano judicial debe basarse en los hechos que consten en el expediente, aunque estos no hubieran sido alegados por la entidad gestora en su resolución administrativa e incluso aunque no hubieran sido tampoco alegados en el proceso judicial. La razón de tal interpretación está en la vinculación de los órganos judiciales al principio de legalidad que les impide reconocer derechos cuando constan circunstancias que impiden el acceso al derecho solicitado. Por ese motivo, el juez puede apreciar la existencia de hechos constitutivos del derecho y lo mismo sucede con los hechos impeditivos o extintivos, si estos resultan de la prueba, aunque no exista oposición del demandado o aunque este no comparezca en el juicio para oponerse. Solo los hechos excluyentes quedan fuera del margen de apreciación judicial si no han sido alegados por las partes. Y ello porque «los hechos excluyentes sobre excepciones propias en el sentido de que el juez no puede apreciarlas si no son alegadas por la parte a quien interesan y ello porque estos hechos no afectan a la configuración legal del derecho».

Termina la sentencia advirtiendo que la doctrina fijada no genera indefensión al demandante. Quien reclama el reconocimiento de un derecho, advierte la sentencia, ha de estar en condiciones de probar la concurrencia de los requisitos que sustentan su pretensión y no puede alegar indefensión porque se desestime su pretensión sobre hechos que constan en el expediente administrativo, teniendo además reconocido derecho de audiencia sobre las causas de oposición a su pretensión no alegadas anteriormente.

La sentencia va acompañada de un Voto particular discrepante, en el que, apelando al derecho a la defensa de las partes y a la garantía de igualdad en el proceso, se concluye que la actuación procesal de la entidad gestora supuso una variación sustancial en el proceso respecto de la posición que mantuvo en la vía administrativa previa, de modo que debió desestimarse el recurso del INSS confirmando el reconocimiento de la prestación de incapacidad permanente en favor del interesado.

3. Mantenimiento y consolidación de la doctrina de la STS de 28 de junio de 1994

La doctrina judicial posterior a este pronunciamiento ha mantenido no solo las conclusiones alcanzadas en la STS de 28 de junio de 1994 sino también los fundamentos en que se apoya. Y ello al margen de los cambios nor-

mativos que han afectado a los preceptos legales aplicables y de los matices que la regulación legal ha incorporado a la cuestión controvertida. La LPL/1995 recogió en su artículo 142.2 idénticas previsiones a las del artículo 141.2 LPL/1990 que habían estado en juego en el procedimiento judicial que se comenta. Y, actualmente, el artículo 143.4 LJS mantiene la prohibición de aducir en el proceso hechos distintos a los que se alegaron en el expediente administrativo, con el único añadido, irrelevante a los efectos del debate que aquí interesa, referido a la salvedad de «los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad».

Son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo que han reiterado, con cita expresa de la STS de 28 de junio de 1994, idéntica doctrina³, reconociendo la posibilidad de que en el proceso judicial la estimación o desestimación de la pretensión se apoye en hechos que, aun no habiendo sido alegados por la entidad gestora en la resolución denegatoria de la pretensión, sí constaban en el expediente. Y ello tanto si fueron alegados por las partes en el proceso judicial como cuando, no habiendo sido alegados, constan en el expediente administrativo. No faltan ejemplos tampoco de supuestos en los que el Tribunal Supremo excluye nuevas alegaciones de las partes cuando van referidas a hechos excluyentes, en la medida en que, como dijo también la STS de 28 de junio de 1994, estos no afectan a la configuración legal del derecho⁴.

La doctrina de suplicación también ha acogido unánimemente esta interpretación. Incluso la ha aplicado más allá de los procedimientos referidos a prestaciones de la Seguridad Social. Es significativa, en este sentido, la STSJ Andalucía/Sevilla, de 3 de octubre de 2019 (r.º 1205/2018) en la que se debatía en torno a la denegación por el FOGASA del abono de una determinada cantidad al trabajador solicitante. En su resolución inicial, el FOGASA se opuso alegando la prescripción de las cantidades reclamadas pero en el acto del juicio alegó como causa de la denegación que las cantidades reclamadas superaban los límites previstos en el artículo 33 ET. El Tribunal Superior de

³ Pueden citarse, en este sentido, las SSTs de 20 de octubre de 1995 (rcud 997/1995), 30 de enero de 1996 (rcud 1636/1995), de 2 de febrero de 1996 (rcud 1498/1995), de 24 de julio de 1996 (rcud 3629/1995), de 5 de diciembre de 1996 (rcud 1633/1996), de 10 de octubre de 2003 (rcud 2505/2002) y de 27 de marzo de 2007 (rcud 2406/2006).

⁴ Como ocurre en la STS de 22 de noviembre de 2017 (rcud 3636/2016) en la que la falta de contradicción que impide al Tribunal abordar la unificación de doctrina, se justifica en que la sentencia recurrida la entidad gestora se opuso a la demanda cuestionando la cuantía de los gastos y partidas reclamadas, cuantías que ya figuraba en el expediente y sobre las que la entidad gestora no había efectuado alegación alguna. Tales alegaciones se refieren o constituyen, señala el Tribunal Supremo, un hecho excluyente que, como ya señaló la STS de 28 de junio de 1994, no pueden alegarse por primera vez en el acto del juicio.

Justicia apela a la STS de 28 de junio de 1994 para justificar su decisión de aceptar la reducción, en los términos solicitados por el FOGASA, de las cantidades reclamadas por el interesado.

IV. APUNTE FINAL: NI JURISDICCIÓN EstrictAMENTE REVISORIA NI PLENA JURISDICCIÓN EN LOS PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

Es mérito de la sentencia que se comenta el haber situado en sus adecuados términos la relación entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial, poniendo de manifiesto el carácter instrumental de la reclamación previa y evitando la subordinación del proceso judicial respecto del administrativo⁵. Pero también el de haber hecho prevalecer, en sintonía con los criterios imperantes en el proceso administrativo ya desde la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, una concepción no puramente revisoria del proceso judicial de Seguridad Social. La ruptura con ese carácter revisorio del proceso no es, sin embargo, total en el ámbito de la jurisdicción social, ni tan amplia como en el orden contencioso-administrativa. Porque, como la STS de 28 de junio de 1994 advirtió, y se ha reiterado en posteriores pronunciamientos de la Sala IV del Tribunal Supremo, la actuación de las partes y del propio juez en el proceso está delimitada por los hechos contenidos en el expediente administrativo. La posibilidad de aportar hechos distintos a los recogidos en el expediente se ha ampliado, en el vigente artículo 143.4 LJS, a «hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad, pero tal ampliación no alcanza a alterar las conclusiones ni la doctrina de la sentencia que se comenta. Una doctrina que, lógicamente, también favorece al demandante pues a su alcance está la posibilidad de alegar en su demanda hechos contemplados en el expediente que, sin embargo, no adujo en la vía administrativa.

No es fruto de la casualidad que la doctrina judicial fijada en esta sentencia haya persistido a lo largo del tiempo. Que el ponente de la misma sea el Magistrado Aurelio Desdentado, por más que las sentencias del Tribunal Supremo respondan a la labor colegiada de la Sala, es sin duda determinante de este resultado. Aurelio Desdentado ha sido un jurista excepcional e irrepitible. Uno

⁵ Vid., al respecto, M. L. GARCÍA PAREDES, «Comentario al artículo 142», en AA.VV. (Dir. L. E. de la Villa), *Ley de Procedimiento laboral, Comentada y con jurisprudencia*, La Ley, 2006, p. 1051; A. TRILLO GARCÍA, «Comentario al artículo 143», en AA.VV. (Dir. J. R. Mercader), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Comentada y con jurisprudencia*, La Ley, 2015, pp. 697-698; F. J. GÓMEZ ABELLEIRA, *El proceso especial de Seguridad Social*, Edersa, 2000.

de los mayores conocedores del sistema de Seguridad Social y del Procedimiento laboral, ámbitos que de forma indisoluble confluyen en el debate que subyace a la controversia resuelta en la STS de 28 de junio de 1994. Su exhaustivo conocimiento del diseño normativo de ambas instituciones, su sensibilidad para conocer el alcance de la función judicial y su profundo respeto al principio de legalidad, convergen en este pronunciamiento –como también ocurre en tantos otros de los que fue ponente en su dilatada carrera judicial– para fijar una doctrina que, por la certeza y rigor de sus argumentos, no puede sino prevalecer en tanto una decisión del legislador no altere su fundamento. No es, sin duda, lo único que permanecerá para siempre de Aurelio Desdentado, al menos para aquellos que, como yo, tuvimos el honor y la suerte de conocerlo.

DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y EL SOCIAL EN MATERIA DE DESPIDOS COLECTIVOS

RAQUEL YOLANDA QUINTANILLA NAVARRO
Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2006 (RCUD 1453/2004) [ECLI: ES: TS:2006:2159]. Voto Particular de Aurelio Desdentado Bonete.

II. INTRODUCCIÓN

El tema planteado, en este recurso de casación para la unificación de doctrina, es determinar la competencia o incompetencia del orden jurisdiccional social, para conocer de la pretensión de mayor indemnización de un trabajador, incluido en un expediente de regulación de empleo, en el que se autorizó administrativamente la extinción contractual de parte de los trabajadores de un centro de trabajo. La sentencia cuenta con el Voto Particular de Aurelio Desdentado Bonete.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

El demandante era trabajador de la empresa Findlay Industries Española, S.L. Había trabajado, como Jefe de Departamento, para dicha empresa,

durante casi 10 años, hasta que se inició el procedimiento de regulación de empleo, para proceder a la rescisión de los contratos de trabajo de parte de su plantilla, en virtud de acuerdo de empresa; procedimiento que fue autorizado administrativamente por resolución de la Delegación Territorial de Barcelona del Departamento de Trabajo de la Generalidad de Cataluña.

En el acuerdo de empresa, se preveía un régimen de indemnizaciones distinto para los trabajadores afectados por el mismo: los trabajadores con salario anual superior a 6 millones, cobrarían una indemnización de 20 días por año; mientras que los otros trabajadores próximos a la jubilación cobrarían a razón de 33 días por año, y el resto de afectados, una indemnización de 42 días por año.

Para el trabajador demandante, existía un trato diferente e injustificado de un grupo de trabajadores respecto de los otros, trato que resultaba fraudulento y discriminatorio, por lo que reclamaba que se le abonase una indemnización mayor de la percibida; concretamente, que se le pagase una indemnización de 42 días por año de servicio en lugar de la que se le había abonado de 20 días por año de servicio.

El Juzgado de lo Social núm. 9 de Barcelona estimó la demanda, que fue confirmada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de febrero de 2004.

La empresa interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, planteando la excepción de incompetencia del orden jurisdiccional social por razón de la materia, e invocando la sentencia de contraste de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León (Valladolid) de 8 de octubre de 1996, que resuelve sobre un supuesto en el que concurre la identidad sustancial con el que estamos comentando, así como el presupuesto de contradicción.

2. Relevancia del asunto

No es tarea fácil distinguir el ámbito de competencia de los Juzgados y Tribunales del orden social respecto de los del orden contencioso-administrativo. Desdentado Bonete ya había advertido sobre los problemas derivados «de la arcaica regulación de los expedientes de regulación de empleo»¹. De «confuso y bastante caótico» tildó el panorama jurisdiccional existente en ese momento, por remitir al orden contencioso-administrativo las impugnaciones de las autorizaciones administrativas de los despidos colectivos, al tiempo que

¹ DESDENTADO BONETE, A., «La crisis de la regulación de empleo: el debate sobre la jurisdicción». *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2007, pp. 1577-1578.

reconocía la competencia del orden social para enjuiciar los propios despidos, las consecuencias derivadas de los mismos, y las controversias sobre los acuerdos en períodos de consultas»².

3. Doctrina sentada

Para llevar a cabo el deslinde de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social de la jurisdicción, conviene tener en cuenta el momento en que se inicia el proceso resuelto por la sentencia que estamos comentando así como el momento en que se dicta dicha sentencia, momentos en que la competencia para la impugnación de las resoluciones administrativas en materia de regulación de empleo, aparecía atribuida a los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo.

En este sentido, recordemos que el artículo 9.5 LOPJ y el artículo 1 LPL, atribuían la competencia del orden social de la jurisdicción en relación con las pretensiones promovidas en la rama social del Derecho; junto con el artículo 3.1.c) LPL, que establecía la excepción respecto de las pretensiones que versaran sobre la impugnación de las disposiciones generales y actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral.

En esta sentencia, la Sala de lo Social, acudiendo a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, recuerda la diferencia entre la competencia de la jurisdicción social, cuando el litigio versa sobre un aspecto no tratado en el expediente administrativo; mientras que la competencia se atribuye a lo contencioso-administrativo, cuando el tema es decidido en la resolución administrativa³.

4. Voto Particular de Desdentado Bonete

En contraste con los Fundamentos de Derecho de la sentencia, resulta más extenso en espacio y en argumentos el Voto particular de Desdentado Bo-

² DESDENTADO BONETE, A., «La crisis de la regulación de empleo: las alternativas», *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, núm. 7204, 2009.

³ En la sentencia comentada, se citan las siguientes: SSTS de 17 marzo 1999 (1882/1999, núm. rec. 2240/1998), 5 de junio 1999 (3956/1999, núm. rec. 2237/1998), 20 julio 1999 (5276/1999, núm. rec. 4459/1998), 28 julio 1999 (5472/1999, núm. rec. 4474/1998) y 30 septiembre 1999 (5941/1999, núm. rec. 4811/1998).

nete, que comienza reconociendo la dificultad de precisar los criterios legales de la distribución competencial a la que venimos refiriéndonos.

De inmediato centra el origen del problema: las decisiones administrativas de regulación de empleo se producen dentro de la rama social del Derecho, pero también constituyen una actuación administrativa que, al menos formalmente, se somete al Derecho Administrativo. Centrado el debate, nos ofrece la solución: «Ante esta dualidad lo más razonable sería atender al elemento predominante que es, desde luego, el social».

En este sentido, destaca que el acto administrativo solo autoriza el cese que se acuerda por el empresario, pero lo impugnado no es esa autorización, sino las condiciones acordadas para la regulación de empleo, que es un acuerdo laboral, tanto por las partes que intervienen como por su contenido. La impugnación de ese pacto es una controversia que pertenece a la rama social del Derecho, dado que afecta a materia laboral y se rige por normas laborales, siendo meramente instrumental la intervención de la Administración cuando hay acuerdo, en cuyo caso esta última solo recoge en su resolución el acuerdo de las partes.

5. Evolución posterior

No es momento de detenerse en la «sucesión acelerada de regulaciones»⁴ respecto de la impugnación de los expedientes de regulación de empleo. Pero podemos destacar que la crisis de la intervención administrativa en los despidos colectivos, se manifestó en la Disposición Adicional 15.^a de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en la que se da la razón al Magistrado Desdentado Bonete, al prescribir que se reconociera la competencia del orden social para conocer de las impugnaciones de las resoluciones administrativas dictadas en los expedientes de regulación de empleo, lo que generó una regulación específica dentro de la modalidad procesal de impugnación de actos administrativos en materia laboral (art. 151 LRJS); regulación de corta duración, porque el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, suprimió la autorización administrativa para los despidos colectivos⁵.

⁴ DESDENTADO BONETE, A., «Problemas procesales del despido colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 169/2014 parte Estudios.

⁵ DESDENTADO BONETE, A., «Problemas procesales...», *op. cit.*

Meses después, el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, adecuó los procedimientos de despido colectivo, entre otros, a las importantes novedades incorporadas por la reforma laboral derivada de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, de modo que la ya suprimida autorización administrativa que condicionaba la adopción de la decisión empresarial de despido colectivo, fue sustituida por la apertura de un período de consultas con vías a un acuerdo, procedimiento en el que la autoridad laboral dejaba de ser protagonista.

Dicho texto reglamentario, en su artículo 15.2, insiste, de nuevo, en el razonamiento dado por el prof. Desdentado Bonete en el Voto Particular de la sentencia ahora comentada, al establecer que «En caso de incumplimiento empresarial del pago de las indemnizaciones debidas por el despido o si existiese disconformidad respecto de su cuantía, el trabajador podrá (...), demandar ante el Juzgado de lo Social competente el pago de la misma o, en su caso, el abono de las diferencias que a su juicio pudieran existir».

IV. APUNTE FINAL

El tema de la distribución de competencias entre el orden jurisdiccional social y el contencioso-administrativo en materia de expedientes de regulación de empleo por despidos colectivos, resultaba atractivo al homenajearlo Desdentado Bonete, quien se ocupó de analizarlo en profundidad en múltiples publicaciones⁶.

Con cierta gracia declaraba Desdentado Bonete en uno de sus artículos doctrinales, que «Nunca pensé que la regulación de empleo pudiera estar relacionada con la ciencia ficción, pero en una ocasión, durante algún seminario o jornada, escuché a alguien que decía que si un marciano visitara nuestro planeta y leyera el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, enviaría rápida-

⁶ Podemos destacar, además de las anteriormente citadas, las siguientes: «La crisis de la regulación de empleo: el efecto destructor del tiempo», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2007, pp. 1791-1792. «La nueva jurisdicción contencioso-administrativa y el orden social: ¿Una reforma frustrada?», *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 6, 1999 [Ejemplar dedicado a: Competencias del orden social tras la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa/Aurelio Desdentado Bonete (Dir.)], pp. 17-50. «La nueva jurisdicción contencioso-administrativa y el orden social: ¿Una reforma frustrada?», *Revista de derecho social*, núm. 7, 1999, pp. 9-30

mente un correo a Marte para advertir que no era aconsejable invertir en un lugar en el que regía una norma de esas características»⁷.

En efecto, desde el momento en que el artículo 51 ET introdujo una regulación de carácter administrativo dentro de la legislación laboral, para tratar los despidos colectivos, la consecuencia inmediata fue la conflictividad respecto de la atribución de competencia, a la jurisdicción contencioso-administrativa, o a la jurisdicción laboral, en determinados aspectos allí regulados⁸.

Uno de esos aspectos es el discutido en la sentencia objeto del presente comentario, esto es, delimitar qué orden jurisdiccional es el competente para conocer de las pretensiones vinculadas con un expediente de regulación de empleo, cuando se impugna la indemnización que ha sido fijada, no solo en su cuantía sino también en los criterios de determinación, en la autorización administrativa y, en nuestro caso, cuando esta última expresa, a su vez, lo dispuesto en el acuerdo colectivo alcanzado⁹.

La STS de 23 de enero de 2006 argumenta y falla en favor de que la competencia al respecto sea asumida por el orden contencioso-administrativo, mientras que el impecable Voto Particular de Desdentado Bonete pone de manifiesto, con finos argumentos jurídicos, que la competencia debe ser atribuida al orden jurisdiccional social, ante la necesidad de coherencia jurídica, dado el elemento social predominante.

⁷ DESDENTADO BONETE, A., «La crisis de la regulación de empleo: el debate sobre la jurisdicción». *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2007, pp. 1577-1578.

⁸ DORREGO, R., «El silencio positivo y la competencia de jurisdicción en los despidos colectivos (expedientes de regulación de empleo –ERE–) (Comentario a la STSJ País Vasco 18 de septiembre de 2001)», *Relaciones Laborales*, tomo II-2002, p. 659.

⁹ CUENCA ALARCÓN, M., «Impugnación de la indemnización pactada en expediente de regulación de empleo: jurisdicción competente (Comentario a la STS 4.^a de 23 de enero de 2006)», *Relaciones Laborales*, tomo II-2006, pp. 693.

GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL: LA DETERMINACIÓN DE LA CONTINGENCIA CAUSANTE POR EL INSS

MARÍA GEMA QUINTERO LIMA
Profesora Titular de la Universidad Carlos III de Madrid

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1998 (RCUD 1730/1997) [ECLI: ES: TS:1998:390].

II. INTRODUCCIÓN

La Sentencia de la sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1998, que resolvía el recurso de casación para unificación de doctrina núm. 1730/1997 (en adelante la Sentencia de 26 de enero de 1998), contiene el germen de una de las cuestiones más problemáticas de la gestión de la incapacidad temporal por las Mutuas Colaboradoras. Y ha de hacerlo en un momento histórico en el que tanto la legislación reguladora de la prestación, cuanto de las entidades colaboradoras, podría calificarse de relativamente exigua y escueta. Algo que generaba vicisitudes interpretativas a medida que se suscitaban litigios en los que afloraban las lagunas normativas. En esta sentencia, se cuestionaba la competencia del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) para revisar la calificación del origen común o profesional del hecho causante de una situación de incapacidad temporal en cuya gestión intervenía una Mutua de

Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Indirectamente, además, en realidad, se estaba cuestionando el alta indebida en un proceso patológico. Esas dos cuestiones no encontraban una respuesta expresa en la legislación vigente en ese momento, de ahí que la Sala recurra a interpretaciones diversas para resolver el asunto y otorgar competencia al INSS para recalificar el origen de una patología en supuestos de gestión de la IT por una mutua.

El magistrado D. Aurelio Desdentado formula un Voto Particular, al que se adhieren otros dos magistrados (don Miguel Ángel Campos Alonso y don José María Marín Correa). Y es precisamente este Voto Particular el que resulta relevante, por el rigor técnico-normativo sobre el que se sustenta, que pretende frenar una cierta actividad hercúlea del Tribunal Supremo y remitir implícitamente al legislador la reordenación de la relación entre entidad gestora y colaboradoras, en el ámbito concreto de la incapacidad temporal. Y resulta relevante porque, si bien la doctrina de la sentencia (que no la del Voto) se convirtió en doctrina dominante, sí podría aventurarse que sirvió de inspiración para algunas de las reformas legislativas posteriores de la gestión de la prestación de incapacidad temporal.

Dicho de otro modo, esta sentencia, su Voto Particular (así como la sentencia que le sirve de precedente, de la que se hablará enseguida, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 octubre 1997, de casación para la unificación de doctrina (rcud 561/1997) en la que fue ponente), se podría decir que son exponente de una de las cualidades llamativas de D. Aurelio Desdentado, a saber, su profundo conocimiento de la normativa vigente, de los principios básicos del ordenamiento jurídico y su positivismo aplicativo, que no han sido óbice para una acción propositiva en la que ha señalado directrices interesantes *de lege ferenda*.

III. COMENTARIO

1. El supuesto de hecho

La Sentencia debía resolver la cuestión de qué entidad era competente para determinar si las lesiones que han dado lugar a una situación de incapacidad temporal subsidiada habían sido producidas por accidente de trabajo (o enfermedad profesional) en supuestos en que la cobertura de dicha contingencia había sido asumida en régimen de colaboración por una Mutua de Accidentes de Trabajo.

Hasta ese momento existía una doctrina contradictoria. De una parte se mantenía que correspondía a la Mutua. Por contraposición, existía otra doctrina que sostenía que el INSS sí era competente, sin perjuicio, claro está, de la revisión jurisdiccional posterior de tales resoluciones administrativas. Entonces, el problema litigioso que se reducía a «resolver si el INSS tiene o no competencia para decidir si un proceso de incapacidad temporal tiene o no la consideración de derivado de accidente de trabajo, y, en consecuencia, si la entidad colaboradora que corresponda debe asumir las responsabilidades de las prestaciones por tal concepto, en tanto no impugne judicialmente las resoluciones de la Entidad Gestora que haya podido declarar la etiología accidental o profesional de las dolencias».

La sala del Tribunal resolvía en la sentencia de 26 de enero de 1998 en sentido positivo, con sustento en que el principio de oficialidad que rige la gestión de la incapacidad temporal («de acuerdo con el cual la prestación se hace efectiva de modo directo y automático conforme al diagnóstico y determinación provisional de la causa de la dolencia efectuada en el parte de baja médica...») no excluye la ulterior comprobación por la entidad gestora de la correcta determinación de la contingencia causante, puesto que la baja médica emitida por el médico de la Mutua no es un acto de reconocimiento del derecho, sino un acto de inicio del procedimiento, dentro del cual el que el INSS, como entidad gestora, tiene competencias revisorias de la actividad de la Mutua, que no deja de ser entidad colaboradora. En la sentencia, se introduce, más allá de las consideraciones adjetivas de atribución y jerarquización de facultades de Gestión-Colaboración, un argumento teleológico apoyado en el principio de protección, anclado en una perspectiva individual del sujeto beneficiario, de suerte que se entiende que «negar al INSS la facultad de calificar unas dolencias como constitutivas de accidente, reservando estas facultades a la Mutuas Patronales, implica otorgar la Entidad Gestora, Mutuas Patronales y empresas colaboradoras una posición de total igualdad, susceptible de producir situaciones de desprotección total del beneficiario, cuando todas ellas se negaran a asumir –aunque sea de manera no definitiva– la responsabilidad por una contingencia»

En idéntico sentido se pronunciaba concomitantemente la Sentencia de 27 de enero de 1998 (rcud 1351/1997), y la saga que les siguiera¹. Y ha sido

¹ Sentencias posteriores de 27 de enero de 1998 (rec 1351/1997); 28 de enero de (rec. 1582/1997); 2 de febrero de 1998 (rec. 2152/1997); 6 de marzo de 1998 (rec. 2654/1997); 28 de abril de 1998 (rec. 3053/1997); 12 de noviembre de 1998 (rec. 708/1998); 1 de diciembre de 1998 (rec. 1694/1998); 26 de enero de 1999 (rec. 2040/1998); 19 de marzo de 1999 (RJ 1999, 3011) (rec. 1725/1998), 22 de noviembre de 1999 (rec. 3996/1998).

una doctrina permanente, en la que se han sustentado sentencias unificadoras ulteriores, ya en otros contextos normativos².

A diferencia de esta última, la Sentencia de 26 de enero de 1998 contenía un Voto Particular en el que el Magistrado Aurelio Desdentado retomaba la doctrina, también unificada entonces, contenida en la Sentencia de 8 de octubre de 1997 (rcud 561/1997), en la que él mismo había sido magistrado Ponente, y que resulta superada por la nueva doctrina casacional.

2. El Voto particular

En efecto, aquella sentencia de 8 de octubre de 1997 resultaba ser el antecedente del Voto Particular de la Sentencia de 26 de enero de 1998 que aquí se comenta, y allí se establecía que «la competencia para reconocer el derecho a una prestación corresponde, en principio y salvo la excepción de las prestaciones de incapacidad permanente, a la entidad que ha asumido su cobertura, sea en régimen de gestión pública o en el denominado régimen de colaboración». Regla que se concretaba en que, el reconocimiento del derecho al subsidio de incapacidad temporal correspondía a la Mutua de Accidentes o a la empresa autorizada para colaborar en la gestión cuando el subsidio se derivase de las contingencias a que afecte su colaboración (en los términos del artículo 5 de la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967).

El magistrado estimaba que «regla general –hasta ahora pacífica– en el funcionamiento del sistema y su desconocimiento supondría un riesgo grave de confusión en las responsabilidades con un alto coste en términos de duplicación de la gestión, si las gestoras públicas tienen que intervenir también en los reconocimientos de las prestaciones que tienen a su cargo las colaboradoras».

Así, contestando a las justificaciones de la doctrina mayoritaria que se habría de imponer en lo sucesivo, en el Voto Particular se considera que «el principio de oficialidad en el reconocimiento de las prestaciones de incapacidad temporal solo permite eliminar la solicitud del beneficiario, pero no excluye la existencia de un reconocimiento del derecho a cargo de la gestora», y en ningún caso «permite someter el reconocimiento de las prestaciones de incapacidad temporal a un régimen ilimitado de provisionalidad, que resulta con-

² Y sirva de paradigma la sentencia de 20 de enero de 2009 (rcud 4743/2006), en el marco de la determinación de la contingencia en un proceso de incapacidad permanente proveniente de un proceso patológico previo de incapacidad temporal.

trario a la seguridad jurídica». El Magistrado admite que, «si bien «gestión» y «colaboración en la gestión» son formas institucionales de distribución de las competencias en la cobertura y administración de las prestaciones de la Seguridad Social entre sujetos públicos y privados, (...) esa distinción no supone una relación jerárquica entre esos sujetos, ni una preeminencia general de las gestoras públicas sobre las colaboradoras privadas, que autorice a las primeras a reconocer derechos económicos a cargo de las segundas». No obstante lo anterior, no se niega la posibilidad de que el INSS «pueda reaccionar frente al reconocimiento de un derecho que, en virtud del conocimiento posterior de otros datos, considera incorrectamente realizado», porque podría hacerlo por la vía procesal preestablecida, a través del –entonces vigente– artículo 145.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

En el voto particular, en suma, se atiende a una interpretación literal de la normativa vigente (relativamente exigua, en comparación con la actual), por lo que se considera incorrecto emplear una vía unilateral de revisión de oficio, no prevista normativamente cuando, a tenor de la legislación vigente entonces el INSS carecía, en principio, de competencia para reconocer el derecho a una prestación, cuya gestión se ha asumido en régimen de colaboración por una Mutua de Accidentes de Trabajo. *Sensu contrario*, se mantiene que solo tendría esa competencia revisoria cuando le fuera atribuida por una norma; algo que en 1997 solo se producía respecto de la incapacidad permanente (artículo 1 del Real Decreto 1300/1995), pero no en el marco de la gestión de la incapacidad temporal).

De esta forma, en el Voto Particular, se deja traslucir la necesidad de complejidad, de desarrollo legislativo en esta materia, para definir, primero, las relaciones entre entidad gestora y entidades colaboradoras; y, segundo, para procedimentalizar, si era el caso, las facultades de vigilancia y control por el INSS de ciertos aspectos de la gestión por las mutuas de la cobertura de la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales.

3. La tautología y la evolución normativa posterior

El Voto Particular de Aurelio Desdentado evidenciaba una ordenación normativa insuficiente e incompleta en materia de gestión de incapacidad temporal, especialmente cuando una Mutua de Accidentes colaboraba en la cobertura de la incapacidad temporal por contingencias profesionales.

Desde una regulación ultrasimplificada y tautológica, la norma diseñaba un camino lineal entre el reconocimiento del derecho, cuya competencia se

atribuía atendiendo a la contingencia causante, según la atribución inicial de responsabilidad de la gestión. De suerte que, competente una Mutua, no había mecanismos legislados correctores de una calificación inicial más allá de la impugnación judicial del acto por el INSS. Esquema normativo este que no sufrió mayor alteración por el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal (RD 575/1997) ni su norma de desarrollo, la Orden Ministerial de junio de 1997.

El legislador parecía obviar el hecho de que se podía dar una tipología plural de situaciones en las que cabía que la Mutua no calificara profesional, sino como común una contingencia causante de un proceso de incapacidad temporal. Y podría hacerlo inicialmente, por ejemplo, cuando los servicios médicos no emitían parte de baja, y remitían al asegurado al INSS; pero también sobrevenidamente, cuando emitían partes de alta indebida, y/o no reconocían procesos patológicos como recaídas. En esas situaciones, el INSS asumía *de facto*, el papel de garante del derecho prestacional de la persona trabajadora incapacitada temporalmente para el trabajo. Pero si pretendía no ser responsable económico último del pago por no estar de acuerdo con la actuación de la entidad colaboradora, y pretendía el reintegro, en la normativa vigente entonces (en 1997-1998) no se preveían procedimientos revisorios administrativos. Ausencia que se integraba con la doctrina unificadora de la sentencia de 26 de enero de 1998 en un ejercicio interpretativo –que se podría considerar– *ultra legem*.

En el voto Particular, entonces, subrepticamente, en la denegación de competencia del INSS, podría entreverse una llamada al legislador, que solo muy recientemente ha sido oída.

Desde entonces, la gestión de la incapacidad temporal ha sido uno de los aspectos más veces y con mayor profundidad modificados. Y en esas reformas, eminentemente ha estado presente la prevención del fraude y el desarrollo de mecanismos de control de la realidad precisa de la situación de necesidad. De ahí la tejedumbre, según contingencia causante, de sujetos competentes, facultades, documentación y procedimientos a tenor de la contingencia causante. Hasta el punto de provocar no una bicefalia, sino una tricefalia de entidades intervinientes (Mutuas, Servicios Públicos de Salud (facultativos e inspección médica) e INSS) que sí ha propiciado una regulación paralela de procedimientos administrativos especiales de revisión, en los que el INSS se ha convertido en el ente con facultades últimas en la determinación de la contingencia y en el carácter debido o indebido de altas médicas.

En efecto, a partir de la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, sincopadamente³, se diseñaron procedimientos administrativos en los que, previa solicitud del sujeto interesado, pero también de oficio, el INSS puede alterar la determinación inicial de la contingencia causante de la Incapacidad temporal, así como puede revisar altas indebidamente emitidas por las Mutuas Colaboradoras en la gestión de dicha prestación en procesos inconclusos⁴. Normativamente, ya sí se prevé expresamente que el INSS revise la calificación inicial, con lo efectos subsiguientes en el pago y responsabilidad de la gestión, así como también se prevé que las Mutuas no hayan de emitir directamente altas, sino propuestas de alta, que han de ser confirmadas.

IV. APUNTE FINAL

Cotejar el Voto Particular (en el que se contenía una confesión desde la pureza técnico–normativa y el principio de seguridad jurídica, de que de la legislación no otorgaba facultades administrativas al INSS, sino una mera acción jurisdiccional) con el vigente sistema ultra complejo de procedimientos actualmente previstos para controlar la actuación de las Mutuas Colaboradoras solo conduce a una cierta perplejidad. Porque maravilla que, de la laguna normativa, se haya pasado a un esquema procedimental complejo, que cubra todo el elenco de situaciones plausibles de requerir la intervención revisoria por el INSS en orden a garantizar la protección del sujeto beneficiario cuya situación de necesidad se puede acreditar, así como su origen profesional.

El Voto Particular parecía, en medio, una llamada implícita a esa labor minuciosa de garantía de derechos a los sujetos beneficiarios mediante el control arbitral por el INSS de la actuación de la entidad colaboradora en la gestión de la Incapacidad temporal.

³ El Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración (RD 625/2014 en adelante), termina de completar el elenco de procedimientos que introducía el Real Decreto 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.

⁴ Artículos 3, 4, 5, 6 del RD 625/2014.

EL EXTRAÑO CASO DE LA SENTENCIA DECLARATIVA QUE INCLUÍA UNA OBLIGACIÓN DE HACER Y LAS DUDAS SOBRE SU EJECUCIÓN

MARÍA JOSÉ RAMO HERRANDO
Doctora en Derecho. Abogada

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2002 (RCUD 1172/2001). [ECLI: ES: TS:2002:9186].

Sentencia dictada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en el recurso de casación número 1172/2001, de la que fue Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, y que incluye Voto Particular del Magistrado Excmo. Sr. D. Arturo Fernández López, al que se adhirió el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio Martín Valverde.

II. INTRODUCCIÓN

La ejecución de sentencias colectivas ha venido siendo un tema que plantea gran dificultad. Todavía estando en vigor la Ley de Procedimiento Laboral, el Tribunal Constitucional ya aceptaba excepciones a la concepción de la sentencia colectiva como únicamente declarativa, admitiendo la existencia de procedimientos de conflictos colectivos en los que no solo se reclame

la interpretación de una norma de alcance general, sino que también se reclame el cumplimiento de una obligación que afecta a un grupo de trabajadores y que conlleve un pronunciamiento de condena¹. Esta doctrina generó cierta confusión en cuanto al alcance de las pretensiones de condena en el proceso colectivo y la ejecución de las sentencias que incluyen pronunciamientos de condena.

La cuestión radicaba en qué pretensiones de condena eran admisibles en el procedimiento de conflicto colectivo y podían dar lugar a sentencias susceptibles de ser ejecutadas.

En la sentencia comentada concurren los dos elementos que entran en juego para determinar si es viable la ejecución de la sentencia de conflicto colectivo, por una parte, la existencia de una sentencia colectiva declarativa y, por otra la existencia de un Fallo que condena a una obligación de hacer.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

El origen de este conflicto se circunscribe a la petición que en 1998 hizo el comité de empresa del Instituto Balear de Servicios Sociales y varios trabajadores al Director General de la Consellería de la Función Pública del Govern Balear, solicitando que si una fiesta recaía en sábado se recuperara otro día, lo que no admitió la Administración en sendas reuniones celebradas en el seno de la Comisión Paritaria del Convenio. Más tarde, CCOO de las Islas Baleares formuló reclamación previa que fue desestimada, lo que motivó la interposición de demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia Illes Balears (TSJIB), que dictó sentencia el 9 de marzo de 1999 desestimando la demanda.

El sindicato recurrió en casación ante el Tribunal Supremo, que dictó sentencia de fecha 2 de noviembre de 1999 estimando el recurso de casación y condenando a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares a conceder a sus trabajadores que prestan sus servicios en turno fijo de mañana entre lunes y viernes, un día libre para recuperar cada uno de aquellos festivos que caen en sábado y que, por lo tanto, coinciden con su día libre semanal.

CCOO presentó ante la Sala de lo Social del TSJIB escrito solicitando la ejecución –parcial– de sentencia firme en el que reconocía que la sentencia había

¹ SSTC 92/1988 de 23 de mayo y 178/1996 de 12 de noviembre.

sido cumplida por la condenada a partir de la fecha de la reclamación previa –10 de noviembre de 1998–, pero no en lo relativo a los festivos 25 de julio y 15 de agosto del mismo año; la Sala de lo Social del TSJIB dictó auto el 16 de enero de 2001 accediendo a lo solicitado por el ejecutante, que fue confirmado en vía de recurso de súplica por otro auto fechado el 22 de febrero de 2001.

La Comunidad Autónoma de las Islas Baleares interpuso recurso de casación contra el auto dictado en ejecución por el TSJIB en el que denunciaba la infracción del artículo 37 de la Constitución Española, en relación con el artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores y 10 del Convenio Colectivo de aplicación. El Ministerio Fiscal emitió informe manifestando que la cuestión que se planteaba era la de la ejecución de una sentencia dictada en procedimiento de conflicto colectivo, cuya ejecución corresponde al procedimiento ordinario de conflictos individuales.

La Sala Cuarta dictó sentencia en la que apreciaba de oficio la inadecuación del procedimiento de ejecución que se había seguido en la instancia (TSJIB), y ello por no corresponderse dicho procedimiento con la pretensión ejercitada ni con la naturaleza de la sentencia que se pretende ejecutar.

2. Relevancia del asunto

La propia sentencia pone de manifiesto la importancia del asunto debatido, al dejar constancia de que tras declararse conclusos los autos y señalarse fecha para votación y fallo, se hubo de suspender dicho señalamiento hasta en dos ocasiones por la «trascendencia y complejidad», así como por «la conveniencia de establecer criterios generales en esta materia», llamando a formar Sala a todos los Magistrados de la Sala. El propio Voto Particular formulado frente a la sentencia da cuenta también de las dudas interpretativas que plantea la ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conflictos colectivos.

3. Doctrina sentada

3.1 PRETENSIÓN EJECUTIVA QUE NO TIENE TAL CARÁCTER, SINO ACLARATORIO

CCOO solicitó la ejecución porque consideraba que el cumplimiento había de referirse a todos los festivos en sábado de 1998 (y en concreto a los días 25 de julio y 15 de agosto). La sentencia mantiene que la ejecución insta-

da encubre, en realidad, una solicitud de aclarar o completar los pronunciamientos de una sentencia que ya es firme, en el sentido de introducir una precisión sobre su alcance temporal que no estaba comprendida en su fallo, ni tampoco en el suplico de la demanda de conflicto colectivo. Además, puntualiza que, de haberse solicitado esa aclaración o complemento de la sentencia, la solicitud habría sido improcedente, de acuerdo con el carácter declarativo de la pretensión y de la sentencia.

3.2 SENTENCIA COLECTIVA DECLARATIVA NO SUSCEPTIBLE DE EJECUCIÓN, AUNQUE INCLUYA EN EL FALLO EL TÉRMINO «CONDENA»

La sentencia comentada parte de una premisa: la existencia de un error en la sentencia cuya ejecución se solicita (la dictada por el Tribunal Supremo el 2 de noviembre de 1999) al incluir en el fallo el término «condena». Considera el Magistrado ponente que, pese a que en la sentencia se utilice de forma extensiva o impropia el término «condena», estamos ante una sentencia colectiva no susceptible de ejecución por ser meramente declarativa, y aclara que para «traducir esta pretensión meramente declarativa en otra de condena» debería haber quedado fijado en la misma los elementos fácticos imprescindibles que hubieran permitido la ejecución (trabajadores concretos que realizaron turno fijo de mañana de lunes a viernes en los periodos no prescritos correspondientes a la vigencia del convenio en que existieron festivos en sábados, y número de días de recuperación a conceder a cada trabajador y su valor en dinero por si el cumplimiento se realiza por compensación). En definitiva, se concluye que la compensación no procede hacerla a todos los trabajadores afectados por la sentencia o por el conflicto colectivo, sino solo a quienes prestaron servicios efectivos en las semanas en las que hubo un festivo en sábado.

La sentencia comentada no obvia ni desconoce que la doctrina constitucional ya había admitido la ejecución de sentencias colectivas, pero considera que lo había hecho como una excepción que rige solo y cuando hubieran quedado determinados todos los elementos fácticos que permitan la ejecución, lo que «solo es posible en el caso de los denominados conflictos colectivos indivisibles, pues en los divisibles la individualización de la pretensión, para contemplar las circunstancias particulares de los miembros del grupo, eliminaría el carácter genérico del interés colectivo, deslizando la pretensión al marco propio del conflicto plural».

A la doctrina constitucional alude también el Voto Particular, pero considerando que las sentencias dictadas en conflictos colectivos son directamente ejecutables, en función del contenido del fallo y siempre que la naturaleza de las pretensiones por ellas resueltas lo permitan².

4. Evolución posterior

La LPL, en sus artículos 158.2 y 301, se refería a la inmediata ejecutividad de la sentencia dictada en los procesos de conflicto colectivo, sin hacer referencia alguna a la posible ejecución de este tipo de sentencias. Con la entrada en vigor de la LRJS en 2011, el artículo 247 ya admite expresamente la ejecución de las sentencias recaídas en procesos de conflictos colectivos estimatorios de pretensión de condena y susceptibles de ejecución individual, siempre que recojan la concreción de los datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto y beneficiados por la condena, y especifiquen la repercusión directa sobre los mismos del pronunciamiento dictado.

IV. APUNTE FINAL

Es destacable la determinación del Magistrado Ponente al no dudar en calificar de mero error la inclusión del término «condena» en el fallo de la sentencia. No es baladí la cuestión, ya que resultaba relevante a la hora de considerar la adecuación o inadecuación del procedimiento de ejecución seguido, tal y como pone de manifiesto la argumentación del Voto Particular formulado. No obstante lo anterior, el pilar principal de la fundamentación jurídica de la sentencia (la ausencia de determinación de los elementos fácticos imprescindibles que hubieran permitido la ejecución) es no solo plenamente ajustado a la doctrina constitucional y a la jurisprudencia existente en el momento de dictarse sentencia, sino también al texto normativo que entraría en vigor años más tarde (LRJS). La sentencia tuvo una importante repercusión, habiendo sido citada en posteriores sentencias del Tribunal Supremo³. Son también numerosos los artículos doctrinales que se refieren a esta sentencia y dicen que el TS, a pesar de que el TC había declarado que son ejecutables

² SSTC 92/1988 de 23 de mayo.

³ Por todas, SSTC de 11 de octubre de 2011 (rec. 187/2010) y 20 de marzo de 2012 (rec. 18/2011).

las sentencias de conflicto colectivo en las que se haya formulado una pretensión de condena, ha venido exigiendo, además, que se trate de un conflicto indivisible en el que la obligación que se imponga cuente con todos los elementos para poder quedar determinada⁴.

⁴ ROJAS RIVERO, G. P., *La Ejecución de las sentencias en la Ley 36/2011, de 10 de octubre Reguladora de la Jurisdicción Social*, Bomarzo, Albacete, 2012, p. 70, y SÁNCHEZ LINDE, M., «Apuntes sobre el proceso especial de impugnación de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 48, mayo 2019, p. 179.

EN LAS FRONTERAS ENTRE TIEMPO DE TRABAJO Y TIEMPO DE DESCANSO: DISPONIBILIDAD Y GUARDIAS LOCALIZADAS

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO
Catedrática de la Universidad de León

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2009 (RCUD. 27/2009) [ECLI: ES: TS:2009:636].

II. INTRODUCCIÓN. LAS DIFUSAS ARISTAS DEL «TIEMPO EFECTIVO DE TRABAJO»

Como es de sobra conocido, el tiempo de trabajo ha sido una de las bases del conflicto laboral desde los orígenes del industrialismo, constituyendo un ámbito donde se ha venido produciendo una tensión permanente de intereses divergentes entre los asalariados y los empresarios. Los primeros movimientos de los trabajadores se centraron en liberarse de jornadas extraordinariamente largas, con la pretensión de acortar la duración de la dedicación diaria y de aplicar sus efectos reflejos sobre la extensión de pausas y descansos, adoptando como premisa un fundamento de carácter fisiológico impuesto por las propias connotaciones corporales del sujeto humano expuesto a la extenuación. Esta regulación de máximos atesoraba un «carácter sanitario» en aras a evitar

un detrimento grave de la salud y de la sobreexplotación sufrida en las industrias y fábricas. Puede decirse además que, poco a poco y no sin retrocesos, esta lucha por la reducción de la jornada con el objeto de acotar el período durante el que se ejerce el dominio contractual del trabajador por parte del empresario, se fue convirtiendo en una contienda casi ganada, sobre todo por la presión contractual ejercida por los sindicatos y por la subsiguiente intervención tuitiva del legislador¹.

Ahora bien, el tiempo de trabajo no solo ha mostrado una línea evolutiva en cuanto a la reducción de su duración; también la distribución interna, esto es, la determinación precisa del momento en que la prestación de trabajo debe producirse, ha sido ocasión de enfrentamiento entre aspiraciones contrapuestas y espacio de juego de diversas técnicas de regulación tendentes a arbitrar entre la pretensión empresarial a un uso elástico, libre de trabas en cuanto a la disponibilidad del asalariado, y el deseo del trabajador a no someter, de forma absoluta, la aplicación de su obligación laboral, a las exigencias empresariales.

Buena muestra de tal controversia puede encontrarse en aquellos supuestos en los que la proyección de la actividad laboral se extiende más allá del tiempo de trabajo efectivo, convirtiendo determinados lapsos, *a priori* de libertad, en zonas grises bajo la denominación de «horas de disponibilidad» o «guardias de localización».

III. COMENTARIO

1. Antecedentes de hecho

En el marco de un contrato de concesión del servicio público de salvamento marítimo y lucha contra la contaminación en el mar, el sindicato SEPLA interpone demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia solicitando el cómputo íntegro a efectos de la jornada máxima anual como tiempo de trabajo, tanto de los períodos de presencia física de los pilotos de helicóptero en la base (de 9.30 a 14 horas) como de aquellos otros espacios en los que no era necesaria dicha presencia (guardias localizadas desde las 14 horas hasta las 9.30 del día siguiente), no en vano en ambos casos deben cumplirse tiempos marcados de respuesta ante emergencias, de 10 y 30 minutos respectivamente. Es más, cuando se produce una activación en tiempo de guardia, el personal del helicóptero ha de seguir unas

¹ GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Tiempo de trabajo», *Temas Laborales*, núm. 4, 1985, p. 76.

pautas tasadas: trasladarse a la base, ponerse la indumentaria necesaria para la operación, sacar la nave del hangar, recopilar la información precisa para la misión (estado de la mar, meteorología, distancia, peso, etc.), planificar el desarrollo de la actuación, comprobar los distintos sistemas técnicos y, finalmente, encender el aparato.

Bajo tales premisas, la parte recurrente sostiene que el tiempo de la guardia de localización debe considerarse como tiempo de presencia, no en vano en las circunstancias en que ha de producirse la respuesta al servicio, «los pilotos tienen que estar en plenas condiciones de iniciar el vuelo en treinta minutos» y desarrollar «numerosas operaciones antes de dicho vuelo», por lo que «se ven en la obligación de estar en las inmediaciones de la base los días programados como de servicio como única forma de cumplir los tiempos de atención». Esto implica, según el sindicato demandante, una limitación significativa de la libertad de movimientos y de la posibilidad del «ejercicio de cualquier tarea o actividad», ya que las operaciones de preparación por sí mismas consumen los 30 minutos de respuesta, lo cual convierte la guardia de localización en tiempo de presencia y, por tanto, en tiempo de trabajo.

En fin, ante la desestimación de dicha pretensión, el sindicato SEPLA interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

2. Disposiciones aplicables

Varios preceptos confluyen en el presente caso:

— El artículo 14.1 Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales, establece que se entenderá: de un lado, por tiempo de trabajo, todo período durante el cual el personal de vuelo permanece en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones; de otro, por tiempo de vuelo, el tiempo total transcurrido desde que una aeronave comienza a moverse desde el lugar donde estaba estacionada con el propósito de despegar hasta que se destine al finalizar el vuelo en el lugar de estacionamiento y para todos los motores.

— El apartado tercero de dicho precepto añade que «el tiempo máximo de trabajo anual del personal de vuelo será de 2.000 horas, de las cuales el tiempo de vuelo no podrá exceder de 900», incluyendo «en ese tiempo máximo aquellos supuestos que, de conformidad con el artículo 8, sean conceptuales como tiempo de presencia y que se determinen en los convenios colectivos», precisando además que «en defecto de convenio, solo se incluirán

aquellos supuestos en que el personal de vuelo esté a la inmediata disposición del empresario, sin realizar función alguna y en lugar señalado por éste, a la espera de la asignación de cualquier actividad».

— Por su parte, el artículo 37 del primer convenio colectivo laboral para el sector del transporte aéreo y trabajos aéreos con helicópteros y su mantenimiento y reparación (BOE de 22 de noviembre de 2005) define «tiempo de presencia» como «aquel en el que el trabajador se encuentra a disposición del empresario, en el lugar designado por éste, sin prestar trabajo efectivo, y en espera o expectativa de que se produzca la activación, entendida como comunicación por cualquier medio, al trabajador de la realización de forma inmediata de un trabajo efectivo».

— Asimismo, el artículo 2 de la Directiva 2003/88 considera tiempo de trabajo «el período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones.

En fin, la Directiva 2000/79, que recoge el Acuerdo europeo sobre ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo de aviación civil, reitera ese mismo concepto (cláusula 2), añadiendo que «a efectos del cómputo del tiempo máximo de trabajo anual solo se incluyen, aparte del tiempo de trabajo, los períodos de espera y las permanencias determinadas con arreglo a la legislación aplicable».

3. Fallo

El Tribunal Supremo entiende en la sentencia de 27 de enero de 2009, actuando como ponente el Excmo. Sr. Magistrado Aurelio Desdentado, que la guardia de localización cuando el trabajador no permanece en el lugar designado por el empresario no es tiempo de trabajo, no en vano el hecho de estar disponible durante la guardia aunque siempre implica una limitación, ya que el trabajador debe estar en condiciones no solo de ser avisado, sino de comenzar a prestar servicios en un plazo razonable, lo cierto es que tales restricciones no son tan severas como cuando espera en el centro de trabajo o en el lugar previamente designado por el empresario. Así pues, siguiendo la interpretación vertida en las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de octubre de 2000 (asunto *Simap*), 9 de septiembre de 2003 (asunto *Jaeger*) y 1 de diciembre de 2005 (asunto *Dellas*), aun cuando en las dos modalidades citadas hay cortapisas importantes en función de la disponibilidad, lo que varía es la intensidad: «muy fuerte o casi absoluta cuando hay

presencia física y más reducida y compatible con una dedicación personal cuando se trata de mera localización». En definitiva, las guardias de localización sin presencia en el centro de trabajo o en el lugar designado por el asalariado no son tiempo de trabajo, pues cabe que el trabajador mantenga, aun con trabas, determinadas opciones personales o familiares.

IV. APUNTE FINAL. LAS GUARDIAS DE DISPONIBILIDAD COMO ZONA GRIS

El Excmo. Sr. Magistrado Aurelio Desdentado, haciendo gala de la honestidad de buen jurista, en la sentencia objeto de comentario vislumbró una interpretación que ha servido para marcar de forma preclara una línea evolutiva en cuanto a la fijación de las aristas del concepto tiempo de trabajo, que exige un análisis casuístico de las circunstancias de las guardias localizadas en función de la intensidad en la limitación de la libertad individual del trabajador.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 34.1 ET (solo se contabiliza a efectos de duración máxima de la jornada ordinaria el tiempo de «trabajo efectivo») y 34.5 ET (la jornada comienza a computarse «de modo que tanto al comienzo como al final el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo», esto es, «desde el momento en el que el trabajador está en disposición de trabajar»), procede entender que para incluir determinados parámetros deben cumplirse, a la luz de la Directiva 2003/88, los tres requisitos siguientes: el trabajador debe estar en ejercicio de su actividad, a disposición del empresario y permanecer en su puesto de trabajo².

Varios pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea han intentado dar respuesta a algunas incertidumbres planteadas por tales condicionantes: En primer lugar, la ya mencionada Sentencia de 3 de octubre de 2000³, que considera tiempo efectivo de trabajo las guardias desarrolladas con presencia física en el lugar de trabajo, quedando al margen las que son de mera localización, pues durante estas últimas hay libertad de organización y posibilidad de dedicación a asuntos personales⁴. En segundo término, la tam-

² MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *El régimen jurídico de la disponibilidad horaria*, Pamplona (Aranzadi), 2011, p. 105.

³ Seguida por la STS de 27 noviembre 2006 (rec. 3134/2005), que entiende que las horas invertidas en guardias de presencia física tienen la consideración de tiempo efectivo de trabajo, debiendo remunerarse al precio fijado en el convenio colectivo de aplicación.

⁴ También, la STJUE C-397/01 a 403/01, de 5 de octubre de 2004, asunto *Pleiffer*, sienta que los socorristas que acompañan a las ambulancias en un servicio organizado por la Cruz Roja no pueden superar el tiempo de trabajo máximo fijado por el Derecho de la Unión Europea; STJUE C-14/04, de 1 de di-

bién aludida Sentencia de 9 de septiembre de 2003, que matiza la argumentación anterior entendiendo como factor determinante el hecho concurrente de hallarse físicamente presente en un lugar determinado por el empresario y de permanecer a disposición para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de una necesidad que no pueda planificarse de antemano, sin perjuicio de que pueda descansar mientras no se soliciten sus quehaceres. En tercer lugar, la Sentencia de 21 de febrero de 2018 (asunto *Matzak*)⁵, en virtud de la cual es tiempo de trabajo la guardia realizada por un trabajador en el lugar designado por el empresario, aun siendo este lugar el domicilio particular, siempre y cuando tenga que acudir e incorporarse a su puesto en un período de tiempo tan breve (8 minutos) que no le permite libertad de movimientos ni disponer de capacidad de decisión. En cuarto lugar, la Sentencia de 9 de marzo de 2021 (asunto *Radiotelevizija Slovenija*), conforme a la que un período de guardia en régimen de disponibilidad no presencial durante el cual un trabajador solo debe estar localizable por teléfono y poder presentarse en su lugar de trabajo, en caso de necesidad, en el plazo de una hora, pudiendo residir en un alojamiento de servicio puesto a su disposición por el empresario, pero sin estar obligado a permanecer en él, solo constituye tiempo de trabajo si de una apreciación global de todas las circunstancias del caso, se desprende que las limitaciones impuestas a dicho trabajador durante ese período son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente, en ese mismo período, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales. El hecho de que el entorno inmediato del lugar en cuestión sea poco propicio para el ocio carece de pertinencia a efectos de dicha apreciación.

En suma, para que los tiempos de inactividad sean considerados como de trabajo, el asalariado debe permanecer a disposición del empresario sin poder disfrutar de ese tiempo de manera libre o realizar otra actividad diferente fuera del lugar determinado por el empleador, que no necesariamente tiene que ser el centro de trabajo, sino que puede ser su domicilio u otro emplazamiento,

ciembre de 2006, asunto *Dellas*, indica que la actividad presencial de trabajadores sociosanitarios no debe impedir su derecho al descanso, que se puede obstaculizar cuando se recurre al método de equivalencia; ATJUE C-437/05, de 11 de enero de 2007, asunto *Vorel*, señala que la tarea de agente forestal responsabilizando de vigilar una parcela se computa como tiempo de trabajo en la medida en que exige su presencia física; o STJUE C-266/14, de 10 de septiembre de 2015, asunto *Tyco*, determina que en el caso de una empresa que prescinde de su puesto de trabajo físico, es tiempo de trabajo el desplazamiento realizado por los trabajadores de asistencia técnica y mantenimiento desde su domicilio hasta el de la primera empresa cliente del día, así como el dedicado a retornar desde esta última.

⁵ IGARTÚA MIRÓ, M. T., *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2018, pp. 328 ss.

debiendo devengarse retribución mayor o menor (más barata que el tiempo de trabajo efectivo) con independencia de que el trabajador sea llamado o no⁶.

En fin, tal y como ya anticipó el Excmo. Sr. Magistrado Aurelio Desdentado, deberá entenderse que aquellas guardias localizadas que supongan una restricción importante de la libertad personal del trabajador deberán ser consideradas como tiempo de trabajo efectivo. Y, dando un paso más, para aquellos períodos de localización que no conlleven tal traba a la libertad individual, aunque no computen como tiempo efectivo de trabajo, también deberán ser de alguna forma compensadas económicamente, dada la disponibilidad exigida al trabajador, correspondiendo a la negociación colectiva establecer la cuantificación pecuniaria inherente.

⁶ PÉREZ YÁÑEZ, N. M., *El régimen jurídico de la disponibilidad horaria*, Pamplona (Aranzadi), 2011, p. 128.

VALIDEZ DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR TERMINACIÓN DEL ARRENDAMIENTO DEL LOCAL DE LA EMPRESA

EDUARDO ROJO TORRECILLA
Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2008 (RCUD 1857/2007) [ECLI: ES: TS: 2008:4815].

II. INTRODUCCIÓN

La temática de la extinción del contrato por causas objetivas ha sido objeto de especial interés y atención por mi parte en la vida universitaria, y de ahí que el comentario de la sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo dictada el 8 de julio de 2008 tiene sin duda relevancia ya que se trata de una de las muchas, e importantes, aportaciones doctrinales, plasmadas en una resolución jurídica y por consiguiente con indudables efectos prácticos, que llevó a cabo el magistrado Aurelio Desdentado a lo largo de vida judicial como miembro de dicha Sala.

El interés del caso radica justamente en determinar si estamos o no en presencia de una extinción por causas objetivas, y por consiguiente de una

decisión empresarial motivada por circunstancias económicas, técnicas, organizativas o de producción, o bien, como sostuvo la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en la sentencia de 30 de enero de 2007 (rec. 1739/2006) se trataba de un caso de fuerza mayor que requeriría de la autorización de la autoridad administrativa laboral para extinguir el contrato de trabajo.

Como comprobaremos a continuación, el TS, y Aurelio Desdentado como ponente y por tanto inspirador principal de la sentencia, concluirán, en los términos que ya había resuelto la sentencia de instancia, que la terminación del arrendamiento del local de la empresa en que prestaba sus servicios la trabajadora despedida, y las condiciones concretas en las que se desarrollaba la actividad empresarial (ubicación del centro de trabajo, tipo de clientela, imposibilidad de ubicar a la trabajadora en otro centro), era una justa causa, por razones económicas y productivas, para extinguir el contrato de trabajo al amparo del artículo 52 c) de la Ley del Estatuto de los trabajadores.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado y relevancia del asunto

El resumen oficial de la sentencia del TS ya nos permite tener una buena idea de cuál fue el conflicto y cómo fue resuelto: «Fuerza mayor. No lo es la terminación del arrendamiento del local de la empresa por denuncia del término. El despido puede acordarse por la vía del artículo 52.c) ET, sin que tenga que seguirse la del artículo 51. Se estima el recurso de la empresa». La sentencia se pronunciará en los mismos términos que la propuesta formulada por el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe

Situemos primeramente los términos del conflicto laboral suscitado, para pasar después a su análisis jurídico.

Se trata de una trabajadora que prestaba servicios, con la categoría profesional de dependiente, en un centro de trabajo de la empresa que se dedicaba a la mercería, con antigüedad desde el 19 de septiembre de 1986. Pues bien, casi veinte años más tarde, el 28 de abril de 2006, la empresa le comunicó la extinción del contrato por causas objetivas por haber sido resuelto el contrato de arrendamiento del local de negocio en que aquella prestaba sus servicios, al amparo del artículo 52.c) LET. En el escrito por el que se comunicaba la extinción, además de la citada información, se explicaba que era urgente desalojar el local, decidida por el Ayuntamiento, «por el riesgo inminente de ruina de

todos los locales ubicado en el citado edificio». Tenemos conocimiento por los hechos probados de la sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Ciudad Real el 26 de julio de 2006, que la empresaria estaba dada de alta en Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, y que se dio de baja el mismo día que concluía el arrendamiento del local de negocio

Disconforme con la decisión empresarial, la trabajadora accionó mediante demanda en procedimiento por despido, siendo desestimada en instancia por entender, y tenemos conocimiento de ello en el fundamento de derecho tercero de la sentencia del TS, que la decisión empresarial era ajustada a derecho, que era «la más racional ante la pérdida del local por terminación del arrendamiento, pues se trata de un negocio en que es esencial la localización y la clientela ligada a ésta, al haberse desarrollado prácticamente en el mismo lugar y zona, contando la empresaria con 61 años de edad».

Recurrida por la trabajadora dicha sentencia, el recurso de suplicación fue estimado por el TSJ, considerando (véase fundamento de derecho cuarto de su sentencia), que no estábamos en presencia de una causa económica, no existía una crisis empresarial, sino que la decisión se adoptó como consecuencia de la aparición de «un evento externo impredecible, o cuando menos no dependiente de su voluntad». Para el TSJ estábamos pues en presencia de un supuesto que impedía la continuidad de la actividad empresarial que era «irresistible» y por tanto ajeno a cualquiera de las causas que posibilitarían la extinción por razones objetivas. Estando en presencia de un supuesto de fuerza mayor, sí sería posible la extinción pero por su vía propia, es decir la del artículo 49.1 h) LET, debiendo entonces, al ser un supuesto de fuerza mayor, ser autorizado por la autoridad administrativa laboral según lo dispuesto en el (entonces) artículo 51.7 LET (actualmente artículo 51.12). Por consiguiente, la decisión empresarial fue considerada como despido improcedente, con la consecuencia de condena a la readmisión o al abono de la indemnización de 16.904,44 euros.

En el RCU se aportó como sentencia de contraste la dictada por el mismo tribunal autonómico el 13 de octubre de 2005 (rec. 1167/2005), como argumentación sustantiva o de fondo, al amparo del artículo 207 e) de la Ley reguladora de la jurisdicción social, la infracción del artículo 52 c) en relación con el artículo 51 LET y del entonces vigente Real Decreto 43/1996 por el que se aprobó el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

La discrepancia entre la sentencia recurrida y la de contraste cumplía los requisitos requeridos por el artículo 219.1 LRJS para admitir a trámite el RCU, ya que en ambos casos se trataba de extinciones por haber finalizado el arren-

damiento del local de negocio donde se prestaban servicios por quienes fueron despedidos, y en un supuesto (sentencia recurrida) se concluyó que estábamos ante un supuesto de fuerza mayor, mientras que en otro (sentencia de contraste) se validó la tesis empresarial de estar ante una causa económica y productiva, siendo consecuencia de tal diferente parecer que en el primer caso se declaró la improcedencia del despido y en el segundo se validó la decisión empresarial.

2. Doctrina sentada

Entra, pues, el TS, a examinar qué precepto legal es de aplicación a la extinción por finalización del arrendamiento del local de negocio, es decir si estamos en presencia de una causa decidida por la parte empresarial o bien que es externa a su voluntad, con indudables repercusiones prácticas por cuanto si se trata del primer caso será la parte empresarial quien decida, y solo después la parte trabajadora podrá accionar en sede judicial, mientras que en el segundo solo será posible la extinción tras la tramitación administrativa pertinente y la decisión afirmativa en tal sentido por la autoridad laboral competente.

Y lo hace, con el sello doctrinal indudable de Aurelio Desdentado, con una afirmación previa con la que se pretende delimitar a mi parecer que no estamos en presencia de un caso claro y concluyente en cuanto a su resolución, ya que dependerá de diversos factores y condicionantes, a los que por cierto ya se refirió la sentencia de instancia al validar la decisión empresarial. Para la Sala, las causas empresariales de extinción del contrato (recordemos que todas las causas se encuentran reguladas en los artículos 49 a 56 de la LET) se incardina en un complejo esquema y por ello «no cabe contraponer de manera simplista la fuerza mayor a las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas».

La doctrina sentada en la sentencia no se refiere únicamente a la extinción del artículo 52 c) de la LET sino que versa también, y de forma relevante, sobre la fuerza mayor como causa de finalización de un contrato de trabajo, de tal manera que no es automáticamente una causa de extinción sino que puede serlo si imposibilitara de forma definitiva la prestación de trabajo (piénsese, desde otra perspectiva, en la consideración de fuerza mayor derivada de la declaración del estado de alarma por el RD 464/2020 que impidió la continuación de muchas actividades empresariales y que provocó el incremento radical de los expedientes de regulación temporal de empleo), o bien si existieran causas de las previstas en el artículo 52.c) de la LET que abocaran a la decisión empresarial.

Fino conocedor de toda la normativa jurídica el ponente, y por tanto con innegable incidencia sobre el texto de la resolución judicial, se analiza la vin-

culación de la normativa laboral citada con diversos preceptos del Código Civil (art. 1101 a 1104), para poner de manifiesto que no estamos ante un posible incumplimiento empresarial sino ante la existencia de una causa de extinción en la que «ese elemento», es decir la fuerza mayor, «debe valorarse a efectos de determinar la norma aplicable».

Y «viajando en el tiempo», o dicho en términos jurídicos repasando la normativa anteriormente vigente, se analiza si se dan los presupuestos requeridos para afirmar la existencia de una fuerza mayor, y también se procede a recordar jurisprudencia anterior en la que se aborda esta temática, concluyendo que la fuerza mayor a la que se refiere tanto el artículo 49.1 h) como el (entonces) artículo 51.7 de la LET, «ha de entenderse como la actuación de causa extraña al empresario, es decir como la acción de elementos exteriores que quedan fuera de su control».

Hasta aquí, podría pensarse que la Sala confirmará la tesis del TSJ, pero no será así justamente por poner en relación el concepto de fuerza mayor con las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado. Si para el TSJ la decisión empresarial era un supuesto de fuerza mayor derivado de una decisión, la finalización del contrato de arrendamiento, no imputable al empresario, para el TS aquello que verdaderamente importa es el carácter «previsible y evitable», y la extinción de un contrato de arrendamiento por denuncia del término «es previsible y sus consecuencias sobre la prestación de trabajo evitables mediante la utilización de otro local».

Vamos avanzando, mejor dicho y por hablar con propiedad va avanzando el TS en la resolución del RCU. ¿Puede ser la extinción del contrato de arrendamiento «cuando va acompañada de la imposibilidad o de dificultades significativas –económicas, comerciales o productivas– para encontrar otro local idóneo para la continuidad del negocio», y teniendo presente además que nos encontramos ante un edificio que puede declararse en ruina como producto de su progresivo deterioro?

Sí, responde la Sala a los efectos de unificar doctrina, acogiendo la tesis ya expuesta con anterioridad de la sentencia de instancia. Su tesis, aplicable a este caso concreto pero trasladable a otros que puedan darse con contenido semejante, es que la extinción del contrato de arrendamiento puede actuar como causa extintiva del contrato de trabajo al margen de la fuerza mayor como elemento determinante de la extinción del arrendamiento, «pues puede serlo cuando esa extinción va acompañada de la imposibilidad o de dificultades significativas –económicas, comerciales o productivas– para disponer de otro lugar idóneo en orden a la continuidad del negocio». Por consiguiente, se estimará el RCU en el que se pedía determinar (vid fundamento de

derecho tercero) si la decisión extintiva empresarial «debe considerarse como ajustada a Derecho por concurrir la causa objetiva que invoca la empresa o, si, por el contrario, debe considerarse nula, al tratarse en realidad de un supuesto de fuerza mayor y no haberse solicitado la previa autorización administrativa exigida para estos supuestos por el artículo 51.12 del Estatuto de los Trabajadores».

IV. APUNTE FINAL

Para concluir este comentario jurisprudencial, en la merecida obra de homenaje al magistrado Aurelio Desdentado, quiero enfatizar nuevamente la importancia del análisis doctrinal efectuado sobre el concepto de fuerza mayor y de la posibilidad de acudir a la extinción contractual cuando se dé esta situación, y al mismo tiempo que su existencia no impide que existan causas tipificadas en el artículo 52.c) de la LET (económicas, técnicas, organizativas o de producción) que permitan adoptar la decisión extintiva por parte empresarial sin que sea necesario acudir a la tramitación requerida para aquella y que concluirá en su caso con la autorización de la autoridad laboral.

EL «INTERÉS GENERAL DEL GRUPO GENÉRICO» COMO ELEMENTO DELIMITADOR DEL PROCESO DE CONFLICTOS COLECTIVOS

ANA M.^a ROMERO BURILLO
Profesora Titular de la Universidad de Lleida

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2002 (RCO 1229/2001). Ponente: Excmo. Sr. D. Leonardo Bris Montes. Voto particular emitido por el magistrado Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete al que se adhieren los Excmos Sres. D. Luis Gil Suárez y D. Gonzalo Moliner Tamborero.

El TS constituido en Sala General estima el recurso de casación interpuesto por la empresa «Panrico, SA» contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que casa y anula, declarando la inadecuación de procedimiento para conocer la demanda promovida por la sección sindical de UGT contra la recurrente, sobre conflicto colectivo.

II. INTRODUCCIÓN

La sentencia comentada aborda la resolución de una cuestión planteada en el marco de un proceso de conflictos colectivos, uno de los cauces previs-

tos por nuestro ordenamiento jurídico para dar solución a las controversias colectivas cuyo objeto gira en torno a la aplicación e interpretación general de la norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión o práctica empresarial de carácter colectivo.

Se trata de una modalidad procesal que en la actualidad se regula en los artículos 153 a 162 de la Ley 36/2011, de 10 octubre, Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en el momento del pronunciamiento judicial que es objeto de comentario artículos 151 a 160 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral).

La STS de 17 de julio de 2002 centra su atención en uno de los puntos más controvertidos del proceso de conflictos colectivos, que es el de concretar el tipo de pretensiones que son propias de esta modalidad procesal, aspecto de gran trascendencia práctica, ya que de su delimitación se derivará la adecuación de la modalidad procesal elegida.

A este respecto cabe recordar que tradicionalmente el carácter colectivo del conflicto se ha venido vinculando a la concurrencia de dos elementos esenciales: uno de carácter objetivo, que es el carácter general del interés y, otro de carácter subjetivo, referido a la presencia de un grupo genérico de personas trabajadoras, existiendo entre ambos una íntima e inescindible conexión, haciendo imposible entender el uno sin el otro. Por tanto, en el proceso de conflictos colectivos lo decisivo es que la pretensión se plantee en términos abstractos dirigidos a solventar un litigio que afecte a un grupo determinado de personas trabajadoras. Pues bien, en la STS de 17 de julio de 2002 se procede a analizar si en el caso planteado cabe considerar la existencia de un interés general, abstracto e indivisible cuya titularidad pertenece al grupo afectado o si, por el contrario, solo se identifica la existencia de un interés particular o la suma de intereses particulares (interés plural).

El estudio de este pronunciamiento del Alto Tribunal interesa especialmente por el Voto Particular emitido por el magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete al que se adhieren dos magistrados más, al discrepar de la opinión mayoritaria de la Sala, que a nuestro parecer defiende un concepto restrictivo del objeto del procedimiento de conflictos colectivos respecto al propuesto en el Voto Particular.

III. COMENTARIO

La cuestión que se plantea en la STS de 17 de julio de 2002 tiene su origen en sede judicial con la presentación de la demanda de conflicto colectivo interpuesta ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por la Sección Sindical de UGT de la empresa Panrico SA, contra dicha empresa, en la que se reclamaba el derecho de las personas trabajadoras afectadas por dicho procedimiento a ser compensadas con días de descanso o, en su caso, a abonar en la cuantía correspondiente, los días festivos, concretamente sábados, que habían trabajado sin tener que hacerlo durante los meses de julio y agosto de 1999.

La reclamación planteada por la parte trabajadora se fundamentaba en la previsión contenida en el artículo 53 del Convenio Colectivo propio de la empresa donde se establecía un sistema de fiestas intersemanales que contemplaba la prestación de servicios en sábados alternos para determinados colectivos de personas trabajadoras, concretamente para los supervisores, vendedores en líneas mixtas o convencionales y personal administrativo de almacén, taller mecánico, vehículos y resto de personal con jornada de seis días.

En este contexto, durante los meses de julio y agosto de 1999 personas trabajadoras pertenecientes a los colectivos indicados en el artículo 53 del Convenio prestaron sus servicios todos los sábados, sin percibir a cambio ningún tipo de abono o compensación por parte de la empresa.

Ante tal situación y tras la puesta en conocimiento de los hechos a la Inspección de Trabajo, sin alcanzar acuerdo alguno entre la parte denunciante y la empresa, la Sección Sindical de UGT procedió a interponer la correspondiente demanda de conflicto colectivo ante el órgano jurisdiccional competente, el cual con fecha de 12 de junio de 2001 dictó sentencia estimatoria, declarando el derecho de las personas trabajadoras afectadas por el procedimiento a ser compensadas con días de descanso o a que se les abonara en la cuantía correspondiente los días festivos trabajados que no tenían que hacerlo.

Contra dicha resolución la empresa Panrico SA interpuso recurso de casación alegando los siguientes motivos: infracción por aplicación indebida del artículo 151.1 de la Ley de Procedimiento Laboral; infracción por no aplicación y en su caso aplicación indebida del artículo 4 d) del Estatuto de los Trabajadores en concordancia con el artículo 17 del RD-ley 17/1977 de Relaciones de Trabajo y del artículo 1275 del Código Civil; y, violación por aplicación indebida del artículo 53 del Convenio Colectivo de empresa, en relación con lo dispuesto en el artículo 2.3 del Código Civil.

La STS de 17 de julio de 2002 estimará el recurso planteado por la empresa Panrico SA al considerar inadecuado el procedimiento de conflicto colectivo seguido para la reclamación planteada por la Sección Sindical de UGT, sin entrar a valorar el resto de motivos alegados en el recurso por la empresa y, en consecuencia, anulando la sentencia dictada por el TSJ de Cataluña de 12 de junio de 2001.

El Alto Tribunal fundamenta la inadecuación del procedimiento utilizado por la inexistencia de un interés general de un grupo genérico de personas trabajadoras al concurrir únicamente personas trabajadoras individuales «que se agrupan expresando de modo abstracto sus circunstancias individuales», no quedando probada la existencia previa del interés general del grupo, con lo cual se «confunden e identifican los hipotéticos caracteres del grupo y las condiciones personales e individuales sujetas a prueba que acrediten en cada caso la pertenencia al mismo, lo que pone en evidencia que el proceso no versa sobre un conflicto colectivo sino sobre un conflicto plural» (Fundamento de Derecho Segundo). En opinión de la Sala «Este abandono del grupo genérico es aún más evidente (...), pues se afirma que no todos los trabajadores pertenecientes a las categorías que constituyen el grupo que trabajaron todos los sábados de julio y agosto de 1999, sino «trabajadores», es decir no todos, sino parte de ellos, y con ello el grupo genérico titular del interés general queda desvanecido y sustituido por el mero agregado de los «trabajadores que trabajaron los meses de julio y agosto todos los sábados sin deber de hacerlo» (Fundamento de Derecho Segundo).

En esta sentencia el Tribunal Supremo parece apartarse de la doctrina clásica del propio Tribunal que venía admitiendo un doble origen del momento en el que debe surgir el elemento de homogeneidad que aúna a las personas trabajadoras, a efectos de interponer una demanda colectiva, a saber, por un lado, en un momento previo a la aparición de la controversia, de forma que las características que agrupan a las personas trabajadoras es distinta y diferenciada del interés general que con posterioridad motiva el litigio y, por otro lado, a partir del nacimiento de una controversia común a una colectividad de personas trabajadoras, de manera que el elemento de homogeneidad entre ellas no es previo, sino simultáneo al conflicto y, además, no es distinto, sino coincidente con el interés general del litigio.

Por su parte, el Voto Particular emitido por el Magistrado Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, al que se adhieren dos magistrados más, es favorable a realizar una interpretación más extensiva y flexible del objeto del proceso de conflicto colectivo, de manera que reconociendo la validez de la tesis defendida por la mayoría de la Sala también se considera admisible que el grupo pueda definirse «en atención al supuesto de hecho que delimita el surgi-

miento de un interés común a varios individuos, que ha podido ser creado por la decisión empresarial que se impugna. El grupo vendría determinado en estos casos por el elemento a partir del cual se construye el propio interés general sin necesidad de que antes de la aparición de este interés exista el grupo como tal» (Consideración Jurídica Primera). En este sentido, el grupo al que se refiere el artículo 151.1 LPL se identifica con la acepción más amplia que recoge el Diccionario de la Lengua frente al referido en el ámbito sociológico: el grupo como «pluralidad de seres o cosas que forman un conjunto material o mentalmente considerado» o como «conjunto de elemento que se relacionan entre sí conforme a determinadas características». «El enlace entre este elemento constitutivo del grupo y el interés general se expresa en la pretensión colectiva. Es ésta la que muestra el elemento de articulación colectiva del grupo como actor del proceso» y si bien «esta conexión entre condición de miembro del grupo y el objeto de pretensión está también en el conflicto plural (...), la diferencia de la acción colectiva frente a la plural no está ni en la pluralidad en la formación de una de las partes, ni en el elemento de común conexión, sino en la forma en que se configura el objeto de pretensión, que mientras en el conflicto plural se integra por la agrupación de las pretensiones individuales, en el colectivo –cuando afecta a intereses divisibles– se mantiene en un plano genérico que hace abstracción de las consecuencias particulares de la declaración interpretativa que se pide en los distintos miembros del grupo» (Consideración Jurídica Primera).

Asimismo, se indica que resulta irrelevante el hecho de que no todas las personas trabajadoras potencialmente incluidas en el grupo– en este caso las correspondientes a las categorías relacionadas con el artículo 53 del convenio colectivo con contrato vigente en julio y agosto de 1999– hubieran presentado efectivamente servicios los sábados alternos de esos meses. Ello «no rompe la existencia de grupo genérico como tal, pues, como suele suceder en los conflictos colectivos de este carácter (...), la determinación concreta de las consecuencias de la declaración general, ha de hacerse, en su caso por la vía del artículo 158.3 de la LPL. No es necesario que la afectación genérica sea actual y en su mismo momento para todos los miembros del grupo, pues siempre habrá excepciones de aplicación en función de las circunstancias particulares» (Consideración Jurídica Segunda).

En atención a estas argumentaciones, el Voto Particular emitido por el Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, al que se adhieren dos magistrados más, discrepa de la decisión mayoritaria de la sala al considerar que se debía haber tenido en cuenta esta segunda vía de homogenización que aún a las personas trabajadoras y admitir de ese modo la demanda interpuesta y entrar en el fondo del asunto.

IV. APUNTE FINAL

La STS de 17 de julio de 2002, junto al Voto Particular emitido por el Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, es un claro exponente del esfuerzo jurisprudencial por definir lo que debe entenderse como interés colectivo y diferenciarlo del opuesto, el interés plural, a efectos de la delimitación del objeto del proceso de conflictos colectivos, el cual ha tenido con el tiempo una paulatina evolución ampliatoria.

En este caso el Voto Particular emitido por el Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete se alinea con la tendencia flexibilizadora y ampliatoria de la delimitación del objeto del proceso de conflicto colectivo realizando una magistral teorización de la cuestión. En definitiva, nos encontramos ante una sentencia y un Voto Particular de obligada referencia al abordar el estudio del proceso de conflictos colectivos.

COMPETENCIA JUDICIAL PARA CONOCER DE CONFLICTOS COLECTIVOS: LA COMPETENCIA OBJETIVA

JOSÉ LUIS SALIDO BANÚS
Profesor Titular de Universidad (H). Abogado

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2010 (RCO 55/2009) [ECLI: ES: TS:2010:3810].

II. INTRODUCCIÓN

La lectura de los primeros compases de la sentencia, da la impresión que la misma va a tratar cuestiones relacionadas con la prohibición de concurrencia entre convenios y consecuentemente proceder a una interpretación del artículo 84 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, en la versión correspondiente al año 2009.

Sin embargo, fijados los hechos y analizadas las actuaciones procesales en la instancia, el Ponente, de oficio, ya en el marco de los Fundamentos de Derecho, advierte de dos excepciones procesales, inadecuación de procedimiento y falta de competencia del órgano jurisdicente, que fueron alegadas en la instancia por la empresa demandada y que fueron desestimadas por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, que era el órgano de instancia ante el cual se había presentado la demanda.

A partir de ese momento el asunto opera un giro copernicano y lo que a primera vista parecía un debate sobre derecho material, se convierte en un análisis profundo de las excepciones procesales citadas, hasta el punto de que el enjuiciamiento concluye anulando de oficio la sentencia de instancia por falta de competencia objetiva de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares y advirtiendo a las partes que la competencia para resolver sobre el fondo del asunto planteado corresponde a la Audiencia Nacional.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

En 9 de marzo de 2009 el Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Social) de las Islas Baleares, dictó sentencia, en autos 07/2008, sobre un conflicto en materia de afectación de convenio colectivo que le había planteado, por la vía procesal del conflicto colectivo, el Sindicato Independiente de Baleares (SIB) frente a la entidad Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona «La Caixa».

Se trataba en definitiva y ese era el *petitum* de la demanda de instancia, que se declarara nulo el artículo 3.6 del Acuerdo Laboral de 31 de julio de 1996, por ser contrario al artículo 90 del vigente Convenio Colectivo del Sector de Cajas de Ahorro y al sistema de clasificación de oficinas propio de La Caixa, en relación con el artículo 7 de la misma norma convencional. De manera que el citado Acuerdo del 96 dejara de aplicarse a los trabajadores de las distintas oficinas que La Caixa tiene en el territorio balear. Se añade como referencia que dicho Acuerdo se firmó en Barcelona en la fecha indicada por la empresa demandada y por las representaciones de los sindicatos SECP, UGT, SIB y FEC teniendo por objeto la modificación de los artículos de la Normativa Laboral de «La Caixa», entidad que, como es notorio, extiende su actuación a todo el territorio nacional. Dato, el ámbito balear pedido en la demanda y el ámbito nacional del Acuerdo y del Convenio sectorial, al que habrá que estar atento, pues será parte esencial del hilo conductor de la sentencia.

Es cierto, no obstante, que el *petitum* no está formulado en términos tan claros como pudiera deducirse de lo expuesto en el párrafo anterior pues incluso la sentencia, ahora comentada, lo tildó de ambiguo y complejo. Sin embargo, para el presente comentario poco importa pues la resolución del Alto Tribunal se va a conducir por otros derroteros bien distintos.

2. La apreciación básica de la sentencia

En efecto, la sentencia, sin entrar en la controversia que se pudiera suscitar entre las dos normas convencionales, objeto de la litis, en su Fundamento Jurídico Primero retoma de oficio las excepciones procesales formuladas en la instancia por la defensa de la empresa que fueron rechazadas por el TSJIB, no siendo recurrido tal rechazo por la parte que las alegó: Inadecuación de procedimiento y falta de competencia objetiva del Tribunal sentenciador en la instancia.

Respecto de la primera de ellas el TSJIB señaló que el rechazo obedecía a que lo que se demandaba era la «inaplicación de una norma pactada de ámbito de empresa en base a una determinada interpretación del convenio colectivo del sector»; y que la segunda también se debía rechazar porque «hay que estar respecto a la extensión del conflicto al ámbito en que se haya producido la discrepancia interpretativa, ya que de otra forma se impediría, con cita en la STS de 20 de junio de 2008, la legítima actuación del sindicato en su territorio».

A lo argumentado por el TSJIB, dice la sentencia analizada:

En cuanto a la primera, se puede salvar (el rechazo) si se entiende que no se trata de una impugnación directa del Acuerdo de 2006, en cuyo caso se debería haber llamado a juicio a todas las partes firmantes del mismo, cosa que no se ha hecho, sino de entender que la evolución en el tiempo de la normativa sectorial ya no permite limitar los derechos de los trabajadores en los términos en que lo hace el artículo 3.6 del repetido Acuerdo laboral.

Con respecto a la segunda, la sentencia advierte de entrada que, por afectar a la competencia objetiva, es necesario conocer de la misma incluso en vía de recurso extraordinario pues así lo exige la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para llevar a cabo el análisis de esta excepción la sentencia parte del contenido de los artículos 6, 7 y 8 de la Ley de Procedimiento Laboral a los que denomina reglas de competencia objetiva porque lo que delimitan no es el fuero territorial de tribunales de la misma clase, sino el ámbito competencial de los distintos tribunales que tienen competencia en la instancia, lo que sucede en la planta social con los Juzgados de lo Social, las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Señalado lo anterior la Sentencia señala cuales son los criterios que la Ley Adjetiva Laboral establece en orden a la delimitación de la competencia objetiva y que son dos:

- a) La naturaleza de las pretensiones ejercitadas y
- b) El ámbito territorial de afectación de las controversias, de forma que las de orden colectivo corresponderán al Juzgado de lo Social si su afectación

no supera el ámbito de su circunscripción, a la Sala de lo Social del tribunal Superior de Justicia si supera el ámbito de Juzgado de lo Social, sin exceder del de la Comunidad Autónoma, y a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, si la afectación del conflicto colectivo supera el ámbito de una comunidad Autónoma.

Establecidos los criterios generales para la determinación de la competencia objetiva, la Sentencia, insistiendo en ello, se refiere a la doctrina de la Sala aplicada en otros casos, se entiende que para aclarar la misma, señalando que si bien en principio la afectación del conflicto está en función del objeto procesal que queda determinado por la pretensión inicial, en función del principio dispositivo, ello no significa que la delimitación del ámbito de afectación se deje a la libre determinación de las partes pues el conflicto tiene por su alcance una proyección necesaria que no puede ser desconocida ni puede quedar al arbitrio de la parte demandante para que esta configure el objeto del proceso a medida de su legitimación. Reconoce igualmente la Sentencia que la Sala ha señalado en ocasiones que el ámbito de afectación del conflicto no coincide necesariamente con el de la norma aplicada o interpretada, remitiéndose a renglón seguido a un resumen que sobre tales particulares figura en la STS de 21 de julio de 2009 que establece lo siguiente:

1.º La competencia se determina por los límites reales e inherentes a la cuestión debatida, por lo que no cabe extender un litigio colectivo basándose en una potencial afectación distinta de la señalada en la demanda, o en puras conjeturas o hipótesis de futuro, aunque tampoco cabe ceñirse a los límites artificialmente diseñados por las partes.

2.º La afectación del conflicto no es necesariamente coincidente con el área de la norma aplicable, pues el conflicto puede tener un área de afectación coextensa con la de la norma o producirse en una más reducida.

3. Orientando el fallo

Fijados los elementos hermenéuticos referidos en el punto anterior, la Sentencia acomete la tarea de su aplicación al caso concreto de la siguiente forma:

1.º Entendiendo en primer lugar que el suplico de la demanda contiene una reducción artificial y arbitraria de la afectación del conflicto (ámbito autonómico), porque, lo que se pide que se declare que el artículo 3.6 del Acuerdo Laboral de 31 de julio de 1996 es contrario al artículo 90 del Convenio Colec-

tivo del Sector de Cajas de Ahorro para los directores y subdirectores de La Caixa en sus centros de trabajo de la Comunidad Autónoma, resultando contrariamente que ambas normas cuya aplicación se cuestiona en la litis tienen ámbito nacional y que además son aplicadas por la Entidad financiera a todos sus centros de trabajo en todo el territorio nacional.

2.º Que tanto de la naturaleza de tales normas, como de las manifestaciones de las partes en el proceso se llega a la conclusión de que estamos no solo ante normas de ámbito nacional, sino ante una práctica de empresa del mismo alcance, por lo que reducir el objeto del proceso a los directores y subdirectores de las oficinas que La Caixa tiene en el territorio de la Comunidad Autónoma de Baleares, como hace el suplico de la demanda, es solo una restricción artificial del ámbito del conflicto, que de nacional se convierte en autonómico con la única finalidad de que pueda estar legitimado para su interposición el sindicato demandante. En este sentido insiste la resolución analizada que el ámbito de afectación real del conflicto, en virtud de lo previsto en el artículo 152.a) en relación con el artículo 6, ambos de la Ley de Procedimiento Laboral, es un dato objetivo e indisponible que no puede ser alterado en función de la legitimación del sindicato que es la que le corresponde en función de sus estatutos y de su relación con el ámbito del conflicto.

4. *Obiter dicta*

No pierde la oportunidad la Sentencia de señalar en relación con la legitimación sindical que no es contrario a la tutela judicial efectiva ni a la libertad sindical aplicar las limitaciones que resultan en función de las previsiones legales que relacionan los límites de actuación del sindicato definidos en virtud de su propia autonomía, con el alcance efectivo y real de las controversias.

5. **El fallo**

Razonados los fundamentos fácticos y jurídicos en los términos expuestos la Sentencia declara de oficio la falta de competencia objetiva de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, anulando la sentencia recurrida y advirtiendo a las partes que la competencia para resolver el conflicto corresponde a la Sala de los Social de la Audiencia Nacional.

6. Relevancia del asunto

La relevancia de esta sentencia estriba en que fija los criterios de la competencia objetiva de juzgados y tribunales, poniendo de manifiesto que los artículos 6, 7 y 8 de la Ley de Procedimiento Laboral fijan dicha competencia y deduciendo del texto legal los criterios a aplicar para su determinación. También advierte que no se pueden retorcer los hechos hasta el punto de reducir artificial y arbitrariamente el ámbito de afectación del conflicto, que debe ser un dato real, para dar cabida a la legitimación de un sindicato cuyo ámbito de actuación está limitado por una parte por su definición estatutaria y por otra por su relación con el ámbito del conflicto.

Igualmente es relevante por cuanto trata de hacer una cierta pedagogía, trayendo al razonamiento jurídico supuestos similares pero distintos en los que el Alto Tribunal se ha pronunciado sobre la competencia objetiva diferenciándolos del caso ahora analizado.

IV. APUNTE FINAL

La sentencia comentada deja entrever las dificultades que en ocasiones plantea la competencia objetiva a la hora de plantear una demanda de conflicto colectivo, máxime en un asunto como este en el que los intereses defendidos afectaban presumiblemente solo a unos centros de trabajo.

Por otra parte es igualmente de interés la referencia a la necesidad, por diferentes motivos que no se han recogido en el comentario pero que figuran en la Sentencia, de situar las legitimaciones respectivas de las partes en el lugar procesal que les corresponde, por razones de armonía y economía procesales.

UNA VISIÓN REALISTA Y HUMANA SOBRE EL DOMICILIO A EFECTOS DE LA DETERMINACIÓN DE LA CONTINGENCIA EN EL ACCIDENTE DE TRABAJO *IN ITINERE*

FERNANDO SALINAS MOLINA
Magistrado jubilado del Tribunal Supremo

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

El presente estudio toma como pretexto la STS Pleno 26 diciembre 2013 –rcud 2315/2012, pero quiere ser un homenaje especial a su Ponente, Aurelio Desdentado Bonete. De ahí que utilice esa emblemática resolución para ofrecer una visión más amplia de la materia

II. EL ACCIDENTE *IN ITINERE* COMO ACCIDENTE DE TRABAJO: LA CONEXIÓN TRABAJO-LESIÓN COMO FUNDAMENTO DE SU ESPECIAL PROTECCIÓN

Con origen en la jurisprudencia social y con posterior reflejo en la normativa internacional (art. 7 Convenio 129 OIT de 1964 «sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales») ¹, a partir de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974, se incluyó expre-

¹ Artículo 7 Convenio 129 OIT, no ratificado: «1. Todo Miembro deberá prescribir una definición del accidente del trabajo, incluyendo las condiciones bajo las cuales un accidente sufrido en el trayecto al o del trabajo es considerado como un accidente del trabajo, y debe precisar los términos de dicha defini-

samente en nuestra clásica definición normativa de accidente de trabajo el denominado accidente *in itinere*.

Para los diversos colectivos integrados en el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS), se ha conceptualizado como accidente *in itinere* aquel que «sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo» (art. 156.2.a LGSS/2015). Habiéndose perfilado posteriormente la definición con relación a los trabajadores autónomos («También se entenderá como accidente de trabajo el sufrido al ir o al volver del lugar de la prestación de la actividad económica o profesional. A estos efectos se entenderá como lugar de la prestación el establecimiento en donde el trabajador autónomo ejerza habitualmente su actividad siempre que no coincida con su domicilio y se corresponda con el local, nave u oficina declarado como afecto a la actividad económica a efectos fiscales» –art. 316.2 LGSS–) y con respecto a los trabajadores autónomos económicamente dependientes («... considerándose también accidente de trabajo el que sufra el trabajador al ir o volver del lugar de la prestación de la actividad» –art. 317 LGSS–).

Recientemente, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha seguido la línea de la jurisprudencia social y con relación a los funcionarios públicos sujetos en el (a extinguir) Régimen de Clases Pasivas ha incluido la modalidad del accidente *in itinere* en la estricta definición de accidente en acto de servicio contenido el artículo 47.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado (el que se produce en acto de servicio y el que se produce como consecuencia del mismo), interpretándolo en relación con el artículo 59 del Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo, y el gestionado por MUFACE, que remiten al RGSS para determinar qué supuestos tendrán la consideración de accidente de servicio o como consecuencia de él; concluyendo que «el artículo 47.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, ha de ser entendido en el sentido de que el accidente *in itinere* producido en el trayecto desde el domicilio y el lugar de trabajo para incorporarse a éste o regresar a aquél es consecuencia del servicio» (SSTS/III de 21 de junio de 2021, recurso 7791/2019, y 24 de junio de 2021, recurso 8335/2019).

Especialmente, con respecto a todas las modalidades de accidentes de trabajo (propios y/asimilados), se ha afirmado con rotundidad que «El nexo esencial

ción en las memorias sobre la aplicación de este Convenio que habrá de presentar en cumplimiento del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

2. No será necesario incluir en la definición de accidentes del trabajo las condiciones bajo las cuales debe considerarse como tal un accidente sufrido en el trayecto si, independientemente de los sistemas de seguridad social que cubren los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, hay otros sistemas distintos que cubren tales accidentes sufridos en el trayecto, y que conceden prestaciones que en su conjunto son por lo menos equivalentes a las que establece este Convenio».

entre trabajo y lesión pone de relieve que el fundamento de la protección de los accidentes de trabajo y su carácter privilegiado respecto a la protección ordinaria se vinculan a la existencia de un riesgo específico que se imputa con criterios objetivos a la esfera de responsabilidad del empresario en la medida en que es éste, a través de su explotación, quien genera ese riesgo y puede ejercer determinado control sobre el mismo y sus manifestaciones» (STS/IV 26 de diciembre de 2013 –rcud 2315/2012– ponente A. Desdentado); así como que en relación estricta con el accidente *in itinere* que «nuestro sistema la protección de los accidentes de trabajo ha salido en algunos casos de ese marco estricto de la responsabilidad empresarial a través de la técnica de las asimilaciones (ejercicio de cargos electivos sindicales o el denominado accidente en la emigración, por ejemplo...). Esto es lo que ocurre con el accidente *in itinere*, que se produce normalmente como consecuencia de lo que podemos denominar riesgos de la circulación, que no se corresponden en principio con la esfera de riesgo del empresario» (STS/IV 18 de diciembre de 2013 rcud. 2315/2012, Pleno –ponente A. Desdentado).

El fundamento de la especial protección de la modalidad del accidente *in itinere* radica en que éste se vincula o conecta con el trabajo (con ocasión del trabajo), pues aunque no se produzca en tiempo y lugar de trabajo se origina como consecuencia de la necesidad de desplazamiento del trabajador para ir o volver del lugar de trabajo con los riesgos inherentes unidos, en su caso, a los riesgos de la circulación, por lo que es lógico otorgarles la consideración de accidentes de trabajo con la protección y responsabilidades derivadas, compatibles, en su caso, con las exigibles a otros posibles responsables (arg. ex artículo 163.3 LGSS/2015). Habiéndose razonado jurisprudencialmente que «Esta conexión es lógica en atención a que la consideración legal, como accidente de trabajo, del ocurrido *in itinere*, y, por lo tanto, fuera del centro de trabajo –con fundamento, quizá, en la doctrina del riesgo social– debe tener como causa, el trabajo asegurado, de modo que, todo siniestro que no obedezca a esta causa podrá ser calificado de accidente de tráfico –objeto, también de seguro obligatorio, en la esfera civil, en la que rige, igualmente, el precepto de responsabilidad objetiva– o de otra naturaleza, pero no de accidente de trabajo» (entre otras, SSTS/IV 17 de diciembre de 1997 –rcud 923/1997; 19 de enero de 2005 –rcud 6543/2003).

III. CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO DE ACCIDENTE *IN ITINERE*: ELEMENTOS DETERMINANTES

El concepto de accidente *in itinere* se ha construido por la jurisprudencia social a partir de dos términos esenciales: «lugar de trabajo» y «domicilio del

trabajador», así como de la «conexión» entre ellos a través del «trayecto» (entre otras muchas, SSTS/Social 29 de septiembre de 1997, recurso 2685/1996, ponente A. Desdentado, con doctrina revisada ex STS/IV 26 de diciembre de 2013, rcud 2315/2012, ponente A. Desdentado; 29 de marzo de 2007, rcud 210/2006; 12 de diciembre de 2009; 29 de marzo de 2009; 26 de diciembre de 2013, rcud 2315/2012, ponente A. Desdentado; 14 de febrero de 2017, rcud 838/2015; 17 de abril de 2018, rcud 1777/2016).

1. El lugar de trabajo

En cuanto al «lugar de trabajo», como punto de salida o de llegada, debe estarse a las reglas generales, con las matizaciones expuestas para los TRADE de «lugar de la prestación de la actividad» o la más estricta para el trabajador autónomo de «establecimiento en donde... ejerza habitualmente su actividad... y se corresponda con el local, nave u oficina declarado como afecto a la actividad económica a efectos fiscales».

Debe excluirse de esta modalidad el accidente que se produce en el propio lugar de trabajo, con las disquisiciones jurisprudenciales sobre si constituyen lugar de trabajo los vestuarios de la empresa (entre otras, SSTS/IV 3 de noviembre de 2003, rcud 4078/2002; 16 de diciembre de 2005, rcud 3344/2004; 4 de octubre de 2012, rcud 3402/2011) o el aparcamiento de la empresa durante los tiempos de descanso (STS/IV 13 de octubre de 2020, rcud 2648/2018²) o sobre la derivada incidencia de la salida del centro de trabajo en los denominados descansos para bocadillo en la jornada continuada considerados como tiempo de trabajo (entre otras, SSTS/IV 13 de diciembre de 2018, rcud 398/2017; 16 de julio de 2020, rcud 1072/2018³).

² Accidente de trabajo en sentido propio: «... el accidente ocurrió cuando el actor se dirigía a su vehículo situado en el aparcamiento de la empresa durante su tiempo de descanso de 40 minutos, y se resbaló cayendo al suelo, consecuencia de lo cual sufrió una contusión en su hombro derecho y una pequeña herida en el codo. Tales hechos evidencian la existencia de un enlace directo y necesario entre la situación en la que se encontraba el trabajador cuando se produjo la caída y el tiempo y el lugar de trabajo, y si bien permite aplicar la presunción del artículo 156.3 LGSS, acreditada su producción con «ocasión» de su desplazamiento al aparcamiento de la empresa, la cualidad profesional se impone por el artículo 156.1 LGSS... en el supuesto enjuiciado no concurre ninguna circunstancia que evidencie de manera inequívoca la ruptura de la relación de causalidad entre el trabajo y la caída».

³ «Los mismos argumentos que conducen a exigir que quien trabaja se haya incorporado a su puesto para que estemos ante tiempo de trabajo efectivo (art. 34.5 ET) y opere la presunción de laboralidad del accidente obligan a postular que así debe suceder cuando estamos ante un intervalo cronológico durante el que se descansa pese a venir considerado como tal tiempo de trabajo. Dicho de otro modo: si las reglas sobre jornada llevan a descartar la presunción cuando aquella no ha comenzado a discurrir, debe suceder lo contrario cuando la pausa no la paraliza.»

2. El domicilio de la persona trabajadora. La revisión del concepto de domicilio ex STS/IV 18 de diciembre de 2013 (rcud 2315/2012), Pleno. Ponente A. Desdentado.—Exclusiones

2.1 DOCTRINA JURISPRUDENCIAL CLÁSICA

Por lo que respecta a lo que debe conceptuarse como «domicilio» de la persona trabajadora, como término inicial de la ida o de la vuelta al trabajo, se ha venido partiendo jurisprudencialmente, —con mayor o menor flexibilidad (por deber ir ajustándose a las formas de transporte y a las costumbres sociales)—, de la inclusión en tal concepto no solo del domicilio legal, sino también del domicilio real y del habitual, así como del de estancia o comida, distintos de la residencia principal del trabajador, e incluso se ha extendido la consideración como tal al domicilio de la época de vacaciones (STS/Social 16 de octubre de 1984); precisándose, de forma loable con un criterio flexible, que «lo esencial no es salir del domicilio o volver al domicilio, aunque esto sea lo más corriente y ordinario, lo esencial es ir al lugar del trabajo o volver del lugar de trabajo, por lo que el punto de llegada o de vuelta puede ser o no el domicilio del trabajador en tanto no se rompa el nexo necesario con el trabajo» (SSTS/Social 5 de septiembre de 1976, 28 de febrero de 2001 —rcud 3493/1999).

Ahora bien, a pesar de la relativa flexibilidad de alguna de las sentencias, —en especial, respecto a que «el punto de salida para el trabajo o de retorno desde éste «puede ser o no el domicilio del trabajador»—, se ha destacado que «esta afirmación no debe aislarse de su contexto, en el que no se prescinde de este segundo término, sino que simplemente se aplica un criterio flexible en orden a la consideración de lo que a estos efectos debe entenderse por domicilio» y que «no es cierto que el único elemento relevante a efectos de la calificación sea el ir al trabajo o el volver de él, careciendo de trascendencia el punto desde el que se va al trabajo o al que, desde éste, se dirige el trabajador» (STS/IV 26 de diciembre de 2013 —rcud 2315/2012 —ponente A. Desdentado).

Igualmente se ha venido afirmando que, a pesar de la flexibilización del requisito del «domicilio», no se puede perder de vista la interrelación que debe existir entre domicilio y trabajo, siendo dable conceptuar el domicilio como «el punto normal de llegada y partida del trabajo», es decir, interpretándolo «a partir de criterios de normalidad dentro de los que se produce una conexión también normal entre el desplazamiento y el trabajo», así como que, en aplicación de dichos «criterios de normalidad», deben evitarse extensiones desmesuradas que pudieran desorbitar el riesgo profesional concertado y asumido por la entidad gestora sobre las lesiones sobrevenidas al trabajador con ocasión o con motivo del

trabajo, por lo que, en la rígida interpretación jurisprudencial clásica (luego reformada, como veremos) «esa normalidad se rompe cuando estamos ante un lugar que no es una residencia habitual o el sitio ordinario de comida o descanso o cuando la opción por ese lugar comporta un incremento de los riesgos de desplazamiento, como ocurre en el caso de las diferencias relevantes de distancia» (entre otras, SSTS/Social 5 de noviembre de 1976; 16 de octubre de 1984; SSTS/IV 29 de septiembre de 1997—recurso 2685/1996, ponente A. Desdentado, desplazado desde su residencia en Barcelona a Almería para ver a sus padres⁴, con doctrina revisada ex STS/IV 26 de diciembre de 2013, rcud 2315/2012, ponente A. Desdentado; 17 de diciembre de 1997, rcud 923/1997, domicilio de la abuela⁵; 28 de febrero de 2001, rcud 3493/1999, domicilio de la mujer que acompañaba al trabajador⁶; 20 de septiembre de 2005, rcud 4031/2004, domicilio de la novia).

2.2. LA REVISIÓN DEL CONCEPTO DE DOMICILIO EX STS/IV DE 18 DE DICIEMBRE DE 2013 (RCUD 2315/2012), PLENO. PONENTE A. DESDENTADO)

El concepto jurisprudencial de «domicilio» de la persona trabajadora como punto de partida o de retorno del lugar de trabajo cambia de forma tras-

⁴ Inexistencia de accidente *in itinere* en un supuesto relativo a accidente de tráfico sufrido cuando en unos días de puente regresaba el trabajador que se había desplazado desde su residencia en Barcelona a Almería para ver a sus padres.

Se razona: «esta normalidad se rompe en el caso contemplado, pues el lugar desde donde se vuelve al trabajo no es la residencia principal del trabajador, sino la de su familia; no es tampoco una residencia secundaria de uso habitual, ni un lugar de comida o descanso. Se trata de un lugar que se encuentra además a una larga distancia de la ciudad donde se realiza el trabajo. La conexión con éste tampoco podría establecerse a partir del traslado del trabajador... pues el contrato se suscribió en Madrid. Las circunstancias del caso muestran que se ha roto el elemento teleológico, pues la finalidad principal y directa del viaje no estaba determinada por el trabajo, aunque éste fijara el punto de regreso: la finalidad del viaje es la estancia con los familiares. También desaparece el elemento cronológico, pues el accidente tiene lugar en un momento —las 23 horas del domingo— que no se puede considerar próximo al comienzo del trabajo. Y, desde luego, tampoco puede apreciarse la idoneidad del trayecto, pues el accidente se produce a gran distancia del centro de trabajo y en un trayecto ajeno al que es normal para incorporarse al mismo. En realidad, lo más probable es que el punto final de ese trayecto no fuera el lugar de trabajo, sino la residencia del trabajador en Barcelona, para incorporarse el día siguiente al trabajo».

⁵ Inexistencia de accidente *in itinere*, cuando terminada la jornada laboral se dirige el trabajador al domicilio de su abuela, situado en localidad distinta de la que constituye el domicilio habitual del accidentado y la sede de la empresa; puesto que «Admitir como domicilio habitual del trabajador el de cualquiera de sus ascendientes —u otros próximos familiares— cuya residencia, además, se encuentra en localidad distinta a la del centro de trabajo, desorbitaría el riesgo profesional concertado y asumido por la entidad gestora sobre las lesiones sobrevenidas al trabajador con ocasión o motivo del trabajo».

⁶ Inexistencia de accidente *in itinere*: «al constar probado que el demandante abandonó el centro de trabajo, una vez concluía la jornada de ese día y se dirigía a la localidad donde residía la mujer que le acompañaba, situado en municipio distinto del suyo habitual, quedó rota la conexión con el trabajo... Puesto que el centro de trabajo y el domicilio del trabajador estaban ubicados en Bilbao, al iniciar el recorrido para dirigirse a Galdakao se rompió el criterio de normalidad en el itinerario a seguir, y esa circunstancia excluye la calificación de laboralidad que se pretende en la demanda».

cedente –ampliando dicho concepto y derivadamente flexibilizando, entre otros, los denominados elementos teleológico sobre la finalidad principal del viaje, el cronológico, el de la idoneidad del trayecto y el de la relación entre trayecto y trabajo, como veremos–, desde la STS/IV 26 de diciembre de 2013 (Pleno, rcud 2315/2012, ponente A. Desdentado).

Dicha sentencia –en la que se declara la existencia de accidente *in itinere*–, se parte como presupuesto fáctico, de un supuesto en el que «con fecha 29 de marzo de 2009 (domingo), y como era práctica habitual del actor, dado que iniciaba su jornada laboral el lunes a las 8 de la mañana en el expresado centro de trabajo, se desplazó con su vehículo propio desde su domicilio de Puente Almuhey (León), donde «descansaba los fines de semana», hasta el domicilio de Almazán (Soria), donde vivía durante los días laborales de la semana, y sobre las 21:15 horas sufrió un accidente de tráfico a la altura del punto kilométrico 414,500 de la carretera N-234 (...). Se señala también que entre la localidad de Puente Almuhey (León) y la de Almazán (Soria), hay una distancia aproximada de 350 kilómetros; y, entre esta última y Los Rábanos (Soria), una distancia de 15 kilómetros aproximadamente...».

Se distingue, llegando a un nuevo concepto de domicilio a efectos del accidente *in itinere*, entre:

a) «el domicilio del trabajador en sentido estricto» en el que juega el elemento intencional de querer seguir residiendo en dicho lugar aunque las circunstancias del trabajo no lo permitan; razonando que tal domicilio constituye la «sede jurídica de la persona» del artículo 40 del Código Civil, sede en la que, junto al hecho material de residencia –que persiste, aunque, por razones de trabajo, ésta se traslade temporalmente a otro lugar– aparece el elemento intencional (el *animus manendi*) de querer continuar residiendo en ese lugar, elemento intencional que se expresa objetivamente mediante una conducta significativa: la vuelta periódica al mismo cuando las obligaciones de trabajo lo permiten»; y

b) su «residencia habitual a efectos de trabajo» en la que deba residir por la propia naturaleza del contrato o del desplazamiento (donde, por razones de trabajo, vivía durante los días laborables de la semana»).

Distinción trascendental que comporta que «a efectos del punto de partida o retorno del lugar de trabajo puede jugar, según las circunstancias del caso, tanto el domicilio del trabajador en sentido estricto, como la residencia habitual a efectos de trabajo».

Para llegar a tal importante decisión, se parte, de forma realista y humana –en una época en que la necesidad de encontrar un puesto de trabajo o de mejorar el que se tiene obliga a buscarlo incluso en lugares muy alejados al del

domicilio del trabajador en sentido estricto—, de que, «para respetar la voluntad del trabajador en los tiempos presentes», «la interpretación de las normas debe adaptarse a la realidad social, como impone el artículo 3 del Código Civil, y ésta a la vista de la evolución de las nuevas formas de organización del trabajo y de la propia distribución de éste en el hogar familiar está imponiendo unas exigencias de movilidad territorial que obligan a los trabajadores a ajustes continuos en el lugar del trabajo, ajustes que no siempre pueden traducirse en un cambio de domicilio y que tienen en muchos casos carácter temporal por la propia naturaleza del contrato o del desplazamiento».

2.3 EXCLUSIONES

Por último en este apartado, se excluye, lógicamente de esta modalidad el accidente *in itinere*, el que se produce en el propio domicilio de la persona trabajadora (STS/Social de 29 de noviembre de 1988) o en hotel donde vivía (STS/Social de 18 de julio de 1986), con las matizaciones jurisprudenciales acerca del acontecido en las escaleras o en el jardín propios o comunitarios; configurándose como accidente *in itinere* «cuando el trabajador desciende las escaleras del inmueble en el que se ubica su vivienda ya no está en el espacio cerrado, exclusivo y excluyente para los demás, constitucionalmente protegido, sino que ya ha iniciado el trayecto que es necesario recorrer para ir al trabajo, transitando por un lugar de libre acceso para los vecinos y susceptible de ser visto y controlado por terceras personas ajenas a la familia» (STS/IV de 26 de febrero de 2008 –rcud 1328/2007).

3. La «conexión» entre «lugar de trabajo» y «domicilio del trabajador» a través del «trayecto»

3.1 PRINCIPIO GENERAL: CRITERIO DE NORMALIDAD Y EXCLUSIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD

La conexión «lugar de trabajo-domicilio del trabajador» se ha venido exigiendo con unos criterios de normalidad («conexión normal entre el desplazamiento y el trabajo») que conecten el concreto desplazamiento efectuado con el trabajo; en general, como se ha destacado jurisprudencialmente, «la causalidad no se rompe cuando la conducta normal del trabajador responde a patrones usuales de convivencia o comportamiento del común de las gentes» (STS/Social de 21 de mayo de 1984; STS/IV de 17 de diciembre de 1997 –rcud 923/1997).

La presunción de laboralidad ex artículo 156.3 LGSS/2015 (antes artículo 115.3) («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»), no es aplicable al accidente *in itinere*; habiéndose interpretado jurisprudencialmente que «La presunción del legislador en el accidente *in itinere* se establece para la relación de causalidad con el trabajo, pero no en relación a la lesión o trauma que no es discutido. Por el contrario en relación con el número 3 del artículo 115... la presunción establecida por el legislador se mueve en otro nivel, pues hace referencia a que la lesión exteriorizada en el tiempo y lugar de trabajo, y también con distinta intensidad, pues la presunción lo es *iuris tantum* es decir, admite prueba en contrario, mientras que el accidente *in itinere* se produce automáticamente esa calificación «tendrán la consideración» dice el legislador, siempre claro está que concurran los requisitos jurisprudenciales que se señalan para su calificación, lo que produce una inversión en la postura de las partes pues en éste el trabajador o sus causahabientes han de demostrar que concurren esos requisitos, mientras que en el ocurrido en el tiempo y lugar de trabajo es el patrono o las entidades subrogadas quienes han de justificar que esa lesión no se produjo por el trabajo» (entre otras, SSTS/IV de 16 de noviembre de 1998 –rcud 502/1998; 30 de mayo de 2000 –rcud 468/1999).

3.2. ELEMENTOS CONFIGURADORES: A) TELEOLÓGICOS; B) CRONOLÓGICOS; C) GEOGRÁFICOS; D) IDONEIDAD DEL TRAYECTO; E) IDONEIDAD DEL MEDIO DE TRASPORTE

Con tal fin se parte de los siguientes elementos:

a) Teleológicos: finalidad principal y directa del viaje, es decir, que la finalidad principal del viaje esté determinada por el trabajo, o como se ha afirmado en términos drásticos «el desplazamiento viene impuesto por la obligación de acudir al trabajo» (entre otras, SSTS/IV de 29 de marzo de 2007, rcud 210/2006; 10 de diciembre de 2009, rcud 3816/2008; 15 de abril de 2013, rcud 1847/2012) o como se afirma más flexiblemente «la finalidad principal del viaje sigue estando determinada por el trabajo, puesto que éste fija el punto de regreso...» (STS/IV de 18 de diciembre de 2013 rcud 2315/2012, Pleno, ponente A. Desdentado).

Por lo que, entre otros supuestos, conforme a la doctrina clásica y sin perjuicio de las futuras revisiones ex citada STS/IV de 18 de diciembre de 2013 (rcud 2315/2012, Pleno, ponente A. Desdentado), se rompe el elemento teleológico, cuando «la finalidad principal y directa del viaje no estaba determinada por el trabajo, aunque éste fijara el punto de regreso: la finalidad del viaje es la

estancia con los familiares» (STS/Social 29 de septiembre de 1997–recurso 2685/1996 –ponente A. Desdentado, con criterio revisado expresamente en el FD 5.º STS/IV 18 de diciembre de 2013); o cuando el accidente se produce durante el desplazamiento autorizado empresarialmente durante la jornada para que acuda el trabajador a la agencia tributaria para un asunto personal (STS/IV 29 de marzo de 2007 –rcud 210/2006⁷); o incluso cuando la trabajadora sufre un accidente con la motocicleta que conducía cuando volvía al trabajo tras acudir a la consulta de la matrona en el ambulatorio –por hallarse embarazada–, previa autorización de la empresa, pues «Para esta Sala tanto en el caso de quien acudía a realizar una gestión de tipo tributario, como en el de quien lo hacía a una consulta médica, estábamos ante una diligencia de carácter privado, sin relación alguna con el trabajo y, por ello, negábamos que cupiera la calificación de accidente laboral *in itinere* pretendida» (STS/IV 10 de diciembre de 2009 –rcud 3816/2008); o cuando se trata de un accidente fortuito sufrido por una trabajadora en el trayecto de su centro de trabajo al centro médico o ambulatorio, con ocasión de acudir a una consulta médica de carácter privado, sin relación alguna con el trabajo, aun contando con autorización de la empresa (STS/IV 15 de abril de 2013 –rcud 1847/2012); o cuando no consta que el trabajador tras recibir el parte de alta médica se dirigiera a la empresa para su entrega (STS/IV 25 de mayo de 2015 –rcud 2163/2014⁸).

Existiendo, sin embargo, el elemento teleológico cuando el fallecido traslade a otras personas cuando regresa a su domicilio y esos pasajeros sean, a su vez, personas que comparten actividad en la empresa y que también regresan a sus domicilios al acabar la jornada laboral, puesto que la finalidad del viaje está determinada por el trabajo, pues vuelve de trabajar y traslada a los compañeros previamente a sus respectivos domicilios, lo que la empresa conoce, y concuerda con las valoraciones sociales sobre racionalización de los medios de desplazamiento, ya que la minimización de los riesgos derivados del tráfico

⁷ Inexistencia de accidente *in itinere*: «la finalidad principal y directa del viaje en el que se produjo el accidente del actor (una gestión privada relacionada con su declaración de la renta), aunque producido durante una interrupción autorizada de la jornada laboral, ninguna relación tenía con el trabajo ni aconteció en el trayecto habitual de ida y vuelta entre el domicilio y el lugar de trabajo pues se debió a un motivo de interés particular que rompió el nexo causal con esa ida o vuelta, sin que la autorización empresarial para realizarlo implique otra cosa... que la imposibilidad de cualquier sanción posterior por abandono del puesto de trabajo... por lo que no cabe sino concluir que se trataba... de una gestión de claro carácter privado, sin relación alguna con el trabajo. Faltan..., pues, los elementos teleológico, geográfico y cronológico antes mencionados».

⁸ «... del simple hecho de recibir el parte de alta no se deriva la necesidad de hacer un viaje de 50 km. de ida y otros tantos de vuelta al centro de trabajo que está cerrado y va a continuar sin actividad durante más de un mes, por cuanto ese viaje se puede hacer cualquier día y el parte médico puede enviarse por correo, máxime cuando es un hecho probado... que la empresa nunca sanciona la demora en entregar los partes médicos de alta o baja».

aconseja disminuir el número de vehículos en circulación (STS/IV 12 de febrero de 2017, rcud 838/2015).

b) Cronológicos: proximidad horaria a la entrada o salida del trabajo o el tiempo normal o prudencial empleado en el trayecto (STS/IV 19 de enero de 2005, rcud 6543/2003) o el que pueda considerarse como una opción adecuada (26 de diciembre de 2013, rcud 2315/2012, ponente A. Desdentado).

Por lo que, entre otros supuestos, es dable calificar como accidente *in itinere*, con una interpretación flexibilizadora (inspirada, especialmente, en la citada STS/IV 18 de diciembre de 2013), el acontecido durante un «retraso razonable» (STS/IV 12 de febrero de 2017, rcud 838/2015⁹); o el accidente de tráfico sufrido en el autobús de regreso del centro de trabajo al domicilio, aunque previamente se hubiese invertido un corto periodo de tiempo en una compra doméstica, dado que puede configurarse como «una «gestión razonable» que responde a «patrones usuales» de comportamiento y a «criterios de normalidad» de conducta» (STS/IV 17/04/2018, rcud 1777/2016¹⁰);

⁹ «Lo acreditado es que el trabajador emprende el regreso con posterioridad a las 18,30. No consta la hora real en que el vehículo emprende la marcha; si realmente lo hizo a las 18,45, es lógico pensar que accede a la población de Mengíbar sobre las 19,15; teniendo presente que realiza dos paradas, es razonable pensar que a las 19,30 esté en condiciones de reemprender el viaje a Linares.

Pues bien, recordemos que el accidente lo sufre sobre las ocho menos veinte y a la salida de Mengíbar. La sentencia recurrida expone que al no haberse acreditado las causas del retraso en cuestión, el viaje se ha deslaboralizado. Entendemos que el número de minutos sin justificar ha podido dedicarse a muy diversos menesteres, sin que ello comporte la ruptura del elemento cronológico. No estamos ante un retraso relevante. El tiempo razonable de despedida con los compañeros de la obra que se quedan en Mengíbar, la eventualidad de que hubiera habido algún atasco menor, la imposibilidad de que el trabajador manifestara exactamente lo acaecido tras dejar al segundo de los pasajeros, la posibilidad de alguna gestión intermedia razonable (recargar combustible, acudir al servicio, realizar una mínima compra), son factores que inclinan a la solución flexibilizadora patrocinada tanto por la sentencia referencial cuanto por la del Pleno de esta Sala ya expuesta».

¹⁰ «... en el caso de autos es claro que se cumplen de forma indubitada tres de los cuatro elementos configuradores de la laboralidad del accidente [teleológico; geográfico; e idoneidad del medio], y que la única duda puede suscitarse en torno al elemento cronológico, cuya afirmada ruptura por la recurrida se refiere no al tiempo invertido en el trayecto trabajo/domicilio, que fue el habitual en su recorrido y duración [se utilizó el usual medio de transporte], sino a la consideración, irrelevante a juicio de esta Sala— de que su inicio fue demorado menos de una hora por causa de una gestión exclusivamente personal [la compra de yogures en un cercano supermercado].

La duda ha de solventarse acogiendo los precedentes flexibilizadores de este Tribunal, cuando ha afirmado que la causalidad no se rompe si «la conducta normal del trabajador responde a patrones usuales de convivencia o comportamiento del común de las gentes» (SSTS 21/05/84...; y 17/12/97, rcud 923/97); que tampoco ha de excluirse la cualidad de accidente de trabajo por la «la posibilidad de alguna gestión intermedia razonable» (STS 14/02/17, rcud 838/15); y que ha de admitirse la razonabilidad de ampliaciones en la protección atendiendo a «criterios de normalidad dentro de los que se produce una conexión también normal entre el desplazamiento y el trabajo» (STS 26/12/13, rcud 2315/12). Precedentes estos que nos llevan a considerar que la breve postergación temporal de autos ... no puede entenderse rupturista del nexo causal, en tanto que la demora por la simple compra de unos yogures no puede sino entenderse —sea o no ama de casa...— como una «gestión razonable» que responde a «patrones usuales» de comportamiento y a «criterios de normalidad» de conducta, en los términos que refiere nuestra flexibilizadora doctrina».

o en supuesto enjuiciado en la comentada STS/IV 18 de diciembre de 2013 en el que «Está presente también el elemento cronológico, pues aunque el accidente tiene lugar a las 21,15 horas del domingo cuando el trabajo comenzaba a las 8 horas del lunes, lo cierto es que se viajaba desde un punto que ha sido definido como el domicilio del trabajador hasta el lugar de residencia habitual y el hacerlo a aquella hora, para después de un descanso, poder incorporarse al día siguiente al trabajo ha de considerarse como una opción adecuada».

Pero no concurría este elemento cronológico –conforme a la doctrina clásica–, cuando «pueda implicar una detención excesiva o desviación del camino normal entre hogar y trabajo» (STS/Social 15 de julio de 1986¹¹); o cuando «el accidente tiene lugar en un momento –las 23 horas del domingo– que no se puede considerar próximo al comienzo del trabajo» (STS/IV 29 de septiembre de 1997, recurso 2685/1996, ponente A. Desdentado, con criterio revisado expresamente en el FD 5.º citada STS/IV 18 de diciembre de 2013).

c) Geográficos (proximidad espacial); por lo que –conforme a la doctrina clásica–, no «concorre el elemento cronológico y geográfico, pues el accidente de tráfico acaece en una carretera, alejada del centro de trabajo y ajeno, por lo tanto, al habitual trayecto que recorre, a diario, el trabajador para reintegrarse a su domicilio una vez terminada la jornada laboral» (STS/IV de 17 de diciembre de 1997 –rcud 923/1997); «o, lo que es igual, que el recorrido no se vea alterado por desviaciones o alteraciones temporales que no sean normales y obedezcan a motivos de interés particular de tal índole que rompan el nexo causal con la ida o la vuelta del trabajo» (STS/IV 19 de enero de 2005, rcud 6543/2003)¹².

¹¹ «... un accidente no pierde su carácter de laboral por el hecho de que exista alguna circunstancia que motive la detención del trabajador en el camino habitual de su trabajo a su domicilio y viceversa, siempre que la detención no sobrepase los límites temporales de lo que debe considerarse normal o habitual ...; sin embargo, esa flexibilización no implica que pueda permitirse una extensión que desvirtúe el concepto mismo que se quiso dar al «accidente *in itinere*, por lo que vienen imponiéndose ciertos límites a todo lo que no constituya camino habitual, o pueda implicar una detención excesiva o desviación del camino normal entre hogar y trabajo» y que «en el supuesto de autos el fallecido y sus tres o cuatro compañeros salieron de la empresa donde se celebraba la fiesta navideña y la despedida de uno por jubilarse, sobre las 22 horas, mientras que el accidente no tuvo lugar hasta las 23.15 horas, lo cual no puede estimarse que sea una mera parada normal en el camino, sino que ya reviste unos caracteres de estancia bastantes prolongada, y si se desviaron de su camino normal, para ir en dirección contraria hacia un bar, donde permanecieron más de una hora, es evidente que se ha roto el nexo causal entre trabajo y domicilio...».

¹² Inexistencia de accidente *in itinere*: «El actor regresaba de Valladolid, donde había pasado con su familia el día de fin de año. En dicha ciudad vivía en efecto su familia, pero allí el actor no tenía su residencia legal, ni su domicilio real y principal, ni tan siquiera el secundario de uso habitual; no es posible pues hablar de domicilio del trabajador. Se trataba además... de un viaje cuya finalidad principal y directa no estuvo determinado por el trabajo (estuvo pues ausente el elemento teleológico) aunque éste condicionara el lugar de regreso, sino por el deseo de pasar un día de convivencia con sus familiares; de ahí que tampoco

Por el contrario, aunque exista un desvío en la trayectoria directa, «no se ha roto la conexión entre trayecto y trabajo, pues se va al lugar de residencia haciendo un alto para dejar a los compañeros (de viaje y de empresa)», razonando, –con criterio flexible ajustado a la citada STS/IV de 18 de diciembre de 2013–, que «El accidente se produce en un itinerario cuyo trazado no es el más directo para enlazar la población donde se trabaja y el lugar de residencia. Sin embargo, no se ha roto la conexión entre trayecto y trabajo, pues se va al lugar de residencia haciendo un alto para dejar a los compañeros (de viaje y de empresa)... El trazado... es el habitual y adecuado para poder regresar al tiempo que lo hacen los compañeros transportados... Aunque si viajara él solo no habría tenido que desviarse a M., esa derivación queda integrada en el carácter laboral del desplazamiento (elemento teleológico), de modo que la concreta ubicación del siniestro no comporta ruptura del trayecto habitual» (STS/IV de 12 de febrero de 2017, rcud 838/2015).

d) De idoneidad del trayecto (ajeno o no al que sea normal para incorporarse al trabajo o retornar al domicilio) (entre otras, SSTS/IV de 29 de septiembre de 1997, recurso 2685/1996, ponente A. Desdentado, con criterio revisado expresamente en el FD 5.º citada STS/IV de 18 de diciembre de 2013; 19 de diciembre de 1997, recurso 923/1997; 28 de febrero de 2001, rcud 3493/1999¹³). Por lo que, entre otros supuestos, no concurre este elemento cuando voluntariamente se desvía utilizando una ruta fuera del camino normal de ir o volver de su casa al trabajo (STS/Social de 10 de febrero de 1986¹⁴);

hubiera podido calificarse de *in itinere* el accidente si éste se hubiera producido el día antes y durante el viaje de ida a Valladolid, aunque se hubiera iniciado desde el centro de trabajo, por ausencia del mismo elemento: su finalidad no habría sido la de regresar a su domicilio desde el trabajo, sino la de marchar desde el trabajo a otra población distinta y alejada para visitar a su familia. Finalmente no concurrió el elemento geográfico, puesto que el accidente se produjo en un trayecto totalmente ajeno al normal que debía recorrer para acudir al trabajo, siendo por ello irrelevante el punto kilométrico exacto de dicha carretera en que se produjo, pues cualquiera en que hubiera ocurrido, habría sido igualmente ajeno al trayecto normal».

¹³ Inexistencia de accidente *in itinere*, cuando al terminar la jornada laboral el trabajador se dirige al domicilio de su novia situado en la localidad próxima al de su domicilio habitual; interpretándose que «el demandante abandonó el centro de trabajo, una vez concluía la jornada de ese día y se dirigía a la localidad donde residía la mujer que le acompañaba, situado en municipio distinto del suyo habitual, quedó rota la conexión con el trabajo... Puesto que el centro de trabajo y el domicilio del trabajador estaban ubicados en Bilbao, al iniciar el recorrido para dirigirse a Galdakao se rompió el criterio de normalidad en el itinerario a seguir, y esa circunstancia excluye la calificación de laboralidad que se pretende en la demanda».

¹⁴ «... el fallecimiento del trabajador se produjo en una caserío deshabitado adonde se trasladó voluntariamente, sito fuera del camino normal de ir o volver de su casa al trabajo y sin ninguna relación causal entre los hechos que pudieron dar lugar a la muerte y dicho trabajo, por lo que no resultan infringidos por violación los preceptos que se denuncian... ya que si el desvío de trayecto y la concurrencia de culpabilidad criminal de un tercero no impiden la calificación de accidente *in itinere*, es preciso para ello que dichas circunstancias guarden relación con el trabajo, lo que no acaece en el supuesto debatido, en que la muerte, por el lugar en que se llevó a efecto y circunstancias que la acompañaron, no guarda ninguna conexión o lazo de unión con la referida relación laboral del trabajador fallecido».

o cuando «el accidente se produce a gran distancia del centro de trabajo y en un trayecto ajeno al que es normal para incorporarse al mismo» (citada STS/IV de 29 de septiembre de 1997 –recurso 2685/1996 –ponente A. Desdentado).

e) Añadiéndose, en ocasiones, que el trayecto se realice con medio normal de transporte (elemento de idoneidad del medio) (entre otras, SSTS/IV de 19 de enero de 2005, recurso 6543/2003, 20 de septiembre de 2005, recurso 4031/2004); habiéndose llegado a excluir la calificación de accidente *in itinere* en un supuesto de utilización de un medio de transporte prohibido por la empresa (STS/Social 22 de diciembre de 1987¹⁵); o en otro en el que el trabajador se traslada desde domicilio diferente del habitual (pues había pernoctado en el domicilio de su novia), recorriendo un trayecto diferente del habitual y utilizando un medio de transporte (su propio vehículo y no el autocar puesto a su disposición por la empresa) también diferente del habitual (STS/IV 20 de septiembre de 2005, rcud 4031/2004¹⁶).

IV. APLICABILIDAD A LOS ACCIDENTES *IN ITINERE* DEL ARTÍCULO 156.5.B) LGSS/2015.

Mención especial merece la declarada jurisprudencialmente aplicabilidad a los accidentes *in itinere* del artículo 156.5.b) LGSS/2015 (anterior 115.5.b) LGSS/1994) («No impedirán la calificación de un accidente como de trabajo: ... b) la concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde

¹⁵. «... es evidente que aquel accidente no puede ser calificado de laboral, puesto que aun admitiendo que lo fue cuando se dirigía desde su domicilio al lugar del trabajo, sin embargo, ha quedado debidamente acreditado que se desplazaba siguiendo un camino o vía que no era la habitual, circulando por un carril sin asfalto en vez de la carretera de Hernán Cortés a Medellín, creando con esa conducta mayores riesgos, pero, además utilizó un medio de transporte, como la motocicleta de su propiedad, que le había sido prohibido por la empresa en lugar del que estaba destinado para el desplazamiento diario de los trabajadores al servicio de la empresa demandada desde Hernán Cortés a Medellín, si a ello se suma que no consta que el trabajador se dirigiera al trabajo puesto que no pasó la noche en su domicilio, ignorándose dónde lo hizo, habrá que concluir... que no existía esa relación de causa efecto entre el trabajo y el accidente...».

¹⁶. «Ciertamente el trabajador accidentado se dirigía al centro de trabajo cuando el accidente se produjo (elemento teleológico), mas ello fue así tras partir de lugar diferente del que era su domicilio habitual, recorriendo un trayecto o itinerario también diferente del habitual y utilizando un medio de transporte que, aun siendo previsiblemente propio, es lo cierto que se apartaba del que últimamente venía siendo utilizado por el trabajador... Por razonables que sean los motivos particulares que puedan explicar la presencia del trabajador en domicilio diferente del suyo, es lo cierto que la concurrencia de las tres circunstancias expresadas impiden la apreciación de que estemos ante un accidente *in itinere*, pues otra conclusión –desconociendo la exigencia de los elementos que hemos llamado geográfico y de transporte– extremaría o desorbitaría el riesgo profesional concertado y asumido por la entidad gestora respecto de los accidentes sobrevenidos con ocasión o con motivo del trabajo».

relación alguna con el trabajo»), puesto que la excepción establecida en su inciso final («... salvo que no guarde relación alguna con el trabajo») está referida a todo tipo de accidentes.

Afirmándose que si bien la interpretación de este último inciso, *contrario sensu*, llevaría a la conclusión de cuando la agresión externa no guarda relación con el trabajo su resultado no puede calificarse de accidente laboral, pero que esta conclusión, sin duda extensiva de un mandato legal que, por su naturaleza de excepción a la regla, ha de ser objeto de una interpretación estricta y acorde con la naturaleza de la institución, como se efectúa en la STS/IV 20 de febrero de 2006 (recurso 4145/2004), citando, especialmente, como antecedentes «Las Sentencias de 14 de diciembre de 1981 y 21 del mismo mes de 1982 tipificaron como accidentes de trabajo *in itinere* el fallecimiento de la víctima de un atentado y la muerte a mano airada, respectivamente, en cuanto la víctima se encaminaba a su quehacer habitual al ser asesinado».

En el supuesto contemplado en la citada STS/IV 20 de febrero de 2006 se ha configurado loablemente como accidente de trabajo *in itinere*, el fallecimiento del trabajador a consecuencia de un tiro en la cabeza efectuado por un tercero, al que ninguna relación unía con el fallecido, después de finalizada la jornada laboral mientras esperaba el autobús para regresar a su domicilio, efectuando una interpretación finalística del párrafo 5 del artículo 115 LGSS, concluyendo que si bien «cuando la agresión que sufre el trabajador por parte de un tercero –sea en el lugar de trabajo o *in itinere*– obedece a razones personales entre agresor y agredido, cobra fuerza la excepción legal y el resultado lesivo de la agresión no puede calificarse como accidente de trabajo», pero que en supuesto enjuiciado no ocurre así, dado que «entre agresor y trabajador agredido no existía relación alguna previa al suceso que provocó la muerte del segundo» y que «por tanto la excepción final referida del 115.5 LGSS deberá interpretarse como excluyente de la calificación de accidente de trabajo cuando la agresión obedezca a motivos determinados ajenos al trabajo y próximos a circunstancias de agresor y agredido, pero no en los casos en los que, por las circunstancias, el suceso deba ser calificado como caso fortuito tal y como aparece configurado en la doctrina de la Sala 1.^a de este Tribunal» y que «Por otra parte, como señalaba la sentencia de 21 de diciembre de 1982... si «el fallecimiento producido por un accidente de carretera, por una simple caída... sería indemnizable, es absurdo que si la muerte se produce a mano airada, por un crimen, no se considere indemnizable».

En análogo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia unificadora calificando de accidente *in itinere* el sufrido por una trabajadora, dependiente en un estanco, la que después de cerrar el estanco, fue víctima de un robo en el

que le sustrajeron un bolso, a resultas del cual inició un período de incapacidad temporal (STIS/IV 14 de octubre de 2014 –rcud 1786/2013).

V. EL ACCIDENTE *IN ITINERE* Y LAS ENFERMEDADES QUE SE MANIFIESTAN O SURGEN EN EL TRAYECTO DE IDA O VUELTA DEL TRABAJO

Argumenta la jurisprudencia social, modificando una doctrina anterior (reflejada, entre otras, en STS/Social 4 de julio de 1988¹⁷)–, que la asimilación a accidente de trabajo del accidente *in itinere* se limita a los accidentes en sentido estricto (lesiones súbitas y violentas producidas por agente externo, pero no se extiende a las dolencias o procesos morbosos de distinta etiología y modo de manifestación que se produzcan en los trayectos de ida o vuelta al lugar de trabajo, señalando que en estos supuestos no entra en juego la presunción de laboralidad y se produce una inversión en la postura de las partes, pues será el trabajador o su causahabientes quienes deban demostrar la existencia del nexo causal entre la lesión y el trabajo de la que pudiera derivarse la calificación de accidente laboral (entre otras, SSTS/IV 4 de julio de 1995, rcud 1449/1994, infarto mientras esperaba autobús; 21 de septiembre de 1996, rcud 2983/1993, infarto miocardio; 20 de marzo de 1997, rcud 2726/1996, dolencia vascular cerebral en camino al trabajo; 16 de noviembre de 1998, rcud 502/1998, miocardiopatía hipertrófica al salir de la empresa y dirigirse a parada autobús próxima; 14 de diciembre de 1998, rcud 1139/1998, infarto miocardio; 21 de diciembre de 1998, rcud 722/1998, dolencia cardíaca; 30 de mayo de 2000, rcud 468/1999, desvanecimiento repentino cuando se dirigía desde su casa al trabajo, en la estación del metro; 18 de junio de 2013, rcud 1885/2012, infarto en el trayecto de ida al trabajo; 16 de septiembre

¹⁷. «... es imperativo precisar que en supuestos como el que nos ocupa el acreditamiento a integrar en el proceso es que el infarto sobrevenido tiene antecedentes claros y definidos en una patología cardíaca de quien lo sufre, pues faltando éstos y significado que el que hacer laboral comporta un área de responsabilidades y de toma de decisiones, no puede desvincularse, con sujeción a las reglas de la sana lógica, el infarto de las tareas que se desempeñan; o, también, la probanza de que no hay la menor relación causal entre el fallecimiento y el trabajo.

El difunto era director de la oficina de un banco en una capital de provincia, por lo que no cabe negar que su tarea estaba afectada por ese cierto grado de preocupación que conlleva el cargo en sí mismo. No hay en autos ni el más leve antecedente de que estuviera afectado de enfermedad alguna de tipo cardíaco. Se encaminaba a la oficina a la hora justa en que comienza la jornada laboral. Estamos, pues, ante un acaecimiento sobrevenido que tiene en alguna medida una cierta relación con el trabajo, por lo que debe recibir la cobertura que nuestro ordenamiento ha previsto para estas situaciones».

de 2013 –rcud 2965/2012 –infarto cerebral en trabajador que se desplaza a otra ciudad para iniciar temporada de trabajo).

Si bien, partiendo de que lo relevante es el momento en que aparecen los síntomas de la dolencia y que, por tanto, si concurren los presupuestos para que opere la laboralidad se mantiene esta calificación aunque la crisis real acaezca con posterioridad o con anterioridad ya hubiera aparecido la dolencia; entre otros supuestos, se ha presumido accidente de trabajo la muerte producida por embolia pulmonar, cuando el trabajador se dirigía a su casa desde el trabajo en el que ya se había encontrado indispuerto (STS/IV de 14 de marzo de 2012 –rcud 4360/2010) o la lesión cardiovascular cuyos síntomas debutan durante el trabajo y el trabajador logra finalizar su jornada (STS/IV de 23 de enero de 2020 –rcud 4322/2017).

VI. LA FIGURA DEL MAGISTRADO AURELIO DESDENTADO BONETE

Para participar en el merecido homenaje póstumo al prestigioso Magistrado Aurelio Desdentado Bonete y compañero durante largos años en la Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo elegí glosar la STS/IV Pleno de 26 de diciembre de 2013 (rcud 2315/2012), de la que fue ponente Aurelio y dictada por unanimidad por todos los integrantes de la Sala

En ella –en la que se califica como accidente *in itinere* el padecido un domingo a las 21.15 horas cuando una persona trabajadora volvía desde su domicilio en la localidad donde salía pasar los fines de semana a la localidad donde residía los días laborables y que era distinta a aquella en la que se encontraba el centro de trabajo–, aunque parezca, lo que ya por si solo sería trascendental, que exclusivamente se varía, ampliando y flexibilizando, el clásico concepto jurisprudencial de «domicilio» de la persona trabajadora como punto de partida o de retorno del lugar de trabajo como uno de los elementos esenciales para la determinación del accidente *in itinere*, en realidad –como he ido analizando a lo largo del texto anterior–, se altera de forma trascendente, al impregnarlos de realismo, humanidad y flexibilidad, los restante elementos configuradores de tal modalidad de accidente de trabajo, con especial reflejo en los denominados elementos teleológico sobre la finalidad principal del viaje, el cronológico, el de la idoneidad del trayecto y el de la relación entre trayecto y trabajo.

Aurelio ha estado presente, de forma esencial y activa, en todas las deliberaciones de asuntos trascendentes que han tenido lugar en la Sala IV durante sus largos años de permanencia en la misma. Su razonado criterio lo trasmittía a todos los integrantes de la Sala, cuando no era el Ponente del asunto

concreto, a través de minuciosas y estudiadas notas, que facilitaban la deliberación y que restaban argumentos a posturas menos estudiadas. Tenía un sistema «peripatético» para la deliberación, estaba en continuo movimiento en los Plenos, repartiéndonos argumentos y propuestas, y era muy difícil atreverse a rebatir sus siempre razonadas tesis; de ahí que –pueda o no compartirse «a posteriori» la doctrina de la Sala–, Aurelio fue Ponente y/o votó a favor de las esenciales tesis que han marcado durante muchos años la línea jurisprudencial social.

Su humildad, reconociendo sin rencor las circunstancias que obligaban a un posible cambio doctrinal, a pesar de haber sido el Ponente e inspirador de sentencias con tesis contrarias, era loable; reflejándose con claridad en la comentada STS/IV Pleno de 26 de diciembre de 2013 (rcud 2315/2012) en la que afirma, sin rodeos, que varia y/o flexibiliza gran parte de la doctrina contenida en anteriores sentencias de las que el mismo había sido Ponente.

Era tanta su vocación judicial que siempre quiso estar a pie de cañón en la Sala, sin nada que le entretuviera, rechazando posibles ofertas de cambio a otros Tribunales o a cargos gubernativos, incluso en la propia Sala sufría cuando, por vacante u otra causa debía, por su antigüedad, ejercer como Presidente en funciones.

Su origen en la docencia, comportaba además que para él los asuntos no finalizaban cuando las sentencias adquirían firmeza, sino que los seguía estudiando, encontrando nuevos argumentos a favor o en contra de las tesis adoptadas, difundidos a través de detalladas conferencias y de minuciosos artículos doctrinales.

En definitiva, Aurelio Desdentado, por sus esenciales aportaciones, debe ocupar un puesto de los más importantes de la historia del Derecho Social español y de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

LAS ZONAS FRONTERIZAS DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL: ALLÍ DONDE NO EXISTE UN PREVIO CAMINO TRANSITABLE

JUAN MANUEL SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA
Magistrado Director del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007 (RCUD 1795/2006) [ECLI: ES: TS:2007:2452].

II. INTRODUCCIÓN

En esta sentencia del TS la Sala Cuarta aborda, a través de la ponencia de Aurelio Desdentado, el análisis de la competencia de la jurisdicción social para determinar si una relación contractual muy anterior en el tiempo y ya extinguida era laboral o no, como acto previo para la posterior valoración de los méritos que ello supondría en un futuro empleo administrativo. El trabajador sostenía que aquella relación de la que había sido titular tiempo atrás fue un mero ropaje o apariencia de contrato administrativo, cuando era realmente laboral, y consideraba que tal reconocimiento de «laboralidad» le ofrecería una mejor baremación en la bolsa de trabajo en la que estaba inmerso para un futuro concurso administrativo con el fin de acceder a plazas en interinidad.

La brillantez de Aurelio se pone de manifiesto, una vez más, en esta sentencia que aborda las fronteras de la jurisdicción social. Conocí a Aurelio en un curso del Consejo, allá por el año 92, y fue luego al llegar yo en 2004 al Gabinete Técnico del Tribunal Supremo como magistrado del Gabinete, área Social, cuando tuve la oportunidad de trabajar con él y aprender de él durante diez años hasta su jubilación. Pronto me deslumbraron su bondad, sus enormes conocimientos y su humildad, y fue un honor para mí ser su amigo y abordar diversos proyectos juntos, así como contarme entre el grupo de sus amistades que recibían sus artículos doctrinales en bruto para que le hiciésemos sugerencias. Esa lucidez que le caracterizaba y ya detecté en aquel lejano curso de formación para jueces hace treinta años, pude constatarla en los años que trabajamos juntos y se plasma en todas sus resoluciones, y cómo no, en la que ahora comentaremos, y no solo en la redacción de la propia sentencia, sino en la «trastienda» de la solución del recurso, es decir, en la fase decisión sobre admisión que tiene lugar en el Gabinete Técnico y que solo conocemos los que hemos trabajado durante muchos años en la «sala de máquinas» del Tribunal Supremo.

III. COMENTARIO

En la sentencia que comentamos el trabajador demandante había prestado servicios como veterinario para la ejecución de campañas de saneamiento ganadero de la Consejería de Agricultura y Ganadería de la Junta de Castilla y León, en el periodo de 1 de abril de 1992 hasta 31 de octubre de 1995, con diversas interrupciones, todo ello al amparo de varios contratos administrativos con estricta sujeción a las cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas. En esos contratos se fijaba un precio por «acto clínico» y el veterinario giraba las facturas correspondientes. Desde 1995 no volvió a mantener relación contractual de tipo alguno con la Consejería de agricultura, pero como quiera que la adjudicación de plazas de personal interino para puestos de veterinario por la Consejería de Agricultura y Ganadería se seguía el orden de preferencia de una lista provincial, que se confecciona con carácter mensual atendiendo a la puntuación otorgada en base a un baremo establecido en el que tenían influencia los periodos previos servidos como contratado laboral, planteó en diciembre de 2004 reclamación previa y posterior demanda ante el juzgado de lo Social solicitando el reconocimiento de la laboralidad de esos servicios que prestó hasta 1995 al amparo de contratos administrativos, con el fin evidente de obtener una baremación favorable en la citada bolsa.

El Juzgado de lo Social en sentencia de 28 de abril de 2005 desestimó la excepción de prescripción invocada por la administración demandada y estimó la demanda planteada, declarando que «la relación que unía a las partes en los periodos consignados en el hecho probado primero de esta resolución tiene naturaleza laboral común, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por tal declaración».

Interpuesto recurso de suplicación por la Consejería de Agricultura de la Junta de Castilla y León, el TSJ de C y L (sede Burgos) dictó sentencia de fecha 21 de febrero de 2006 (R. suplicación 857/05) por la que desestimaba el recurso y confirmaba la sentencia recurrida, ante lo cual la Consejería interpuso el correspondiente recurso de casación para unificación de doctrina. En el recurso de suplicación la Consejería planteaba ante el TSJ un único motivo de recurso denunciando la infracción del artículo 59.1 del ET por entender que la acción estaba prescrita al haber transcurrido más de un año desde la terminación de los contratos litigiosos, lo que la sala rechazó por considerar que la elaboración mensual de las listas en base a la puntuación por baremo supone una renovación mensual, y ello implica una relación de tracto sucesivo que impedía aplicar la prescripción alegada.

En el recurso para la unificación de doctrina, la Consejería insistió en la prescripción de la acción, invocando de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León (Valladolid) de 19 de octubre de 2005, que abordaba un caso con igualdad sustancial: otro veterinario, de la misma Consejería, que había cesado en sus contratos administrativos hacía muchos años y que, igual que en el recurso que nos ocupa, solicitaba el reconocimiento de la laboralidad de aquella relación al objeto de ser mejor baremado en la bolsa o lista de trabajo en la consejería, y la Sala había decidido que la acción estaba prescrita.

Se daba, sin duda alguna, la «contradicción» necesaria, el requisito esencial para pasar la barrera de la admisión. Ocurre que el RcuD que analizamos no llegó él solo al TS, sino que se fueron registrando en fechas próximas varios recursos iguales (entre otros, los R. 315/06, 1928/06, 856/06, 1978/06 y 1798/06) que el Gabinete detectó y agrupó para su conocimiento y tramitación de forma coordinada. En esos tiempos, el registro de entrada de asuntos en la Sala Cuarta era muy considerable y la plantilla de letrados estaba muy mermada, por lo que los magistrados de Sala se implicaban activamente y como un letrado más en la fase de Admisión /inadmisión en lo que se llamó los «puntos rojos»: un determinado número de recursos se marcaban con un «punto» rojo y eran repartidos a los magistrados de Sala para que hicieran el estudio sobre las causas de admisión, como hacen los letrados del Gabinete.

Pues bien, el primero de esos recursos fue informado de «Admisión» por uno de los magistrados de sala ante la evidente existencia de contradicción, y el resto de asuntos iguales, informados ya por los letrados, se sujetó a esa primera decisión.

Sin embargo, cuando el informe de admisión de uno de los letrados en el Recurso 1795/06 que era ponencia de Aurelio llegó a manos de éste para confirmar la decisión de admisión (el ponente revisa esa propuesta del letrado en lo que se llama la Sección de Admisión, integrada por el ponente y dos magistrados más de la Sala que configurarán la terna que firmará el auto de inadmisión en su caso) rápidamente detectó que aquello, al margen de la existencia de contradicción en cuanto al fondo, tenía un problema que había que abordar de oficio: ¿era la jurisdicción social competente para conocer de un asunto que versaba sobre la calificación de una relación jurídica ya antigua, no actual, y para una futura baremación en un ulterior e hipotético nombramiento como personal interino de la Consejería?

En tales circunstancias, Aurelio, como ponente del asunto, ordenó dictar providencia en su recurso dando audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal sobre dicha cuestión, y el Gabinete rápidamente pidió a las Secretarías la extensión de tal providencia a todos los otros asuntos de la misma cadena. Una vez efectuado ese trámite, e impugnado el recurso, con informe del Ministerio Fiscal, se procedió a la fijación de día para la votación y fallo, y Aurelio redactó su ponencia, que fue aprobada por la Sala y marcó la línea a seguir en el resto de las sentencias de los asuntos iguales.

En la sentencia que comentamos, tras aceptar la existencia de contradicción, se plantea en efecto si la jurisdicción social tiene competencia para analizar la cuestión debatida: la relación jurídica de prestación de servicios entre el actor y la Consejería demanda se terminó en 1995 y, por tanto, dice la sentencia «no estamos ni siquiera en el plano hipotético ante una cuestión litigiosa que se promueva entre un empresario y un trabajador como consecuencia del contrato de trabajo». No podemos olvidar que la doctrina tradicional de la Sala Cuarta (por todas, SSTs 20 de junio de 1992, RcuD 2175/91, 20 de julio de 2001, RcuD 3351/2000, y más recientemente STS 9 de enero de 2020, R. casación ordinaria 197/18) había establecido con insistencia que la jurisdicción social no está para abordar cuestiones meramente declarativas, hipotéticas, preventivas, cautelares o simplemente consultivas, pues era preciso la existencia de un conflicto actual y real, por que como dijo el propio TC desde antiguo «no pueden plantearse al Juez cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga evidencia alguna en la esfera de derechos e intereses del actor; se requiere que exista un caso o controversia, una verdadera litis, pero no

cabe solicitar del Juez una mera opinión o un consejo» (STC 71/91). Ni tampoco es posible someter a la jurisdicción social la resolución de un conflicto en relación con una relación jurídica ya acabada hace varias décadas, sin la necesaria «actualidad» o al menos no tan distante en el tiempo. Es por ello que la Sentencia que comentamos señala que otra cosa sería «si la relación cuya naturaleza se debate estuviera vigente, porque en ese caso el orden social sería el competente para declarar la laboralidad del vínculo (...) lo que produciría, en caso de acogerse la demanda, efectos en el marco de la relación existente entre las partes. Pero, desde el momento que la eventual relación laboral entre las partes quedó extinguida hace varios años, el conflicto actual ya no se produce entre un empresario y un trabajador, salvo que ese conflicto tuviese por objeto el cumplimiento de alguna obligación derivada del vínculo que existió entre las partes y que pudiese ahora ser justiciable.»

Y es que lo que pretendía el demandante no era una declaración de laboralidad que proyecte sus efectos sobre el desarrollo posterior de aquella relación hace tiempo terminada o sobre sus consecuencias de seguridad social, sino que lo que se pide es que se haga una calificación de tan antigua relación jurídica, para que una vez declarado que fue laboral, obtener de ello los efectos que le beneficien en un ámbito ajeno al «laboral», cual es la correspondiente puntuación en un concurso administrativo. Lo que tendría que hacer la parte interesada, dice la sentencia, es plantear el pleito contencioso administrativo, y una vez en él, defender la laboralidad de aquellos antiguos servicios, lo que resolverá el juez contencioso como una cuestión prejudicial laboral conforme el artículo 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Lo que no puede pretenderse, dice la sentencia, es que «esa cuestión prejudicial laboral en el proceso administrativo se transforme en un pleito laboral que resulta completamente artificial, porque ni existe ya relación laboral ente las partes, ni se ventila ninguna controversia de este carácter entre ellas».

La sentencia culmina su argumentación destacando que tampoco podría atenderse la competencia del orden social so pretexto de que en el suplico de la demanda se solicita la declaración de laboralidad de ese vínculo antiguo pero con un carácter general bajo la fórmula «a los efectos legales inherentes a dicha declaración», y ello por cuanto estaríamos entonces ante una acción declarativa desprovista de cualquier utilidad práctica y que no respondería a un conflicto real y actual entre las partes. Y de este modo, acaba declarando de oficio la falta de jurisdicción del orden social para conocer de la pretensión deducida por las partes, y la nulidad tanto de la sentencia recurrida como de la de instancia, remitiendo al interesado al orden Contencioso-administrativo.

El resto de las Sentencias de esa cadena siguieron la misma solución ofrecida por la ponencia de Aurelio en la sentencia que comentamos.

Unos cuantos años después, otra cadena de asuntos planeó una pretensión semejante, pero esta vez con un matiz: la petición de declaración de laboralidad de una antigua relación contractual de unos veterinarios con la Consejería correspondiente iba acompañada de la condena a ésta a que «certificase» la naturaleza laboral de aquellos servicios y sin mención a posteriores baremaciones administrativas. La respuesta de la Sala (por todas, STS 30 de marzo de 2009, RcuD 1910/08 y otras treinta sentencias más) fue también la de la falta de acción que determina la falta de jurisdicción, pero ya con un voto particular. Hoy, probablemente, la respuesta del Tribunal frente a una pretensión como la de la ponencia de Aurelio que comentamos sería la misma: el argumento esencial de la sentencia era la existencia de una reclamación que pretende asegurar un mejor baremo en la bolsa para una futura contratación administrativa o nombramiento funcionarial interino. Ello, que es de clara competencia de la jurisdicción contenciosa, unido a la lejanía en el tiempo de la supuesta relación laboral ya extinguida, apoyaba la solución ofrecida. En materia de bolsas de trabajo, la regulación de la LRJS justificó un giro jurisprudencial muy relevante. En efecto, la problemática de las bolsas de trabajo en la Administración Pública, en palabras de la sentencia de 7 de febrero de 2003, RcuD 1585/02, «había sido resuelta por esta Sala de manera contradictoria, hasta que, para unificar criterios y dar una respuesta uniforme a estos supuestos, se convocó la Sala General que emitió dos sentencias, ambas de 14 de octubre de 2000 (recursos 3647/1998 y 5003/1998), en las que se acogió la tesis que ya había sostenido la Sala de Conflictos de este Tribunal en sus autos de 6 de marzo de 1996 y 26 de junio de 1998». En ellas se establecía que la competencia no era del orden social de la jurisdicción cuando el litigio versaba sobre la incorporación, o exclusión, o el orden que correspondería en una bolsa que estaba orientada a la futura contratación laboral de personal por la administración, pues en tal caso la actuación de la administración estaba revestida de imperium, cual era la determinación del acceso al empleo público, y los jueces de lo social sólo éramos competentes cuando la discusión versaba sobre una bolsa de trabajo interna. Sin embargo, en STS Pleno STS de 11 de junio de 2019, RcuD 132/2018, reiterada en SSTS 10 de diciembre de 2019, RcuD 3006/2017 y 3 de febrero de 2021, RcuD 2861/2018, entre otras, se varió esa doctrina, y la competencia se extendió a los dos ámbitos, el de las bolsas internas, y el de las bolsas de empleo para contratación laboral desde el exterior en la administración, con base en que desde la entrada en vigor de la disposición contenida en la letra n), del artículo 2 LRJS, se atribuyó a esta juris-

dicción 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», y en que esos actos previos o preparatorios de la contratación laboral también son competencia de la jurisdicción Social. Así pues, como en el caso que comentamos la pretensión buscaba el ser mejor baremado en la bolsa para un futuro nombramiento como funcionario interino, o con contrato administrativo como el que ya tuvo, la respuesta habría de ser la misma, pues la competencia para tal pretensión seguiría siendo la contencioso-administrativa. Si la fórmula de vinculación futura contemplada en tales bases de la bolsa de empleo hubiera sido la de contratación laboral en interinidad, la competencia, hoy sí, en este caso y tras las sentencias citadas, habría de ser de la jurisdicción social.

IV. APUNTE FINAL

La sentencia –ponencia de Aurelio Desdentado– que hemos comentado, aborda con lucidez un caso de falta de competencia material que estaba pasando desapercibido y arroja luz sobre la competencia de la jurisdicción social. Se centra en lo que llamamos las zonas fronterizas de la jurisdicción, esas zonas grises que se ubican en los límites del derecho laboral, por un lado colindantes con los territorios del derecho administrativo, y por el otro, con las zonas propias de la jurisdicción civil, que son espacios complejos, y que, como esos territorios poco transitados, producen en algunos de nosotros cierta fascinación. Al mismo tiempo son territorios en cierta forma hostiles, que exigen una preparación específica: cualquiera no puede acudir a esas regiones, a veces pantanosas, sin tener la pericia propia de todo explorador, y precisan de un entrenamiento adecuado y una sólida formación, no solo laboral sino en aquellas otras colindantes ramas del Derecho para saber ubicar el justo límite o frontera entre ellas. A esas zonas deben ir, si es posible, los mejores hombres, aquellos que van no porque conocen que ya hay un buen camino, sino estimulados porque saben que no existe ningún camino. En este caso, como en muchos otros durante su larga trayectoria en el TS, Aurelio Desdentado fue el hombre indicado para explorar y abrir esos nuevos caminos. Los mejores hombres ayudan a hacer un mundo mejor. Y Aurelio, él sí, fue el mejor de los mundos posibles.

LAS COSTAS PROCESALES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE SALUD

CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS

Catedrática y Directora de la Unidad para la Igualdad de la Universidad de Murcia

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2003 (RCUD 3398/2002) [ECLI: ES: TS:2003:4846]. El Servicio Canario de Salud como sujeto diverso a una Entidad Gestora, desde la perspectiva de las costas procesales.

II. INTRODUCCIÓN

La Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita presupone que los que tengan derecho a litigar gratuitamente por declaración legal estarán obligados a pagar los gastos causados en su defensa y los de la parte contraria, si fueran condenados en costas. Sin embargo, las normas procesales de orden social contienen una formulación más generosa que la general y extienden la dispensación de costas a quienes poseen tal beneficio.

Eso es lo que explica que se haya debatido sobre el ámbito subjetivo de la justicia gratuita, habida cuenta de la trascendencia práctica que tiene desde la óptica de las costas del recurso. Punto de partida, desde luego, es el precepto conforme al cual tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita «las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, en todo caso»¹.

¹ Así lo dispone el artículo 2.b de la citada Ley 1/1996, de 10 de enero.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

Al hilo de un litigio sobre personal estatutario, el recurso de suplicación interpuesto por el Servicio Canario de Salud (SCS) es desestimado. La sentencia del TSJ considera que ello comporta la imposición de las costas procesales, al ser «parte vencida en el recurso».

El SCS acude en casación unificadora invocando la doctrina de la STS 17 julio 2000 (rcud 1969/1999), conforme a la cual no pueden imponerse las costas a una Entidad Gestora de la Seguridad Social pues goza del beneficio de justicia gratuita, salvo que incurra en mala fe o notoria temeridad.

Conviene recordar que tanto la coetánea Ley de Procedimiento Laboral (art. 233) cuanto la actual LRJS (art. 235) prescriben que la sentencia «impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita». Aquí se debate sobre la cualidad subjetiva de carecer del beneficio de justicia gratuita.

2. Relevancia del asunto

Sin perjuicio del carácter colegiado que poseen las sentencias del Tribunal Supremo, la agudeza intelectual de quien actúa como Ponente se evidencia en casos como el presente. Cuando se dicta la sentencia examinada existe ya doctrina unificada conforme a la cual gozan del derecho a asistencia jurídica gratuita, con la consiguiente exención de condena en costas, los organismos de las Comunidades Autónomas que han asumido en el territorio de éstas los bienes, personas y cometidos del INSALUD.

Como la sentencia reitera ese criterio, podría pensarse que se trata de una resolución anodina y repetitiva. Sin embargo, lo cierto es que no acaba anulando la sentencia del TSJ pese a que en ella se acoge una solución opuesta. La explicación, brindada de modo explícito y convincente, se halla en las características del recurso de casación unificadora.

El SCS condenado acude al Tribunal Supremo interesando que se le exima del abono de las costas procesales pese a haber perdido el recurso de suplicación. Puesto que la Ley procesal exige que ello se haga aportando una sentencia «referencial» o contradictoria (actual art. 219.1 LRJS), el SCS se basa en una de tales características... aparentes.

Porque la sentencia comparada es la dictada por la propia Sala Cuarta con fecha de 17 de julio de 2000, en la que se establece que no pueden imponerse las costas a una Entidad Gestora de la Seguridad Social que goza del beneficio de justicia gratuita, salvo que la condena esté motivada por haber incurrido la misma en mala fe o notoria temeridad.

3. Doctrina sentada

Una doble línea argumental se despliega por parte de la STS de 2003. Primero, recuerda que, conforme a lo resuelto ya en diversas ocasiones², cuando uno de los organismos autonómicos que han sucedido al INSALUD acude a la casación (unificadora) como recurrente, nunca se le imponen las costas aunque acabe siendo «parte vencida». Aunque la LGSS omite a los Servicios de Salud autonómicos como gestores de las prestaciones de Seguridad Social (y, por tanto, no son Entidades Gestoras) lo cierto es que «estos organismos desarrollan materialmente las mismas funciones de una Entidad Gestora y son entidades públicas que ejercen una función de Seguridad Social». Estas dos notas (naturaleza pública del organismo; función desempeñada) son las que fundamentan la aplicación extensiva del beneficio de justicia material al Servicio Canario.

Segunda, para advertir que la contraposición entre la STSJ Canarias y la del Supremo se considera imposible por la diferencia existente entre las respectivas partes recurrentes. El INSALUD aparece reconocido como Entidad Gestora por el artículo 57 LGSS y, en cuanto tal, mencionado por el artículo 2.b) de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita como titular de ese beneficio. Por el contrario, el SCS es un organismo autónomo de carácter administrativo y, en cuanto tal, no goza no del beneficio de justicia gratuita ni de la exención de la condena en costas.

Puesto que la cualidad de Entidad Gestora de la Seguridad Social se halla en la base del beneficio de justicia gratuita y el SCS carece de ella «la contradicción no puede apreciarse» y el recurso ha de ser desestimado. Queda así firme la condena en costas que se le había impuesto en suplicación.

Paradójicamente, la sentencia sí aplica el régimen propio de la asistencia jurídica gratuita a las costas generadas por el recurso de casación fracasado.

² Véase las SSTS de 23 de enero de 1995 (recurso 1802/94), 10 de noviembre de 1999 (recurso 3093/98), 17 de julio de 2000 (recurso 1969/99), 3 de julio de 2001 (recurso 3509/00), 24 de julio de 2001 (recurso 4040/00), 30 de abril de 2003 (recurso 3931/02) y 24 de mayo de 2003 (recurso 2975/02).

4. Evolución posterior

Durante mucho tiempo, la doctrina favorable a la extensión del beneficio de justicia gratuita a los servicios autonómicos de salud se mantuvo en los términos expuestos. Pese a no figurar en la enumeración de Entidades Gestoras (art. 57 LGSS/1994; artículo 66 LGSS/2015), por virtud de las transferencias de la gestión de la prestación sanitaria llevada a cabo desde el antiguo Instituto Nacional de la Salud, tales organismos, venía a decirse, han recibido por vía de traspaso los mismos bienes, personas y cometidos que antes desarrollaba el indicado Instituto, con lo que de hecho y de derecho han pasado éstos a ocupar a nivel de cada Comunidad Autónoma el mismo lugar que aquél tenía reconocido con anterioridad para todo el Estado, y por cuya razón tenía reconocido por el artículo 2.b) de la Ley 1/1996, el beneficio de justicia gratuita³. Ese criterio ha sido reiterado en muy numerosas ocasiones⁴.

Pero, transcurridos quince años, la Sala Cuarta imprimió un giro radical a su propia doctrina. Conforme al criterio ahora vigente, a las entidades públicas de Derecho Privado y demás organismos administrativos creados por las Comunidades Autónomas para cumplir con las obligaciones que su pertenencia al Sistema Nacional de Salud les impone en orden al deber de prestar asistencia sanitaria, no cabe aplicarles la exención en materia de costas por actua-

³ Siendo ello así, pues, tales servicios autonómicos en cuanto han pasado en su conjunto a sustituir a una Entidad Gestora específicamente reconocida como tal por la Ley General de la Seguridad Social y hoy desaparecida, merecen el reconocimiento de su carácter de Entidades Gestoras como lo era aquella porque en ambos casos concurre igualdad de razón en el tratamiento a los efectos que aquí nos ocupan, o sea, en cuanto al reconocimiento del beneficio de justicia gratuita y por lo tanto la exención del pago de las costas en los recursos de suplicación en aplicación de lo dispuesto en el artículo 233 LPL, salvadas las excepciones en las que pudiera serles apreciada temeridad o mala fe en sus planteamientos.

⁴ Para el Servicio Madrileño de Salud: SSTS de 20 de mayo de 2004, rcd 2946/03; 10 de noviembre de 2004, rcd 299/04; 26 de noviembre de 2004, rcd 1572/04; 21 de diciembre de 2004, rec. 316/04; 22 de diciembre de 2004, rec. 4509/03; 27 de diciembre de 2004, rec. 394/04; 15 de febrero de 2005, rec. 3043/03; 21 de febrero de 2005, rec. 1714/04; 27 de febrero de 2006, rec. 5093/04; 19 de abril de 2007, rcd 1376/06; 24 de julio de 2007, rcd 1244/06; 16 de noviembre de 2007, rcd 2028/06; 19 de diciembre de 2008, rcd 337/08; 17 de septiembre de 2009, rcd 4455/08; 4 de diciembre de 2009, rcd 1520/09; 15 de junio de 2010, rcd 2395/09; 4 de julio de 2012, rcd 3635/11; 16 de julio de 2015, rcd 2945/14.

Para el Servicio Valenciano de Salud, STS de 23 de enero de 1995, rcd 1802/94), para el Servicio Galego de Salud (SSTS de 3 de julio de 2001, rcd 3509/00; 24 de julio de 2001, rcd 4040/00; 30 de abril de 2003, rcd 3981/02; 21 de enero de 2014, rcd 1389/13; y 17 de febrero de 2015, rcd 1631/14), para el Servicio Andaluz de Salud (STS de 10 de noviembre de 1999, rcd 3093/98).

Para el Instituto Canario de Salud (SSTS de 30 de abril de 2003, rcd 3931/02; y 24 de mayo de 2003, rcd 2975/02) y para el Servicio Canario de Salud (SSTS de 17 de julio de 2000, rcd 1969/99; 9 de julio de 2003, rcd 3398/02; 14 de noviembre de 2003, rcd 4758/02; 3 de marzo de 2004, rcd 3834/02; 14 de febrero de 2007, rcd 4523/05; 28 de febrero de 2007, rcd 2859/05; 24 de septiembre de 2007, rcd 1943/06; 25 de octubre de 2007, rcd 2251/06; 21 de noviembre de 2007, rcd 1767/06; y 10 de julio de 2008, rcd 3835/.

ciones en procesos judiciales, por cuanto tienen una naturaleza jurídica distinta a las entidades gestoras⁵.

Con fundamento en esta evolución de la regulación aplicable a la asistencia sanitaria, la Sala constituida en Pleno rectifica su doctrina precedente y pasa a sostener que no son entidades gestoras de la Seguridad Social que gocen del beneficio de justifica gratuita del artículo 2.b) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, las entidades públicas de derecho privado y demás organismos administrativos creados por las Comunidades Autónomas para cumplir con las obligaciones que su pertenencia al SNS les impone en orden al deber de prestar asistencia sanitaria que les impone la Ley 16/2003, de 18 de mayo, por cuanto tienen una naturaleza jurídica distinta y en la materia considerada –costas por actuaciones en procesos judiciales– les resultan de aplicación las mismas reglas que al Estado y demás Administraciones y entidades públicas⁶.

IV. APUNTE FINAL

El SCS invocó una resolución en la que se da todo lujo de argumentos acerca de las razones por las que el INSALUD ha de gozar del beneficio de justicia gratuita, entendiéndolo que la transferencia competencial producía una especie de subrogación que permitía el contraste⁷. Aunque los precedentes de la propia Sala Cuarta invitaban a tener como buena esa invocación, la verdad es que no existe una identidad subjetiva total; lo que desconcierta un tanto es que las diferencias entre el INSALUD y el Servicio en cuestión son intrascen-

⁵ La STS 469/2021 de 4 mayo (rcud 2890/2018) realiza un inventario de la nueva doctrina, acuñada por la sentencia de Pleno 850/2018 de 20 septiembre (rcud 56/2017).

⁶ Sentado que la asistencia sanitaria se financia toda con fondos públicos del Estado y de las Comunidades Autónomas en la forma prevista en los artículos 3 bis y 10 de la Ley 16/2003, conviene señalar que para cumplir con esa obligación legal, las distintas Comunidades Autónomas han creado cada una diferentes Servicios de Salud que han recibido variadas denominaciones y han asumido como regla general la naturaleza de entes públicos de derecho privado (por ejemplo el Servicio Vasco de Salud y Catalán), organismos autónomos administrativos (Andalucía, Aragón, Cantabria), etc. Como puede observarse adoptan distintas formas jurídicas mixtas, pero no son entidades gestoras, calificación que, conforme a los artículos 66 y 67 de la LGSS solo corresponde a las enumeradas en esos preceptos y que tienen, conforme al artículo 68 de la citada Ley, naturaleza de derecho público, sin que se deba olvidar que el número 3 del artículo 59 del TRLGSS vigente en 1994, hoy artículo 68 del vigente Texto Refundido, fue derogado por la Ley 1/1996, de justifica gratuita, a raíz de incorporarlo al artículo 2 de la misma, sin que esa disposición haya experimentado modificación posterior, lo que evidencia que solo son entidades gestoras con derecho a justifica gratuita las reseñadas en el artículo 66 antes citado, cual reitera el siguiente artículo 67.1 y no los entes públicos de derecho privado, ni otros organismos autónomos que administran derechos ajenos a las prestaciones del sistema de seguridad social.

⁷ En concreto, se trata de la STS de 17 julio 2000 (RJ 2000, 7186).

dentes para el problema planteado⁸, que la propia jurisprudencia unificada había razonado como si procediera aplicar directamente los mismos preceptos y que, en fin, la razón acaba dándose para la casación y quitándose para la suplicación. Pero ya se sabe que las formalidades procesales son importantísimas y aquí estamos ante las consecuencias que una de ellas, y su interpretación, provoca.

El SCS tiene razón en lo que pide, pero la sentencia comentada no se la puede conceder. Lo impide la estricta regulación que de los presupuestos de recurribilidad lleva a cabo la Ley Procesal. Solo la contundencia y autoridad que emana de la resolución comentada permite que se acepte como lógica una pura paradoja: al SCS no le impone las costas de su fracasado recurso de casación para la unificación de doctrina, pero tampoco le exime de la condena que había combatido.

Al actuar de ese modo, como tantas otras veces, la sagacidad del Ponente está poniéndonos sobre la pista de algo que, muchos años después, se tornará decisivo: no cabe equiparar la naturaleza de una Entidad Gestora de Seguridad Social (a la que la Ley otorga el beneficio de justicia gratuita) con la de un ente autonómico que ha asumido las competencias en materia sanitaria, pese a que otrora estuvieran en manos del Insalud (verdadera Entidad Gestora).

⁸ Consciente de esta circunstancia, la STS glosada sale al paso de la objeción, argumentando que «aunque el hecho de que el organismo recurrente no tenga la condición legal de Entidad Gestora, no sea, en definitiva, decisivo en orden a la exclusión de la condena en costas, la contradicción no puede apreciarse, porque no es el mismo problema el de la exclusión de la condena en costas de una Entidad Gestora que el de la aplicación de esa exclusión a un organismo autónomo que no tiene esa condición».

LA TEORÍA DEL VÍNCULO COMO ELEMENTO DETERMINANTE DE LA EXCLUSIÓN DE LABORALIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES

YOLANDA SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA
Catedrática de la Universidad Complutense

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1991, recurso de casación por infracción de ley 55/2009 [ECLI: ES: TS:2010:3810].

II. INTRODUCCIÓN

La materia objeto de análisis es la distinción entre la relación orgánica del cargo de administrador de sociedad (excluida de la legislación laboral) y la relación laboral especial de alta dirección regulada a través del RD 1382/1985.

Relevancia y originalidad: se trataba en la práctica de evitar la que pudiera considerarse «huida hacia el Derecho del Trabajo», en este caso, hacia el especial derivado de la regulación específica prevista para los altos directivos basada en la autonomía de la voluntad y, en particular, en la fijación de salario y cuantía de indemnizaciones.

Es continuidad del caso «Huarte», STS de 29 de septiembre de 1988, que marcó un punto de inflexión en el debate sobre la cuestión planteada.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

Se plantea cuestión de competencia del orden jurisdiccional social para resolver sobre el cese de vocal de Consejo de Administración de una Sociedad Anónima, designado como Consejero-Delegado, que en su condición de tal tenía delegadas funciones de administración, gestión y representación, sin que se haya nombrado gerente.

2. Relevancia del asunto

Se centra en la delimitación del ámbito de aplicación de relaciones jurídicas de prestación de servicios atendiendo a las normas laborales. Por un lado, la exclusión de la relación laboral asalariada, prevista en el artículo 1.º3.a) del Estatuto de los Trabajadores y, por otro, la inclusión como relación laboral especial del personal de alta dirección, conforme al artículo 2.º1.a) ET y su desarrollo en el RD 1382/1985.

3. Doctrina sentada

La sentencia confirma doctrina de la STS de 29 de septiembre de 1988, conocida como caso «Huarte», en la que adoptó la teoría del vínculo, esto es, la absorción por la relación societaria (la que entonces denominaba el TS «relación orgánica del cargo de administrador») de la prestación de servicios de gestión o dirección que pudiera realizar, por delegación interna, uno o varios administradores cuando el órgano de administración adopta forma compleja, es decir, CA, conforme al entonces vigente artículo 141 LSA/1989. Dicho de otra forma, desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, la delegación interna de facultades no podía encajarse en la relación laboral de alta dirección porque, expresaba el TS, cuando hay un desempeño simultáneo de actividades propias del CA y de alta dirección o gerencia de la empresa por miembros del CA, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o labo-

ral no es el contenido de las funciones, sino la naturaleza del vínculo derivado de la integración orgánica. «Inherentes al cargo», cualquiera que sea la forma que adopte el órgano de administración, también, por tanto, en caso de CA, serían todos los cometidos que el Derecho de Sociedades otorga al administrador (funciones de representación y de gestión); de modo que, cuando en una misma persona (supuesto de consejero ejecutivo o de consejero-delegado del CA) recayeran funciones o cometidos inherentes al cargo de administrador –los que el legislador laboral califica como propios de la alta dirección, RDPAD «poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma»–, prevalecería la relación societaria.

4. Evolución posterior

La doctrina sentada en esta sentencia se mantiene posteriormente por la Sala de lo Social del TS, en especial en aquellos supuestos en los que se analiza si es posible o no la compatibilidad de cargos, esto de, de quienes son administradores de sociedades, y a su vez realizan funciones que pudieran encajar en la definición de alto directivo laboral. Se mantiene la teoría del vínculo y solo se exceptúa, admitiendo la concurrencia o compatibilidad, cuando añadidas a las funciones como administrador se realizan trabajos que han de ser considerados por cuenta ajena comunes o ordinarios¹.

Y por lo que respecta al supuesto de Presidente de CA con el que se firma un contrato de prestación de servicios como «director general», se afirma en la STS de 12 de marzo de 2014, RJ 2014/1905,: «esta Sala ha resuelto reiteradamente la cuestión que se plantea, en el sentido asumido por la sentencia referencial. Las sentencias... han establecido que en supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de administración de la Sociedad, y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones que se realizan sino la naturaleza de vínculo...; por lo que si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, solo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, pero no calificables de alta dirección sino como comunes, cabría admitir el desempeño

¹ Entre otras, SSTS de 24 de mayo de 2011 (Rec. 1427/2011); 20 de noviembre de 2013 (RJ 2013/1073); 24 de febrero de 2014 (Rec. 1684/2013).

simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral».

IV. APUNTE FINAL

La finalidad de esta teoría era restringir las «cláusulas de blindaje» de remuneraciones e indemnizaciones por cese ligadas a la delegación de facultades por el CA en el consejero ejecutivo (Consejero-Delegado). Se trataba así, además de otras consideraciones que Desdentado Bonete explicitó en algunos estudios coetáneos y posteriores a la sentencia comentada² (fraude, riesgo de autocontratación, conflicto de intereses), de limitar la autonomía individual en la determinación de las condiciones económicas para el consejero ejecutivo, contrarrestando la que se decía «huida hacia el Derecho del Trabajo» de la prestación de servicios de los administradores ejecutivos. Paradójicamente, en este aspecto la regulación laboral (especial de alta dirección) era y es menos «proteccionista». Conocidas al respecto son las críticas formuladas ya entonces por un amplio sector de la doctrina laboralista a esta teoría; advirtiendo, por ejemplo, que no respetaba la literalidad del artículo 1.º3.c) ET, ni seguramente la voluntad del legislador, trasladando a las partes la determinación de la calificación jurídica última de la actividad realizada (Sala Franco); ya que «serán los estatutos sociales los que vendrán a determinar si las facultades directivas las realizan los miembros del consejo de administración, permitiendo el encubrimiento de relaciones laborales de alta dirección» (Blasco Pellicer, 1997).

Importante es destacar que la teoría trascendió al orden civil de la jurisdicción porque, declarado incompetente el orden jurisdiccional social para resolver desavenencias entre las partes en esta materia, hubo de dar respuesta a las reclamaciones de retribuciones o indemnizaciones por cese de actividad como Consejero Delegado. Pese a la inicial resistencia para conocer de estas demandas (STS, Civil, Caso Huarte II de 30 de diciembre de 1992), en la sentencia «Mattel», Sentencia de 9 de mayo de 2001, admitió la concurrencia de dos relaciones, la de administración y la contractual de arrendamiento de servicios; para terminar asumiendo la teoría del vínculo, (entre otras, caso Hispasat, de 25 de junio de 2013 (RJ 2013/5188), también denominada «tesis o teoría monista». Pudiera concluirse que la jurisprudencia social y civil partían de la indivisibilidad objetiva de la función de administración y de la función

² DESDENTADO BONETE, A., y DESDENTADO DAROCA, E., «En los límites del contrato de trabajo: administradores y socios», *RMTIN*, núm. 83.

directiva-ejecutiva (ambas inherentes al cargo de administrador societario, cualquiera que fuera la forma de organización asumida por la sociedad) para fundamentar la inviabilidad de un doble título jurídico, (lo que otros autores han denominado «supuesta redundancia funcional y relacional», Matorras Díaz-Calleja, 2010). De modo que la relación jurídica indivisible quedaba toda ubicada en la única viable, la societaria, considerada relación orgánica. Doctrina que, entre otras consecuencias jurídicas, y tal vez la práctica más relevante, derivó hacia la retribución e indemnizaciones considerando que la condición absorbente de administrador exigía que aquéllas quedaran condicionadas a reserva estatutaria, tal y como disponía entonces el artículo 130 LSA/1989 y 217 LSC/2010, al regular la retribución de los administradores, sin distinguir los diversos modos de organización de la administración societaria.

El debate se mantuvo abierto en los años posteriores, afianzándose entonces en la doctrina, en especial, en la mercantilista³ (menos apreciable, pero también con eco en la doctrina laboralista, entre otros, Godino, Matorras) una posición tendente a interpretar que las funciones ejecutivas no eran funciones inherentes al cargo de consejero porque el CA no puede administrar o gestionar la sociedad de manera directa y continua; a diferencia de lo que ocurre en el resto de formas de organización de la administración de una sociedad (administrador único, administradores conjuntos, varios administradores solidarios) en las que éstos son típicamente administradores ejecutivos. Debate reavivado durante la tramitación de la reforma de la LSC/2010 y tras la entrada en vigor de la Ley 31/2014 de 3 de diciembre, en particular en torno a la distinción que parecía derivar de esta norma entre sociedades no cotizadas o cerradas y sociedades cotizadas.

Y seguimos en espera de una decisión de política legislativa que, con la finalidad de configurar un estatuto jurídico único (lo que Aurelio Desdentado denominaba «unidad de régimen jurídico de la administración social») para quienes desempeñan cargos de administración en las Sociedades de capital, reformule la definición legal de exclusión prevista en el artículo 1.º3.c) ET bajo la expresión «Administradores ejecutivos».

³ El punto de inflexión al respecto proviene del trabajo de Paz-Ares Rodríguez, C., quien en 2008 publicó el estudio «El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos», *Revista InDret* núm. 1. Firme defensor de la teoría dualista, porque, entre otras consideraciones, que influyeron en la reforma de la LSC, atendía a la experiencia funcional y organizativa de sociedades con estructura compleja. Afirmaba al respecto: «la experiencia enseña que las formas de organizar la administración afectan también a los cometidos que están llamados a desempeñar los administradores dentro de cada una de ellas», p. 5.

DELIMITACIÓN ESTRUCTURAL ENTRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN LA DOBLE ESCALA SALARIAL

CONCEPCIÓN SANZ SÁEZ

Profesora de la Universidad de Castilla-La Mancha

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2008 (RCUD 120/2007) [ECLI: ES: TS:2008:644].

II. INTRODUCCIÓN

La igualdad y la no discriminación son cuestiones bastante sensibles que motivan ciertas dificultades, de hecho, su contenido y su significado van redefiniéndose con el paso del tiempo, lo que incrementa la labor de los juzgados y tribunales ordinarios.

Con una rica y amplia doctrina, el Tribunal Supremo no ha sido ajeno a esta realidad, al profundizar en el alcance del artículo 14 CE, precepto que manifiesta «operatividad transversal», siendo pocos derechos fundamentales los que han experimentado un desarrollo similar desde la promulgación de nuestra Constitución.

Toca aquí relacionar estos derechos con la doble escala salarial, y comprobar como hemos obtenido pronunciamientos de distintos tribunales que pueden llevar a la conclusión de que existe coherencia doctrinal desde hace más de 20 años. De hecho, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social de 8 de octubre de 2019 (Rec. 3067/2018), unifica la doctrina ante la cuestión altamente controvertida de la posibilidad por parte de las empresas de introducir una doble escala salarial para las nuevas incorporaciones, que surge a raíz de la Sentencia del TJUE (Asunto C-154/2018 de 14 de febrero de 2019) en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1.ª, núm. 224/2019 de 18 marzo de ese mismo año)¹.

III. COMENTARIO

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2008, que aquí se va a comentar, debatía si las diferencias que se producían entre el personal de la empresa demandada Obrascon Huarte Lain (OHL), S.A., en relación con el denominado premio de permanencia eran contrarias a los artículos 4 y 17 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 14 CE y con los artículos 1256, 1258 del Código Civil, que se denuncian como infringidos en recurso de la Federación de Construcción de Comisiones Obreras, al que se adhiere el recurso de la Federación Estatal del Metal, Construcción y Afines de la Unión General de Trabajadores, en el que se reclamaba la existencia de una doble escala salarial basada en la fecha de incorporación de cada trabajador².

En este caso, resultaron relevantes para la resolución del caso la distinción que hace la Constitución Española de 1978, que concibe el principio de igualdad y no discriminación como una piedra angular de todo el edificio constitucional en el artículo 14 CE. Por una parte, la incluida en el inciso ini-

¹ Respondiendo a la petición de decisión prejudicial planteada por el Labour Court (Órgano tripartito de resolución de controversias laborales y de Seguridad Social, Irlanda), la sentencia considera que para el Derecho de la UE no hay discriminación (indirecta, por edad) cuando el personal docente que ha ingresado a partir de cierta fecha se integra en nivel salarial y profesional inferior al precedentemente aplicado al de igual categoría. Primero, porque el objetivo perseguido (reducción estructural de costes) justifica la medida, aunque el colectivo afectado sea mayoritariamente menor de 25 años; segundo, porque la norma cuestionada adopta un «criterio, que hace depender la aplicación de las nuevas reglas únicamente de la fecha de incorporación como elemento objetivo y neutro». Por ello, el Tribunal declaró que la doble escala salarial no era discriminatoria en tanto en cuanto no se basaba en la edad de las personas, sino en su fecha de incorporación lo cual, en ningún caso, puede ser considerado como un factor de discriminación.

² La STC 36/2011, de 28 de marzo, tampoco consideró discriminatorio el diferente trato salarial en función de las distintas fechas de ingreso en la empresa y de los distintos tipos de contratos, fijos unos, temporales otros.

cial de dicho artículo, que consagra la igualdad ante la ley (igualdad formal) de todos los españoles, excluyendo toda clase de discriminación, con mención expresa de determinados motivos que son considerados supuestos de discriminación cualificada (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión), diferencias de trato que han estado ligadas históricamente a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas u otras condiciones que también se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista. Y por otra, el artículo 9.2 del texto constitucional recoge la ineludible igualdad material, que se aúna así a la igualdad formal, como un mandato dirigido a los poderes públicos para la remoción de todos los obstáculos que impidan su efectiva realización.

De ahí el distinto alcance de estos principios, porque mientras que el principio de igualdad (en la ley y en la aplicación de la ley) vincula a los poderes públicos, y al convenio colectivo en la medida en que, en nuestro Derecho, tiene una eficacia normativa que trasciende el marco normal de una regulación privada, no sucede lo mismo con la tutela antidiscriminatoria, que por la especial intensidad de su protección se proyecta en el ámbito de las relaciones privadas, encaminada a la eliminación de éstas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter especialmente rechazable del criterio de diferenciación empleado.

Ante esta situación, el Tribunal Constitucional hace una interpretación conjunta de estos preceptos diferenciado jurídicamente varias vertientes del principio de igualdad, cada una con sus peculiaridades técnico-jurídicas y cuya correcta comprensión permitirá, en caso de vulnerarse, una adecuada defensa judicial³. Ya que la distinción entre el principio de igualdad y no discriminación es relevante para fijar su alcance en las relaciones laborales.

En este sentido nos recuerda el ponente en la sentencia de referencia, que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación proscrita por el artículo 14 CE⁴, ya que lo que prohíbe el principio de igualdad ante la ley es que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable⁵. Manifestando que no es por tanto un factor de discriminación a los

³ Ni la Constitución de 1978 ni el legislador ofrecen una definición o un concepto del principio y derecho de igualdad y no discriminación. Ha sido el TC, a través de sus diferentes sentencias, quien ha configurado su contenido, naturaleza y límites.

⁴ STC 49/1982, de 14 de julio, 76/1990, de 26 de abril y 39/2002, de 14 de febrero.

⁵ STS de 8 de octubre de 2019 (Rec. 3067/2018). El Tribunal entiende que no se trata de un complemento con una cuantía estable y consolidada, sino que el complemento que solo percibe un grupo de trabajadores se va revalorizando anualmente e incluso incrementando en caso de ascensos de nivel, y con repercusión no únicamente en la cuantía salarial, sino también a efectos de prestaciones y mejoras de la acción

efectos del segundo inciso del artículo 14 de la Constitución Española, porque el supuesto de hecho no se encuentra enumerado en la relación literal de dicho artículo (nacimiento, sexo, raza, convicciones ideológicas y religión), ni en las ampliaciones de los artículos 4.1.c) y 17.1) del Estatuto de los Trabajadores (estado civil, edad, condición social, afiliación sindical, lengua, parentesco y minusvalías).

Del mismo modo, la Sentencia refirió que, como el principio de igualdad conlleva matices dependiendo de la fuente en que se sujete un diferente tratamiento entre colectivos. De este modo, aunque en los convenios colectivos se aplica la cláusula general de igualdad, dicho principio debe hacerse compatible con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad y en la autonomía colectiva⁶. Y en el supuesto de tratarse de un acuerdo privado o de la decisión unilateral del empresario, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las diferencias que puedan formar parte del ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, siempre que respeten los mínimos legales o convencionales, no vulneran el principio de igualdad, ya que lo único que está prohibido es que dichas desigualdades escondan un trato discriminatorio.

No obstante, puesto que la gravedad del juicio de igualdad y no discriminación está directamente relacionado con la procedencia de la desigualdad de trato, no siendo indiferente a tales efectos que aquélla provenga, como podemos advertir, de la autonomía contractual o de los poderes organizativos del empresario, que la misma proceda de una norma legal o de un convenio colectivo de eficacia normativa, parece deducirse que es esto lo verdaderamente relevante en una situación como la enjuiciada, sobre todo en supuestos en los que la manifestación y aplicación concreta de la fuente individual en cuestión, pueda incidir en algunos atributos propios de las fuentes colectivas.

Ahora bien, dicha fundamentación no está exenta de dudas, dada la insuficiente respuesta del sistema normativo, constitucional y legal, a la desigualdad consecuencia de la integración de las personas trabajadoras que prestan igual trabajo, o un trabajo de igual valor, en grupos retributivos diferentes por causa de su fecha de contratación. Por lo que tal y como pudimos reparar en la introducción, es en la sede de estas dificultades, expresadas también en la sen-

protectora de la seguridad social pactadas en los convenios colectivos, sin que por parte de la empleadora se aporten ni siquiera indicios para intentar una justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato de unos u otros trabajadores en atención a la fecha de ingreso en la empresa. SSTs de 5 marzo de 2019 (Rec. 1468/2018), 5 marzo de 2019 (Rec. 2174/2018), 18 marzo de 2019 (Rec. 1393/2018), entre otras.

⁶ Entre otras, SSTC 177/1988, de 10 de octubre; 171/1989, de 19 de octubre, 28/1992, de 9 de marzo, 280/2006, de 9 de octubre.

tencia del TJUE (Asunto C-154/2018 de 14 de febrero de 2019) y la del Tribunal Supremo, de 8 de octubre de 2019, donde podemos encontrar la relevancia doctrinal y práctica de la sentencia comentada del Tribunal Supremo dictada por D. Aurelio Desdentado.

IV. APUNTE FINAL

En atención a cuanto antecede, podemos extraer que este caso judicial pone de manifiesto cómo una interpretación formalmente neutra de las normas puede arrojar un resultado peyorativo contrario a los artículos 14 y 9.2 CE. La realidad es muy variada y, a veces, los mecanismos discriminatorios son difíciles de detectar cuando están revestidos de apariencia de objetividad. A tal efecto el estudio de la casuística judicial referente a la «justificación objetiva y razonable» del distinto tratamiento, como en tantas ocasiones, pero más en ésta, se antoja fundamental e imprescindible.

INTERINIDAD E IRREGULARIDADES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

MARÍA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA
Presidenta de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1998 (RCUD 317/1997) [ECLI: ES: TS:1998:224]. Trabajadores indefinidos no fijos. Voto particular).

II. INTRODUCCIÓN

Esta sentencia aborda la espinosa cuestión de los efectos que producen las irregularidades en las que haya podido incurrir la Administración Pública al celebrar un contrato de trabajo, en la naturaleza del citado contrato. La relevancia de la sentencia radica en que resuelve de forma ponderada las particularidades reconocidas a dichas Administraciones cuando actúan como empleadoras, ya que se debe coherencia la legislación laboral con los principios y normas de carácter administrativo que regulan su actuación.

Estamos ante un debate abierto que ha generado una enorme litigiosidad sin que haya finalizado aun, dado el ingente número de personas trabajadoras que se encuentran en esta situación y la diversidad de cuestiones que se plantean.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

1.1 SENTENCIA DE INSTANCIA

La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Las Palmas, autos núm. 303 y 306/94, seguidos a instancia de dos personas trabajadoras contra la Consejería de Educación, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias, declaró el derecho de los actores a su condición de fijos laborales en el seno de la Entidad demandada.

1.2 SENTENCIA RECURRIDA

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede en Las Palmas) de 26 de noviembre de 1996, recurso de suplicación núm. 1049/95, estimó el recurso interpuesto por la demandada y, tras revocar la sentencia recurrida, desestimó la demanda formulada.

1.3 SENTENCIA COMENTADA

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictó sentencia el 20 de enero de 1998, rcud 317/1997, desestimando el recurso interpuesto por los trabajadores.

— Hechos:

Los actores han venido prestando servicios por cuenta y orden de la Viceconsejería de Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias, en virtud de sucesivos contratos temporales, D. Salvador desde el 1 de septiembre de 1988, D. Carlos desde el 1 de octubre de 1987. Ambos han celebrado con la demandada seis contratos temporales, sucediéndose unos a otros sin solución de continuidad.

Desde el inicio de sus relaciones laborales los actores han venido prestando servicios de forma continua, sin solución de continuidad y en el mismo centro de trabajo, subordinados a las órdenes, directrices, instrucciones y disciplina de la Entidad demandada, desempeñando tareas habituales y permanentes como Mozos y posteriormente como Porteros.

Reclaman les sea reconocida la condición de trabajadores fijos desde el inicio de la relación laboral.

— Cuestión suscitada:

La cuestión que se examina en la sentencia es si procede declarar la condición de trabajadores fijos a dos personas trabajadoras que llevan prestando servicios para la Consejería de Educación, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias, de forma continua, sin solución de continuidad, en el mismo centro y puesto de trabajo, con la misma categoría y en virtud de seis contratos temporales, cuya irregularidad es aceptada por la empleadora.

2. Relevancia del asunto

En el asunto resuelto por la sentencia comentada se plantea una cuestión que viene arrastrándose desde antiguo y que ha tenido respuestas judiciales no siempre uniformes. En definitiva, se trata de dilucidar si adquiere la condición de trabajador fijo la persona trabajadora que ha venido prestando servicios para la Administración Pública por el hecho de que en su contratación se hayan cometido irregularidades.

La relevancia del asunto deriva de que establece una clara doctrina ante la errática jurisprudencia existente acerca de los efectos sobre el contrato irregular celebrado por las Administraciones Públicas que afecta a miles de empleados públicos.

3. Doctrina sentada

La sentencia razona que el artículo 19 de la Ley 30/1984 contiene un mandato cuyo carácter imperativo no puede desconocerse y supone la imposición de la aplicación al personal laboral de los criterios de selección tradicionales en la función pública y ello tiene una indudable trascendencia en orden al sistema de garantías que el propio precepto menciona y que enlazan con las previsiones constitucionales sobre la igualdad de los ciudadanos en el acceso a la función pública –artículos 14 y 23 de la Constitución– entendida aquélla en sentido amplio –como empleo público – y en la aplicación para dicho acceso de los principios de mérito y capacidad – artículo 103.3 de la Constitución–.

Las Administraciones Públicas están situadas en una posición especial en materia de contratación laboral ya que las irregularidades de los contratos tem-

porales no pueden dar lugar a la adquisición de la fijeza, pues con ello se vulnerarían las normas de derecho necesario a las que anteriormente se ha aludido. En este sentido, como ya señaló la sentencia de la propia Sala de 4 de abril de 1990, juegan normas de distintos ordenamientos —el laboral y el administrativo— que han de ser objeto de una interpretación integradora en ocasiones difícil, ya que las disposiciones en concurrencia obedecen a objetivos y principios inspiradores distintos e incluso contradictorios.

Así, el ordenamiento laboral parte de la defensa de la estabilidad del empleo frente a las actuaciones que, prevaliéndose de una posición de debilidad contractual de la persona trabajadora, tratan de imponer una temporalidad no justificada. El ordenamiento administrativo consagra unos procedimientos de selección que garantizan la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo del sector público y que, al objetivar el reclutamiento a través de la aplicación de criterios de mérito y capacidad, son también una garantía para la eficacia de la actuación de la Administración Pública al servicio de los intereses generales.

Concluye que nos encontramos ante una concurrencia conflictiva que ha de resolverse dando prevalencia a la norma especial, en atención a la propia especialidad de la contratación de las Administraciones Públicas.

Examina la distinción entre el carácter indefinido del contrato y la fijeza en plantilla. El carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término, lo que no significa que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas, sino que la Administración está obligada a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato.

4. Evolución posterior

Resulta conveniente reproducir, siquiera sea brevemente, la evolución de la jurisprudencia respecto a la cuestión ahora examinada, a propósito de las irregularidades en la contratación temporal de trabajadores en las Administraciones Públicas y los efectos que producen.

Una primera línea doctrinal estableció que «las irregularidades que puedan cometer las Administraciones Públicas en la contratación temporal de personal a su servicio no pueden determinar, por la simple inobservancia de algu-

na de las formalidades del contrato, del término o de los requisitos aplicables a las prórrogas, la atribución con carácter indefinido», que debe proveerse de acuerdo con los principios de publicidad y mérito (sentencia de 27 de noviembre de 1989 y las que en ella se citan).

Las sentencias de 7 de febrero de 1990, 24 de abril de 1990, y 18 de julio de 1990, aclaran este criterio, precisando que la irregularidad en la modalidad contractual temporal aplicada no debe determinar la transformación del contrato en indefinido, pero que esa contratación irregular pone normalmente de relieve que existe un puesto de trabajo laboral cuya provisión no ha sido objeto de cobertura reglamentaria y, en consecuencia, el contrato temporal se orienta en realidad a la finalidad de permitir, también con carácter temporal, el desempeño de esa plaza hasta que pueda cubrirse de forma definitiva, en lo que puede calificarse como interinidad de hecho.

A partir de la sentencia de 18 de marzo de 1991, la doctrina de la Sala se orienta a considerar que las Administraciones Públicas están plenamente sometidas a los límites que la legislación laboral establece sobre la contratación temporal y que las infracciones de esa legislación pueden determinar la adquisición de la fijeza.

El criterio se matiza a partir de la sentencia de 7 de octubre de 1996, en la que se establece que «la contratación en la Administración pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su contratación, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido».

Este criterio ha sido reiterado por las sentencias de 10 y 30 de diciembre de 1996, 14 de marzo y 24 de abril de 1997, así como por la sentencia de 20 de enero de 1998, recurso 317/1997, objeto de este comentario.

Las sentencias de 14 de julio de 2014, rcud 1847/2013 y 15 de julio de 2014, rcud 1833/2013, reconocieron el carácter de indefinidos no fijos razonando que «Para llegar a tal conclusión, la Sala de suplicación argumenta que el contrato de interinidad por vacante de autos había superado el límite temporal máximo de tres años para su cobertura desde que quedó desierta, por lo que, de conformidad con los artículos 70.1 de la Ley 7/2007 (12 de abril) y artículo 4.2.b) del RD 2720/1998 (18 de diciembre), la relación contractual había devenido indefinida no fija...»

La sentencia de 24 de abril de 2019, rcud 1001/2017, reconoce el carácter de indefinida no fija de la trabajadora razonando que aun admitiendo la posibilidad de que las Administraciones Públicas puedan utilizar la contratación

temporal para la cobertura provisional de vacantes hasta que se cubran definitivamente las plazas por sus titulares a través del procedimiento establecido al efecto, lo que deviene inadmisibile es el mantenimiento de una contratación temporal en circunstancias como la concurrente en el caso en el que consta acreditado que la demandante ha venido prestando servicios para la demandada como directora del centro de servicios sociales de Ribadavia, en virtud primero de un contrato de fomento de empleo desde el 28 de julio de 1992 al 27 de julio de 1995, y después de un contrato de interinidad desde el 28 de julio de 1995 para cubrir la vacante de directora del centro de servicios sociales de Ribadavia hasta que se cubriera la vacante por el procedimiento legalmente establecido o se amortizara la plaza, sin que después de 20 años la Administración demandada haya promovido actuación alguna para la cobertura reglamentaria de la plaza, por lo cual no puede sostenerse la validez del contrato temporal por ser inusualmente largo.

La jurisprudencia posterior ha señalado que el plazo de tres años no puede operar de forma automática para convertir un contrato de interinidad por vacante en un contrato indefinido no fijo.

La sentencia de Pleno de 28 de junio de 2021, rcud 3263/2019, haciéndose eco de la STJUE de 3 de junio de 2021, C-720/19, ha razonado que procede precisar y rectificar la aplicación de nuestra doctrina, en el sentido expresado, para afirmar que, aun cuando el contrato de trabajo de interinidad por vacante haya cumplido los requisitos de los artículos 4.1 y 2.b RD 2720/1998, una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada –hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva– ha ocupado, en el marco de varios nombramientos o de uno solo durante un período inusual e injustificadamente largo, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se deba al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante, ha de ser considerada como fraudulenta; y, en consecuencia, procede considerar que el personal interino que ocupaba la plaza vacante debe ser considerado como indefinido no fijo.

Si bien nuestra legislación no establece un plazo preciso y exacto de duración del contrato de interinidad por vacante, vinculando la misma al tiempo que duren dichos procesos de selección, conforme a lo previsto en su normativa específica, no puede admitirse que el desarrollo de estos procesos pueda

dejarse al arbitrio del ente público empleador, concluyendo que, salvo muy contadas y limitadas excepciones, los procesos selectivos no deberán durar más de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad, de suerte que si así sucediera estaríamos en presencia de una duración injustificadamente larga.

En cuanto a la regulación normativa hay que poner de relieve que el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, ha procedido a regular la interinidad estableciendo medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público.

IV. APUNTE FINAL

La importancia de la sentencia radica en que ha logrado coherencia la legislación laboral con las normas administrativas, dado que la empleadora es una Administración Pública y se rige por las citadas normas.

Ante la tesis de si procede la aplicación estricta de la legislación laboral, en concreto, del artículo 15.3 del ET —«Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley»— o han de aplicarse los artículos 103.2 de la Constitución —«La ley regulará... el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad...»—, artículo 19 de la Ley 30/1984 —«Las Administraciones Públicas seleccionan su personal, ya sea funcionario, ya laboral, de acuerdo con su oferta de empleo público mediante convocatoria pública... en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad»— y artículo 32 del RD 2223/1984 —«Los Departamentos ministeriales podrán proceder a la contratación de personal laboral de duración determinada para la realización de trabajos que no puedan ser atendidos por personal laboral fijo»—, la sentencia razona que ante la concurrencia conflictiva que se produce, ha de resolverse dando prevalencia a la norma especial, en atención a la propia especialidad de la contratación de las Administraciones Públicas.

Sentada la normativa aplicable señala con toda rotundidad la diferencia entre el carácter indefinido del contrato y la fijeza en plantilla. El carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término, lo que no significa que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla, sino que el organismo afectado no puede atribuir la pretendi-

da fijeza en plantilla, sino que está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato.

En definitiva, cabe el reconocimiento a la persona trabajadora de la cualidad de indefinido no fijo, pero no la de fijeza.

EL DESPIDO COLECTIVO DE HECHO

ELISA SIERRA HERNAIZ

Profesora Titular de la Universidad Pública de Navarra

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2013 (RCUD 52/2013) [ECLI: ES: TS:2013:5943].

II. INTRODUCCIÓN

En la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 25 de noviembre de 2013, RC 52/2013, se delimita el concepto de despido colectivo de hecho, entendiendo por tal un despido que, siendo realmente colectivo, se formula al margen de las reglas del procedimiento establecidas para éste, siendo calificado como nulo por omisión del preceptivo período de consultas¹. Esta interpretación supone introducir una nueva calificación del despido colectivo, que se denomina fraudulento o encubierto, en el que se eluden las previsiones del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores (ET), realizando extinciones individuales por go-

¹ DESDENTADO BONETE, A., «La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho», en Godino Reyes, M. (Dir.), *Tratado del despido colectivo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 66.

teo², y que se distingue del despido colectivo irregular, que es aquel que no cumple los trámites legales a pesar de la voluntad del empresario de llevar a cabo una extinción colectiva de contratos de trabajo.

De la lectura del texto de la sentencia, así como de los fallos posteriores que siguen su doctrina, es de destacar, además de la novedad del concepto de despido de hecho, la interpretación que se realiza del cómputo de trabajadores afectados dentro de los límites marcados por el legislador, con especial atención a la calificación de improcedencia del despido individual, y qué ha de entenderse por conceptos como extinciones a iniciativa del empresario, incluida la finalización de los contratos temporales, extinciones por motivos no inherentes a la persona del trabajador, extinciones de mutuo acuerdo o dimisiones del trabajador en el contexto del despido colectivo³.

III. COMENTARIO

1. La relevancia del caso suscitado

En la sentencia comentada se analiza una demanda de impugnación de un despido colectivo en la que se solicita la declaración de nulidad de los despidos individuales por omisión del procedimiento legal, en este caso por superar el número de trabajadores afectados fijados en el artículo 51.1 del ET. En concreto, se requiere que computen los despidos disciplinarios y por causas objetivas declarados improcedentes llevados a cabo por la empresa en períodos sucesivos de noventa días. Cabe recordar que dicho precepto establece que si la empresa realiza despidos individuales en dicha franja temporal en un número inferior a los umbrales señalados sin que concurren nuevas causas que justifiquen la decisión empresarial dichas extinciones se consideraran nulas por fraude de ley. Igualmente, se tendrá que tener en consideración cualquier extinción de contratos producida en el período de referencia por iniciativa empresarial siempre que sea por motivos no inherentes a la persona trabajadora distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) y su número sea de al menos cinco trabajadores. En cuanto a la regulación procesal, el artículo 124.11 de la

² SEMPERE NAVARRO, A. V., «El proceso de impugnación del despido colectivo: la calificación del despido colectivo en la sentencia», en Godino Reyes, M. (Dir.), *Tratado del despido colectivo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 702-703.

³ Un ejemplo reciente de la aplicación de esta doctrina es la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 62/2020, de 24 de enero de 2020.

Ley de Jurisdicción de lo Social (LJS) declara, entre otros motivos, nula las decisiones extintivas que no hayan respetado el período de consultas.

2. Doctrina sentada

Respecto del contenido de la Sentencia comentada destacan tres cuestiones. En primer lugar, la calificación de las decisiones empresariales extintivas individuales por fraude de ley que no se superen los umbrales del artículo 51 del ET como despido colectivo tácito o de hecho. En segundo lugar, la inclusión de extinciones individuales por iniciativa del empresario calificadas como improcedentes en el despido colectivo de hecho. Y, en tercer lugar, la prevalencia del elemento cuantitativo –número de trabajadores afectados– frente al causal –causas económicas, técnicas, organizativas y de producción– a la hora de aplicar este concepto.

En cuanto a la primera cuestión, se resalta la necesidad de distinguir entre despido colectivo irregular, fundamentalmente por omisión del período de consultas y que también supone la nulidad del despido, y despido colectivo de hecho o despido tácito, que también puede ser calificado como fraudulento. Pues bien, dentro del supuesto de hecho de este despido de creación jurisprudencial quedan comprendidos despidos individuales que sin llegar al mínimo establecido por el ET suponen un despido materialmente colectivo. En concreto, y en segundo lugar, se incluyen los despidos disciplinarios y objetivos improcedentes y también los alcanzados por transacciones judiciales o extrajudiciales que no cabe considerarlos como extinciones como mutuo acuerdo o dimisiones sino como despidos a iniciativa del empresario por motivos no inherentes a la persona del trabajador. En este sentido, la transacción no altera la naturaleza del despido, sino que tan solo pone fin al pleito provocado por la decisión empresarial. Así, si un despido disciplinario se declara improcedente y se extingue la relación laboral el cese quedará incluido dentro del cómputo del artículo 51, al igual que la falsa alegación del vencimiento del término en un contrato que no es temporal. Por ello, tanto los despidos disciplinarios como objetivos improcedentes son computables a efectos del artículo 51 del ET. El TS afirma que el procedimiento del despido colectivo es obligatorio por lo que no puede obviarse con el reconocimiento de la improcedencia del despido por parte del empresario. Finalmente, se reafirma la prevalencia del elemento cuantitativo –número de trabajadores afectados– frente al causal –causas económicas, técnicas, organizativas y de producción– a la hora de identificar el despido de hecho. El TS recuerda que en el artículo 51 del ET

existe una doble referencia al elemento cuantitativo, en el párrafo 1.º y 5.º, y que las únicas exclusiones expresamente previstas son por motivos inherentes a la persona del trabajador y por cumplimiento del término del contrato.

3. Evolución posterior

La doctrina de este fallo ha sido mantenida en números pronunciamientos judiciales posteriores, asentado dicha interpretación y ampliando su campo de aplicación. Así, a modo de ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 92/2014, de 14 de mayo de 2014, se incluye dentro de los umbrales del artículo 51 del ET los despidos improcedentes, con independencia de la causa alegadas; los despidos objetivos, sean o no recurridos y con independencia de su calificación, y las extinciones de contratos temporales, tanto si se trata de contrataciones fraudulentas aparentemente temporales como si se extinguen antes de su finalización sin justa causa, quedando únicamente excluidos los despidos disciplinarios no impugnados y los pendientes de resolución judicial.

En cuanto al TS en su sentencia núm. 62/2020, de 24 de enero de 2020, se señala que las causas de extinción son de orden público y el procedimiento para las mismas constituye un mínimo de derecho necesario, por lo que el empresario deberá aplicar el procedimiento previsto en el artículo 51 o 53 del ET dependiendo del número de trabajadores afectados sin que el convenio colectivo lo pueda modificar o sustituir, entendiéndose las previsiones convencionales procedimentales como exigencias añadidas a las establecidas legalmente, siempre que no se opongan a estas⁴.

A su vez, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, núm. 275/2017, de 3 de mayo, se incide en la relevancia de los conceptos extinciones adoptadas a iniciativa del empresario y por motivos no inherentes a la persona del trabajador, señalando que no deriva de la persona del trabajador un despido en el que se alega una causa objetiva vinculada al interés empresarial, ni puede imputarse a la conducta personal del trabajador un despido disciplinario que se reconoce como improcedente. En relación con esta cuestión, se recuerda que la transacción no altera la naturaleza del

⁴ Esta sentencia sigue el fallo del TS, núm. 283/2019, de 4 de abril, en la que se establece que quedan incluidos en el cómputo de trabajadores del artículo 51 del ET los contratos temporales concertados para la ejecución de una contrata que finalizan antes de tiempo por reducción de su volumen por la empresa comitente.

acto del despido, pues solo actúa poniendo fin al pleito provocado por esa decisión empresarial.

Finalmente, en las Sentencias de los juzgados de lo social (SJS) también encuentra recepción esta doctrina. Así, la SJS núm. 9 de Murcia, de 18 de febrero de 2021, entiende que también son computables a los efectos del artículo 51 del ET la finalización anticipada o *ante tempus* de los contratos de obra o servicio por disminución del volumen de trabajo por lo que deben de tramitarse por los cauces del procedimiento del despido colectivo las extinciones que superen los umbrales previstos en la norma. Igualmente, la SJS núm. 282, de Albacete, de 19 de octubre de 2020, declara nulo los despidos por fraude de ley aplicando la doctrina de despido de hecho o tácito para los supuestos de cierre de empresa sin ninguna declaración extintiva. En el caso concreto, se cerró el centro de trabajo, despidiendo a los trabajadores fijos de la empresa, pero no se incluyeron a los trabajadores fijos-discontinuos por lo que la extinción es nula.

Respecto del cauce de impugnación procesal, es de destacar la STS núm. 1108/2016, de 22 de diciembre, que cambia su anterior criterio de interpretación. Así, se declara que la acción de impugnación del despido colectivo en los supuestos de extinciones de contratos temporales *ante tempus* o fraudulentas y que superen los límites legales del artículo 51 del ET deben resolverse por la vía individual y no por colectiva⁵.

IV. APUNTE FINAL

De los fallos analizados merece destacar los siguientes aspectos más relevantes en la aplicación e interpretación de la doctrina de la Sentencia 25 de noviembre de 2013. En primer lugar, y respecto del cómputo de trabajadores, el despido de hecho comprende no solo los despidos por causas objetivas sino también los despidos improcedentes o nulos, quedando excluidos los despidos no recurridos ni pendientes de litigio judicial. Igualmente, en el cómputo de extinciones se incluyen tanto los contratos temporales celebrados en fraude de ley como los contratos extinguidos antes de tiempo sin justa causa. Y, en segundo lugar, las conciliaciones judiciales no pueden ser calificadas como extinciones por mutuo acuerdo entre empresario y trabajador o dimisiones del trabajador.

⁵ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., «La impugnación del despido colectivo de hecho en la nueva doctrina del Tribunal Supremo», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5 (2017), pp. 1 ss.

Todo ello ha sido posible, por un lado, aplicando la técnica de desenmascaramiento en el caso de la calificación de improcedencia de los despidos disciplinarios y objetivos, incluidas las conciliaciones, ya que siguen siendo despidos, esto es, extinciones adoptadas a iniciativa del empresario por motivos no inherentes a la persona del trabajador, que serán considerados colectivos si superan los umbrales del artículo 51 del ET, sin que el empresario pueda disponer de la aplicación del procedimiento colectivo al amparo de la actual regulación de la improcedencia del despido. Y, por otro, haciendo prevalecer el elemento cuantitativo frente al causal, ya que el elemento causal tiene que abrirse a todos los despidos por motivos no inherentes a la persona de trabajador distintos del artículo 49.1.c)⁶.

Para concluir cabe destacar la relevancia de esta doctrina en la calificación de nulidad de los despidos individuales ya que amplía los supuestos de hecho más allá de la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas y por actos de discriminación.

⁶ DESDENTADO BONETE, A., «La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho», *op. cit.*, pp. 67-68.

ANTIGÜEDAD Y RELACIÓN LABORAL EN LOS FIJOS-DISCONTINUOS

MONTSE SOLÉ TRUYOLS

Profesora Visitante de la Universitat Rovira i Virgili de Tarragona

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2010 (RCUD 90/2009) [ECLI: ES: TS:2010:1884].

II. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2010 aclara de forma concisa y directa, los criterios aplicables al cómputo de la antigüedad en los contratos fijos-discontinuos. Aunque el Tribunal ya había tenido ocasión de pronunciarse en ocasiones anteriores sobre la materia, no lo había hecho en relación con este colectivo de trabajadores. Se trata pues, de una sentencia relevante ya que comporta reconsiderar el elemento de discontinuidad de la relación laboral en este tipo de contratos como factor computable. En este aspecto se avanza a notables resoluciones posteriores del propio TS¹ y del TJUE².

¹ Véase por todas: STS de 13 de enero de 2021, ECLI: ES: TS:2021:30.

² Auto del Tribunal de Justicia UE de 15 de octubre de 2019, Asuntos acumulados C-439/18 y 472/18, ECLI: EU: C:2019:858; Sentencia del Tribunal de Justicia UE de 8 de mayo de 2019, Asunto C-161/18, ECLI: EU: C:2019:382.

III. COMENTARIO

1. El caso suscitado

La controversia se origina a raíz de la interpretación de una previsión contenida en el IV convenio colectivo para los Empleados Públicos en régimen de derecho laboral de la Diputación de León respecto al orden de llamamiento de los trabajadores fijos-discontinuos. En concreto, el citado convenio indicaba que estos serían llamados «por orden de antigüedad en la empresa dentro de cada especialidad y en cada categoría profesional».

El término orden de antigüedad en la empresa según la interpretación dada por el sindicato recurrente, se ha de entender computable a partir de la prestación efectiva de servicios, mientras que la Diputación considera que la antigüedad comienza a contar en el año del proceso selectivo y dentro de éste por el escalafón obtenido en el acceso a la plaza.

El Tribunal Supremo falla a favor de la Diputación, por entender que el cómputo de la antigüedad admite criterios diferentes, según los efectos que deba surtir. Para el cálculo de una indemnización o de complementos económicos, el criterio a seguir es el del tiempo efectivo de trabajo, sin que puedan computarse los periodos de discontinuidad. Sin embargo, para establecer el orden de llamada basta tomar como referencia la incorporación a la empresa como punto de partida del cómputo.

2. Hacia la equiparación de derechos: La relevancia de la sentencia

El asunto reviste importancia dado que la sentencia zanja parcialmente un aspecto irresuelto de la legislación laboral española como es el concepto de discontinuidad. Hasta la fecha la suspensión del contrato de trabajo del trabajador fijo-discontinuo se había entendido en la práctica de la antigüedad, como una desvinculación a la empresa, en tanto que el trabajador no acumulaba ningún derecho durante el periodo de suspensión, a pesar de mantener la relación laboral por un contrato fijo.

Interpretar, como lo hace la sentencia, que la relación laboral pervive permite al trabajador acumular antigüedad. Pero, dado que el litigio se refería exclusivamente al orden de llamada, el Tribunal no pudo referirse al resto de aspectos, como la promoción económica o elementos salariales los cuales quedaron a expensas del tiempo efectivamente trabajado.

Un aspecto colateral, pero directamente derivado de la sentencia es el hecho que son las mujeres quienes acceden a la contratación a tiempo parcial en cualquiera de sus formas, en mayor grado que los hombres. En consecuencia, la resolución del TS contribuye a la equiparación de derechos entre mujeres y hombres y en definitiva a la igualdad de oportunidades en el empleo.

A pesar de las limitaciones inherentes al caso juzgado, conviene destacar que la sentencia comentada resulta pionera en la línea que poco después, tímidamente iniciará el TJUE³, y que culminará ya en 2019, con la obligación de reconocer la antigüedad de los trabajadores a tiempo parcial, obviamente incluyendo los trabajadores fijos-discontinuos, en todos los casos en los que lo contrario sea susceptible de generar discriminación⁴.

3. Doctrina y evolución posterior

La sentencia del TS de 15 de marzo de 2010 recopila la doctrina anterior para aplicarla al concreto litigio que se suscita sobre el llamamiento de los fijos-discontinuos. No obstante, el criterio respecto a como se ha de computar la antigüedad permanece dividido. O, dicho de otra manera, la continuación de la relación laboral, como parámetro único con independencia del periodo de prestación real de servicios no resulta de aplicación a todos los supuestos. Tal distinción ha sido mantenida de forma constante por el TS⁵ hasta la STS de 19 de noviembre de 2019 (ECLI: ES: TS:2019:4219) que modifica la doctrina anterior «a efectos de promoción económica –trienios– y promoción profesional» de los trabajadores fijos-discontinuos con independencia de las provisiones al respecto contenidas en el convenio colectivo de aplicación. Dicha modificación de doctrina es consecuencia del requerimiento contenido en el Auto del TJUE de 15 de octubre de 2019 ya citado, que exige un trato igualitario de los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo y además observa discriminación indirecta en las reglas de los convenios colectivos que vinculan prestación de servicio y antigüedad, pues ello afecta de manera especial al colectivo de mujeres.

Es en el sentido de la necesaria igualdad de trato de todos los trabajadores, sea cual sea el tipo de contrato, que la STS de 28 de enero de 2020 (ECLI: ES: TS:2020:490), declara ilícita la cláusula de un convenio colectivo que ex-

³ Véase Sentencia del Tribunal de Justicia UE de 10 de junio de 2010, Asuntos acumulados C-395/08 y C-396/08, ECLI: EU: C:2010:329, párrafos 66 ss.

⁴ Véase nota 2 *supra*.

⁵ Véase por todas: STS de 17 julio de 2018, ECLI: ES: TS:2018:3222.

cluye del cómputo de antigüedad a los trabajadores cuya relación laboral quede extinguida durante más de veinte días para reanudarse posteriormente con la misma empresa, por lo que supone de discriminación hacia los trabajadores de carácter temporal, puesto que es el grupo más susceptible de sufrir tal situación.

En resumen, justo es reconocer la ventana abierta por la STS de 15 de marzo de 2010 en materia de igualdad de trato entre todos los trabajadores, que el artículo 15.6 del ET prevé de forma explícita pero que los convenios colectivos no parecen tener en cuenta. En tales circunstancias parece esperable que la nueva doctrina del TS, que podría calificarse como doctrina ampliada respecto a la STS comentada, deberá ser reiterada en futuras ocasiones.

IV. APUNTE FINAL

El conflicto de fondo que la STS de 15 de marzo de 2010 capta perfectamente, estriba en la continuidad de la relación laboral de los trabajadores fijos-discontinuos y los efectos que esta consideración tiene sobre sus derechos no solo laborales, también y muy especialmente, los relacionados con las prestaciones de la Seguridad Social. Aunque la sentencia no haga mención a ello, es dable pensar que, de acuerdo a su espíritu y trayectoria, el Magistrado Ponente D. Aurelio Desdentado Bonete contemplaba tales efectos en la base de su resolución. El tiempo, el TJUE y el mismo TS avalan sus argumentos. En este sentido, la sentencia es un punto de partida para equiparar los derechos de los trabajadores a tiempo parcial, entre los cuales, mujeres, y los trabajadores a tiempo completo, mayoritariamente varones.

APLAZAMIENTO DE CUOTAS TRAS INICIARSE INCAPACIDAD TEMPORAL EN RETA

JOSÉ LUIS TORTUERO PLAZA
Catedrático de la Universidad Complutense¹

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2009 (RCUD 4509/2007) [ECLI: ES: TS:2009:6490].

II. INTRODUCCIÓN

La sentencia resuelve una cuestión que caracteriza a las reglas de ordenación del Régimen Especial de Trabajadores por cuenta Propia o Autónomos, a

¹ Escribir estas páginas o más bien reproducir la sabiduría y enseñanzas del Magistrado Aurelio Desdentado en materia de Seguridad Social, es para mí una satisfacción cuyas dimensiones se hacen gráficas reproduciendo brevemente cuando nos conocimos.

Conocí a Aurelio en la época en que yo trabajaba como Titulado Superior en la Comisión Técnica Calificadora Provincial de Madrid y al tiempo comenzaba mi andadura docente como colaborador con mi Maestro Alonso Olea. Aquellos inicios fueron de la mano de Jose Enrique Serrano, Joaquín Aparicio, Antonio Bayos y Julia López, que forman parte de mi historia.

A partir de nuestro primer encuentro en la Comisión propiciado por Aurelio que pregunto por mí y quiso conocerme –le habían hablado de mí, yo no me lo podía creer–, mis primeros encuentros con Aurelio, fueron de la mano de mi querido amigo Antonio Baylos. Íbamos con una cierta regularidad a buscar a Aurelio al despacho del Maestro de la Villa –lo que también me permitió conocerle personalmente, impacto que nunca se borró de la retina– y nos íbamos a cenar o a tomar unas cervezas, en unas jornadas de charlas y risas que recuerdo como mágicas. Yo tendría aproximadamente 24 años.

saber, la invitación al pago cuando el trabajador no está al corriente de sus obligaciones de cotización. El supuesto concreto centra el debate en la determinación de las prestaciones que quedan bajo el paraguas de la «invitación», en este caso la incapacidad temporal. Igualmente, adquiere relevancia el juego del aplazamiento, en ocasiones utilizado de forma indebida para salvar los efectos del incumplimiento de la obligación de cotizar. Finalmente y como doctrina singular, la Sentencia analiza y resuelve la relación entre la titularidad del ofrecimiento o de la invitación y los efectos de su no utilización.

III. COMENTARIO

Las sentencias en las que actuaba como ponente el Magistrado Aurelio Desdentado, en general y especialmente en materia de Seguridad Social, eran una clase magistral. El desarrollo de la línea argumental llevándote de la mano en una materia complejísima, era minucioso, preciso, esclarecedor, didáctico...la resolución, ponderada, integrada en nuestro tiempo, lo que es casi mágico con una regulación jurídica bastante caótica.

Como prueba de las afirmaciones realizadas, es ejemplo la sentencia que comento, donde afloran todas las características referidas.

Con la idea de visualizar su contenido, desarrollo y doctrina, plantearemos de forma independiente y al tiempo coordinada los distintos problemas suscitados.

Aplicación a la Incapacidad temporal de la invitación al pago.

En un primer orden, es necesario determinar las prestaciones que quedan bajo el paraguas de las «invitación» y, singularmente la incapacidad temporal.

Para analizar la situación, la Sentencia procede con buen criterio y la maestría del Magistrado Desdentado a seguir la compleja evolución normativa en la materia. El artículo 28 del Decreto 2530/1970, por el que se establece y regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos, no se refiere a las prestaciones de incapacidad temporal, porque en ese momento las indicadas prestaciones no estaban comprendidas en la acción protectora del régimen especial. Posteriormente, la Orden de 28 de julio de 1978, que desarrolla el Real Decreto 1774/1978 sobre incorporación de la incapacidad temporal como prestación voluntaria al RETA, menciona el requisito de hallarse al corriente en el pago de las cuotas, pero no contempla de manera expresa la aplicación de la invitación al pago. Esa regulación cambia con el Real Decreto 43/1984, que, al remitirse a la regulación del Régimen General, llevó a esta Sala a mantener en su sentencia de 16 de mayo de 1992,

que no era aplicable el requisito de hallarse al corriente. Pero la regulación posterior del artículo 3.2 del Real Decreto 2110/1994 determinó un cambio de criterio, como puede verse en las sentencias de 28 de mayo de 2003, 26 de abril de 2004, 30 de septiembre de 2004, 18 de noviembre de 2004, 24 de enero de 2006, 23 de mayo de 2006 y 4 de octubre de 2006, que apreciaron la aplicación de la exigencia de hallarse al corriente del pago de las cuotas en la prestación incapacidad temporal, excluyendo además algunas de estas resoluciones la moderación de esta exigencia mediante la denominada invitación al pago por parte de la entidad gestora, por las razones que se exponen con detalle en la sentencia de 30 de septiembre de 2004.

El cambio definitivo se produce como consecuencia de la Ley 52/2003 que incorporo la nueva disposición adicional 39.^a de la Ley General de la Seguridad Social. Esta norma, que rige desde 1 de enero de 2004, refiere a todas las prestaciones tanto el requisito de hallarse al corriente del pago de las cuotas, como «la aplicación del mecanismo de invitación al pago» en los términos del artículo 28.2 del Decreto 2530/1970.

Es cierto, que el precepto referido no alcanza, por la remisión que el mismo realiza al artículo 27 del propio Decreto, a la incapacidad temporal. Pero ello no significa que se excluya a esta prestación de la invitación al pago, pues la falta de mención se explica porque cuando se aprobó el Decreto 2530/1970 no existía esa prestación en el RETA.

Esta conclusión se confirma a la vista de lo dispuesto en los artículos 5 y 12 del Real Decreto 1273/2003. El primero, incluido en el capítulo I, dedicado a la cobertura de las contingencias profesionales, que incluyen el subsidio de incapacidad temporal, establece que «será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de las prestaciones que los interesados estén afiliados y en situación de alta o asimilada, así como que, con excepción del auxilio por defunción, se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social», añadiendo que de «no ser así, se les cursará invitación en los términos y con los efectos previstos en el artículo 28 del Decreto 2530/1970». Podría objetarse que el artículo 28 sigue sin incluir la incapacidad temporal, pero, aparte de lo ya indicado, el artículo 12 del Real Decreto 1273/2003, que está incluido en el capítulo II relativo a la incapacidad temporal de los trabajadores por cuenta propia, prevé que «en los supuestos a que se refiere este capítulo, será requisito indispensable para el reconocimiento del derecho a la prestación por incapacidad temporal que el interesado se halle al corriente en el pago de las correspondientes cuotas a la Seguridad Social, sin perjuicio de los efectos de la invitación al ingreso de las cuotas debidas en los casos en que aquélla proceda».

De esta forma, el artículo 5 menciona todas las prestaciones salvo el subsidio de defunción y el artículo 12, específico de la incapacidad temporal, se refiere expresamente a la invitación que ya de forma inequívoca se prevé para la prestación de incapacidad temporal. La referencia final del párrafo primero a los casos en que aquélla –la invitación– proceda no puede tener la intención de excluir la incapacidad temporal del juego de esa invitación, porque el precepto se refiere precisamente a esta prestación y no tendría sentido establecer la invitación para esa prestación y luego excluirla.

Con toda lógica y buscando explicación razonable, la Sentencia entiende que la excepción está apuntando a otros supuestos en los que la invitación no resulta aplicable, como pueden ser, por ejemplo, aquellos en que no se reúne por el solicitante el periodo de cotización necesario para causar derecho a la prestación.

Como conclusión se determina, en consonancia con la doctrina de la propia Sala Sentencias de 10 de febrero de 2009 y 22 de abril de 2009, que no puede denegarse la prestación de incapacidad temporal, por no hallarse el solicitante al corriente en el pago de las cuotas, sino que la entidad competente para la gestión de la prestación estaba obligada a cursar la invitación en los términos del artículo 28.2 del Decreto 2530/1970.

2. Los efectos del aplazamiento y su cumplimiento

La segunda cuestión planteada y también con doctrina consolidada de la Sala, refiere a la eficacia del aplazamiento para encontrarse el actor al corriente de las cotizaciones. En esta materia, las distintas ordenaciones que se han sucedido en el tiempo son de contenido similar, a saber,: la concesión del aplazamiento, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en este Reglamento y en la resolución que lo conceda, dará lugar, en relación con las deudas aplazadas, a la suspensión del procedimiento recaudatorio y a que el deudor sea considerado al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social» (el artículo 31.3 del reglamento aprobado por el Real Decreto 1415/2004).

También la cuestión ha sido unificada por la Sala –sentencia de 4 de mayo de 2004, reiterando el criterio ya establecido por las sentencias de 12 de julio de 2002 y 26 de junio de 2003–, precisándose que «para cumplir el requisito de estar «al corriente», a efectos de reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social, la concesión del aplazamiento de pago ha de producirse con anterioridad a la fecha del hecho causante de la prestación de que se trate, pues

es en ese momento –y no con posterioridad– en el que hay que reunir los requisitos para el acceso a la protección».

Hay que tener en cuenta que, conforme al artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, el destino de la prestación está en función de la respuesta del solicitante a la invitación, de forma que: 1.º si las cuotas se ingresan en el plazo legal, la prestación se reconoce, 2.º si no se ingresan, no se reconoce, 3.º pero si se ingresan con retraso, la prestación se reduce en un 20 % o su devengo se retrasa hasta el momento del pago, según se trate de prestaciones de pago único y subsidios temporales o pensiones.

3. La invitación al pago y el reconocimiento de la prestación

Del conjunto de la doctrina planteada, conviene destacar la interpretación efectuada del artículo 28.2 del Decreto 2530/1970. En efecto, la Sentencia afirma que el precepto «debe entenderse en lo que se refiere a la invitación al pago como un precepto que otorga una facultad de configuración jurídica en orden a condicionar el reconocimiento de la prestación al abono de las cuotas debidas. Pero si la gestora competente no ejercita esta facultad en el momento oportuno –es decir, antes de pronunciarse sobre el reconocimiento de la prestación–, ya no podrá condicionar en el futuro ese reconocimiento a que el solicitante se ponga al corriente del abono de las cuotas, sin perjuicio de que puede recurrir a otros medios de cobro, entre ellos el descuento de la propia prestación».

La conclusión determina someter a la entidad gestora a sus propias facultades y con los efectos, podríamos decir, de causa/efecto.

IV. APUNTE FINAL

Enfrentarse a los problemas que plantean las singularidades del régimen de autónomos, como consecuencia de ser el propio trabajador el sujeto responsable del conjunto de obligaciones, no siempre escapa al fantasma del fraude. Es claro que la sentencia analizada no ha caído en la tentación, aunque posiblemente planearía por el argumentario mental del Magistrado Desdentado, como lo está en el mío.

Sin perjuicio de la histórica transición de la voluntariedad a la obligatoriedad en la cobertura de la incapacidad temporal, posiblemente su carácter temporal, su escasa cotización exigida en los supuestos de enfermedad común

y su proximidad al hecho causante, estuviera en la justificación de su histórica expulsión del espacio de la invitación al pago. Obviamente detrás de las reglas referidas está el fantasma del fraude. También lo está aunque lo silenciamos el juego, la eficacia y los efectos de los incumplimientos del aplazamiento en el pago de las cotizaciones debidas. La secuencia pretendida es clara, falta de cotización, aplazamiento, reconocimiento y pago de la prestación e incumplimiento de las obligaciones del aplazamiento.

El perfeccionamiento en el ámbito y estructuración de cobertura y de la cotización, así como en la intensidad protectora del régimen de autónomos, no puede ignorar que en el mismo el trabajador por cuenta propia es el titular y el sujeto obligado de todas las obligaciones. Y que las mismas traen su origen del desarrollo de una actividad productiva decidida y ejercitadas sin dependencias ajenas. Hace tiempo que me referí a la compra de pensiones privadas a precio público, a raíz del juego de las cotizaciones en periodos de no alta. Pues bien, el derecho constitucional y la garantía pública no están para amparar comportamientos irregulares que penalizan al conjunto de los sujetos obligados. Y esto es así, aunque no parezca «moderno».

El tema del ejercicio o no de la «invitación al pago» tiene también dos caras. Por un lado, como hace la sentencia, la invitación constituye una facultad/obligación de la entidad gestora con efectos de desvinculación con la exigencia de estar al corriente en las obligaciones de cotización. Por otro lado, parece excesivamente radical, defender o aplicar con carácter universal –para el conjunto de las prestaciones del sistema– que el no ejercicio de la facultad/obligación tiene efectos negativos para el Sistema y beneficiarios para el sujeto incumplidor.

Probablemente el supuesto enjuiciado, incapacidad temporal, permitió no tener que hacer valoraciones sobre la extensión aplicativa de su doctrina.

LAS FUNCIONES DE LA TARJETA PROFESIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN

ÁNGEL LUIS DE VAL TENA

Catedrático de la Universidad de Zaragoza

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

La STS de 27 de octubre de 2010 (rec. 53/2009) (ECLI: ES: TS:2010:6234) valida, en parte, las funciones que el –entonces vigente– Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción¹ asignaba a la tarjeta profesional específica de esta rama de actividad. La citada norma colectiva no crea una cartilla o carnet profesional *motu proprio*, sino que, conocedora de la habilitación legal *ex* artículo 10.3 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción², singularmente a favor negociación colectiva sectorial de ámbito estatal, regula una forma no excluyente de acreditar la formación recibida por el trabajador referida a la prevención de riesgos laborales en aquel sector de actividad.

La Sala resuelve los recursos de casación interpuestos por dos sindicatos más representativos a nivel autonómico contra la sentencia dictada en la instancia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 13 de febrero de 2009 (autos 185/2008) (ECLI: ES: AN:2009:490) que desestimó la deman-

¹ Cfr. IV Convenio Colectivo del Sector de la Construcción (BOE de 17 de agosto de 2007).

² BOE de 19 de octubre de 2006.

da interpuesta por uno de ellos (ELA-STV), a la que se adhirió el otro (CIG), impugnando determinados preceptos del convenio colectivo citado.

El Magistrado Ponente, D. Aurelio Desdentado Bonete, advierte la deficiente técnica de articulación del recurso en su primer motivo, que realiza una impugnación en bloque de una larga serie de preceptos del Convenio Colectivo bajo la cobertura de los preceptos genéricamente invocados. Con palabras del Ministerio Fiscal, el escrito no se atiene a la técnica casacional, pues «se vuelven a reproducir los mismos argumentos jurídicos de la demanda y a mencionar párrafos de un artículo jurídico», sin que se ponga claramente de manifiesto la causa de impugnación. No obstante, en tanto en la medida en que esta impugnación del primer motivo puede ser establecida con alguna claridad, la Sala procede a dar respuesta a los recurrentes, sin duda en aras a preservar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

II. INTRODUCCIÓN

Precisamente, el celo del Magistrado Ponente para garantizar los derechos constitucionales fundamentales, en este asunto el establecido en el artículo 24.1 CE, lleva a valorar el primer motivo que fundamenta el recurso de casación. En el mismo se denuncia de forma principal la infracción de los artículos 85.1 y 3.3 del Estatuto de los Trabajadores³ (en adelante, ET), en relación con el artículo 10.3 de la Ley 32/2006 y con los artículos 35.1 y 2 y 18 de la Constitución Española (en adelante, CE).

Conviene precisar que la alegación de la infracción del artículo 10.3 de la Ley 32/2006 se utiliza para mantener no la existencia de una violación directa de ese precepto, sino simplemente para sostener que esta norma no habilita legalmente al convenio colectivo para limitar el derecho al trabajo, lo que conduce esa alegación al artículo 35 de la CE.

Esta es la cuestión más relevante resuelta por la Sala, si bien no es la única, puesto que también se valora si la regulación de la tarjeta profesional de la construcción, según la información que pueda almacenar, puede poner en riesgo el derecho a la intimidad personal, reconocido en el artículo 18.1 de la CE. En particular, atendiendo a la función de la tarjeta de acreditar que su titular ha sido sometido a los reconocimientos médicos previstos en el Conve-

³ Establecen la regla general de subordinación del convenio colectivo a la ley: respeto de los convenios colectivos a las normas estatales de derecho necesario (art. 3.3 ET) y obligado respeto a las leyes por los convenios colectivos (art. 85.1 ET).

nio, con la aportación, entre la documentación precisa para la obtención de la tarjeta profesional, de los certificados relativos a los reconocimientos médicos expedidos por la entidad que los realizó y con la referencia en el modelo de solicitud al reconocimiento médico⁴.

Sin negar el interés de este último planteamiento, el análisis que sigue centra el objetivo en la primera observación, por cuanto determina las funciones que puede asumir la tarjeta profesional de la construcción, sin que se admitan condicionantes que lesionen el derecho al trabajo.

La elección de la sentencia comentada, de otra parte, viene condicionada o, mejor dicho, estimulada por el análisis de un tema de interés para el comentarista, como acertadamente pudo advertir *ab initio* el Magistrado Antonio V. Sempere Navarro, director de esta obra, pues ambos, junto a otros compañeros, colaboramos en la una pionera publicación⁵, con dos ediciones muy seguidas, que analizó los contenidos más novedosos de la Ley 32/2006.

III. COMENTARIO

El IV Convenio Colectivo del Sector de la Construcción (2007) implantó la tarjeta profesional, considerándola los sindicatos recurrentes ilegal por transformar un sistema de acreditación de los deberes preventivos del empresario en un sistema de acreditación profesional para los trabajadores.

De entrada, el Magistrado Ponente anticipa que tal afirmación carece de fundamento. En verdad, se crea la tarjeta profesional de la construcción, como un documento que tiene la finalidad de «acreditar, entre otros datos, la formación específica del sector recibida por el trabajador en materia de prevención de riesgos laborales» (art. 160). Los titulares de esta tarjeta son los trabajadores, que podrán solicitarla o no (art. 161) y que la mantienen en su poder.

Pese a la confusa redacción del artículo 10.3 de la Ley 32/2006, al establecer que, «reglamentariamente o a través de la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal, se regulará la forma de acreditar la formación específica recibida por el trabajador en materia de prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción», lo que regula el Convenio no es la única forma de

⁴ Sobre la protección de los datos «especialmente sensibles» relativos a la salud, *vid.* DE VAL TENA, A. L.: «Categorías especiales de datos personales en el ámbito de la relación de trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 148, 2021, pp. 160-164.

⁵ *Vid.* GARCÍA BLASCO, J. (Dir.), *La subcontratación en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007; también, *La subcontratación en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, y del RD 1109/2007, de 24 de agosto, que la desarrolla*, 2.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

acreditar la formación, sino únicamente una forma de acreditación que puede realizarse por el trabajador y que queda a su disposición. Este sistema no afecta a la obligación principal de los empleadores de cumplir sus obligaciones de formación en materia de prevención de riesgos laborales (arts. 19 LPRL y 10.1 Ley 32/2006).

La denuncia de los recurrentes sobre la infracción del artículo 10.3 de la Ley 32/2006 se rechaza, asimismo, valorando otras alegaciones complementarias. La primera señalaba que la tarjeta profesional no satisfacía la deuda mínima exigible de seguridad, pues solo acredita la «formación inicial» [art. 160.a) del Convenio]. Aparte de no ser cierto, pues atestigua también «la formación de todo tipo recibida por su titular» [art. 160.d) del Convenio], se vuelve a desconocer con esa alegación –como se ha dicho– que no se está regulando el único sistema de acreditar la formación, sino una modalidad específica de re-frendarla, y que tampoco se juzga la corrección técnica de esta regulación, sino solamente su conformidad con el ordenamiento jurídico. También se rechaza la observación relativa a que la tarjeta no puede ser el instrumento idóneo para que las empresas demuestren el cumplimiento de sus obligaciones. Por último, se invoca la existencia de extralimitaciones en la regulación del Convenio, al contemplar la acreditación de extremos distintos a la formación profesional, como los relativos a la categoría profesional y los contenidos formativos no vinculados a la prevención de riesgos, materias no contempladas en la habilitación del artículo 10 de la Ley 32/2006. Sin embargo, al regular la acreditación de estos datos, el Convenio está dentro de la esfera propia de su competencia normativa, conforme al artículo 85.1 del ET, y no necesita una habilitación legal singular para ello, con independencia de otras limitaciones aplicables.

La argumentación de mayor interés es la que resuelve la denuncia sobre la vulneración del derecho al trabajo. La premisa sobre la que se sustenta la crítica es, en síntesis, la siguiente: la tarjeta profesional no es un documento que se limite a acreditar el cumplimiento de las obligaciones de formación por parte del empresario, sino que se orienta a convertirse en un auténtico requisito de habilitación de la contratación; y ello tanto porque crea una ventaja a favor de los ya formados en la prevención de riesgos del sector frente a los que carecen de esa formación, como porque la disposición transitoria cuarta del Convenio prevé expresamente su carácter exigible.

El derecho al trabajo, que consagra el artículo 35.1 de la CE, incluye la libertad de trabajo y la libre elección de profesión u oficio, libertades que implican que nadie puede ser obligado a realizar un determinado tipo de trabajo en contra de su voluntad y que no existen trabajos cerrados o reservados a de-

terminadas personas o grupos de personas. La única excepción es la que se deriva de la regulación de las profesiones tituladas a que se refiere el artículo 36 de la CE para el ejercicio de determinadas profesiones, en las que, por razones de interés general, puede exigirse una singular titulación académica o profesional, incluso la colegiación en las correspondientes organizaciones corporativas. Pero el establecimiento de este tipo de limitaciones a la libertad de trabajo ya no es propia de la negociación colectiva y está reservado a la ley, debiendo además justificarse por razones de interés general⁶.

Del examen de la regulación contenida en el Convenio no cabe sostener que, con carácter general, se establezca una forma de habilitación de la contratación laboral que impida que sean contratadas las personas que no estén en posesión de la tarjeta profesional. Nada se dice a este respecto en los preceptos del Convenio que regulan el ingreso en el trabajo y la contratación (arts. 14 a 18). La finalidad de la tarjeta se limita a acreditar la formación específica del titular en materia de prevención de riesgos y los datos a que se refiere el artículo 160 del Convenio; su solicitud es facultativa para el trabajador (arts. 161 y 162) y no da un derecho exclusivo o preferente a la contratación (art. 165).

En opinión de los recurrentes, la tarjeta crea una preferencia de hecho para algunos trabajadores, «al ser preferibles los ya formados en prevención frente a los que no poseen esos conocimientos», que tendrán que «adquirirlos por su cuenta y a costa de peores condiciones salariales». Se trata de una deducción, siendo cierto que, en materia de oportunidades de empleo, quienes cuenten con una mayor formación en prevención pueden tener, a igualdad de las restantes circunstancias, una ventaja en las expectativas de empleo. Sin embargo, esto no es una consecuencia derivada de la existencia de la tarjeta, que se limita a acreditar la formación, resultando un efecto que obedece a las diferencias reales de posición competitiva en el mercado que se producen en función de las diferentes cualificaciones de los trabajadores; diferencias que el Convenio no ha creado. Como también es verdad que este sistema puede tener consecuencias negativas sobre las oportunidades de colocación de las personas en busca de empleo que no han tenido un trabajo previo en la construcción, pero ello es un efecto inevitable que corresponde a la realidad, pues la tarjeta acredita la formación recibida en el sector y esta solo se obtiene por quienes han trabajado previamente en la actividad.

En cambio, sí considera la Sala que la disposición transitoria cuarta del Convenio se ha excedido en su regulación. En esta disposición se establece

⁶ STS –Sala de lo Contencioso– de 19 de noviembre de 2007 (ECLI: ES: TS:2007:7678), que cita las SSTC 42/1986, de 10 de abril, y 122/1989, de 6 de julio.

que «teniendo en cuenta el tamaño del sector y la obligación establecida en la Ley 32/2006, 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, las partes consideran imprescindible la obtención progresiva de la Tarjeta Profesional de la Construcción por parte de los trabajadores y su exigencia por parte de las empresas, proceso que se desarrollará a lo largo del período de vigencia del presente Convenio y que adquirirá carácter obligatorio a partir del 31 de diciembre del año 2011»; así, se pretendía que, a partir de 31 de diciembre de 2011, fuera obligatoria la obtención de la tarjeta profesional y las empresas deberían exigirla. Caso de que esa obligatoriedad se proyectara sobre las contrataciones, no se admite que la no obtención de la tarjeta profesional por el trabajador pudiera determinar su despido o la pérdida de derechos en su relación laboral, aparte de que la extinción del contrato por esta causa también vulneraría preceptos legales de derecho necesario y el propio derecho al trabajo. De ahí que, desde esta perspectiva, se concluya que el Convenio se ha excedido en su regulación: en primer lugar, porque aquella disposición supone una limitación del derecho al trabajo que tendría que ser establecida por la ley, en virtud de la reserva que consagra el artículo 53.1 de la CE, y la Ley 32/2006, como hemos visto, no contiene tal restricción, pues se limita a regular una forma de acreditación de la formación específica; en segundo lugar, se produciría, *de facto*, una reserva de empleo, que, además de exigir ley para su establecimiento (art. 17.2 ET), llevaría al absurdo de hacer imposible la contratación de quienes no han sido previamente trabajadores del sector de la construcción. En definitiva, y así concluye la Sala, es clara la falta de competencia del convenio colectivo para introducir dicha regulación, que afecta no a la mera acreditación de una formación laboral, sino a la creación –en la práctica– de un título habilitante de la contratación, lo que no es materia propiamente laboral a efectos del artículo 85.1 del ET.

Solo en este punto se estima el recurso y, en consecuencia, se anula esa disposición del Convenio.

IV. APUNTE FINAL

Según el vigente Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción⁷, la tarjeta profesional de la construcción es «el documento que constituye una forma de acreditar, entre otros datos, la formación específica recibida del sector por el trabajador en materia de prevención de riesgos laborales, así como

⁷ Cfr. VI Convenio General del Sector de la Construcción (BOE de 26 de septiembre de 2017).

la categoría profesional del trabajador y los periodos de ocupación en las distintas empresas en las que vaya ejerciendo su actividad» (art. 148). Las partes firmantes consideran la referida tarjeta «como una forma de acreditación de la formación en prevención de riesgos laborales por el trabajador» (art. 149). Esta regulación, se corresponde plenamente con la validación que de la misma hizo inicialmente la STS de 27 de octubre de 2010 que se ha comentado.

Más allá del estudio de la regulación positiva, el Magistrado Ponente, y con él la Sala, afloja el nudo gordiano que presenta el recurso y analiza las funciones de la tarjeta profesional de la construcción, resultando la principal acreditar la formación del trabajador en materia de prevención de riesgos laborales, refrenda por no ser el único medio válido para certificar la formación de todo tipo recibida por su titular. En esa línea de interpretación, se descarta que la tarjeta pueda convertirse en un requisito para la contratación, en tanto sería una limitación del derecho al trabajo que solo puede ser establecida por la ley, *ex* artículo 53.1 de la CE.

En el análisis de los motivos del recurso y es su resolución fundada, muestra Aurelio Desdentado Bonete su faceta de jurista fino, que aquilata los problemas y aporta la solución más ajustada a derecho, dejando cerrada la discusión con argumentos sólidos, a la postre de autoridad.

SEGUNDA PARTE: ESTUDIOS DOCTRINALES

LAS CRISIS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y SUS PROPUESTAS DE REFORMA

CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ

Profesora de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

«Un sistema en busca de su identidad. Notas para una aproximación histórica a la crisis de la Seguridad social española», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2008, núm. 139, pp. 491 a 521.

II. INTRODUCCIÓN

En este artículo, Aurelio Desdentado comparte su preocupación por la crisis de la Seguridad Social y advierte la necesidad de hablar de las amenazas del sistema con el objeto «de describir la situación y plantear alternativas sin hacer concesiones a la corrección política». En palabras del propio autor: «Debemos dejar de mirar hacia otro lado, pues solo si miramos directamente el problema y tratamos de describirlo seremos capaces de enfrentarnos a él».

III. COMENTARIO

En el año 2008, se publicó en el núm. 139 de la *Revista Española de Derecho del Trabajo*, el artículo «Un sistema en busca de identidad». En él, Au-

relio Desdentado reflexiona sobre las crisis que amenazan nuestro sistema de Seguridad Social. Y, a tal efecto, identifica dos crisis. En primer lugar, la Seguridad Social se enfrenta a una crisis de eficiencia que cuestiona la capacidad del sistema para hacer frente a los objetivos de protección social en un mundo en el que las nuevas formas de pobreza y de empleo quedan, en gran medida, fuera de los esquemas tradicionales de protección contributiva. Por otra parte, la crisis de financiación que pone de relieve los límites del sistema para hacer frente a un gasto creciente como consecuencia del envejecimiento de la población, la degradación de la correlación activos/pasivos y los efectos de la maduración del propio sistema. Y sobre esta crisis –advierte el autor– planea otra de carácter más sutil: la crisis ideológica. El Estado de bienestar creció sobre un consenso general en torno a la complementariedad de los objetivos de política social y política económica, pero ese consenso «se ha roto como consecuencia de la crítica neoliberal al Estado de bienestar, la crisis fiscal del Estado y la experiencia de la globalización»

Ciertamente, nuestro sistema se encuentra excesivamente centrado en el esquema contributivo y con un desarrollo muy débil de las formas de protección alternativas, con lo que su capacidad de respuesta a las nuevas formas de pobreza es bastante limitada. Aurelio Desdentado advierte cómo el modelo de Seguridad Social contributivo, diseñado en función del trabajador fijo a tiempo completo, deja a los más necesitados fuera de los mecanismos de protección por la exigencia de largos períodos de cotización y las carencias cualificadas. Y, a tal efecto, recuerda lo que Deleek llamó el efecto Mateo, inspirándose en la parábola de los talentos: «al que tiene se le dará y tendrá de sobra, pero al que no tiene, aun hasta lo que tiene se le quitará». Y, como afirma el autor, algo de eso sucede en nuestro sistema con las personas que por su carrera de seguro irregular acaban cayendo fuera de la red contributiva de protección, pero dejan en la caja única sus contribuciones para financiar las prestaciones de las personas más afortunadas que sí llegan al final de la carrera.

Pero nuestro sistema se enfrenta además a una crisis de financiación. Originariamente, las prestaciones tenían una función de sustitución muy limitada, como consecuencia de su cálculo en función de bases tarifadas de cotización bastante alejadas de los niveles reales de salarios. La Ley 24/1972 reaccionó a esta situación a través de dos medidas fundamentales: flexibilizando los requisitos de acceso a la protección y mejorando la intensidad de la acción protectora, mediante la aproximación de las bases de cotización a los salarios reales. Como apunta el autor, el número de pensiones pasó de unos 3 millones en 1973 a casi 5 millones y medio en 1985 y la cuantía comenzó también a subir de forma significativa. Si en 1973 la pensión media del sistema equivalía

al 55,1 % del salario mínimo interprofesional, en 1984 alcanzaba ya el 75 %. Este crecimiento comenzó a plantear problemas de viabilidad durante los años 80. Y de ahí la tendencia hacia el control y hacia la moderación del gasto que llevaría a la Ley 26/1985.

Ante los retos demográficos, el autor defiende la necesidad de adoptar reformas en relación con el número de pensiones y con la determinación de su cuantía. En su opinión –que comparto–, tendría que abordarse una revisión profunda del régimen de pensiones con una delimitación más estricta de las situaciones de necesidad que eliminara la fuerte generación de pasivos artificiales, especialmente en las pensiones de incapacidad permanente y supervivencia, pero corrigiendo también el recurso a las jubilaciones anticipadas. Por otra parte, Aurelio Desdentado propone configurar la sustitución de rentas de forma más realista, renunciando a las ofertas de tasas del 100 % que luego intentan compensarse con la ampliación del período de cómputo de la base reguladora. Estas medidas de reordenación tenderían a mejorar la eficacia del sistema, ahorrando recursos para destinarlos a otras finalidades prioritarias.

Frente a estas amenazas, Aurelio Desdentado reconocía que no había demasiadas razones para el optimismo, pues las reformas legislativas que se habían producido en los últimos tiempos y las modificaciones legislativas que estaban en ese momento en marcha, pasaban por la superficie de los grandes problemas y se limitaban a realizar ajustes de escasa entidad. ¿Y por qué no se abordan los problemas reales de forma radical? Para el autor la respuesta es clara: porque las reformas que necesitamos –las verdaderas reformas– pueden tener un coste muy elevado y todavía no hemos tomado conciencia de su necesidad. Lo que ocurre es que «lo peor puede cumplirse si continuamos negándonos a enfrentarnos con los problemas». Pero si lo hacemos, dice Aurelio, habrá que recordar las palabras de Antonio Machado que nos enseñan «no está el mañana –ni el ayer– escrito».

IV. APUNTE FINAL

Las normas legislativas que se han sucedido desde la publicación del artículo «Un sistema en busca de identidad» han ahondado en la línea restrictiva de la Ley 26/1985, provocando una progresiva reducción de la tasa de sustitución o de reemplazo de las prestaciones. En este sentido, la reforma introducida por la Ley 27/2011 persiguió una importante reducción de los costes, retrasando progresivamente la edad de acceso a la pensión de jubilación, ampliando

por tercera vez el período computable en la base reguladora y reduciendo nuevamente el porcentaje aplicable sobre la misma.

Las reformas legislativas del año 2012 incidieron en la reducción del gasto a través de otras vías; en concreto, mediante: a) una rectificación a la baja de las reglas de integración de lagunas (DF 20.^a Ley 3/2012); y b) un duro recorte de la tasa de sustitución de la prestación de desempleo (art. 17. Cuatro RD-ley 20/2012). Se evidenció además un claro propósito por incrementar los ingresos, para lo cual se aumentó la base máxima de cotización en un 5 %, –la subida más alta desde el año 1993– (art. 113 Ley 17/2012), se determinó el carácter cotizante de determinados conceptos de naturaleza extrasalarial (art. 17.Dos RD-ley 20/2012) y se suprimieron las bonificaciones y reducciones en las cuotas que podríamos denominar «históricas» (DT 6.^a RD-ley 20/2012).

Las modificaciones adoptadas a lo largo del año 2013 ahondaron en esta misma lógica de reducir el gasto, de un lado, y de incrementar los recursos del sistema, de otro. Así, el RD-ley 5/2013 endureció el régimen jurídico de la jubilación anticipada y de la jubilación parcial, dificultando el acceso a la prestación e incrementando el coeficiente penalizador aplicable. Y el RD-ley 16/2013 dio una nueva redacción al artículo 109.2 LGSS 1994 (actual artículo 147 LGSS 2015), de conformidad con la cual aumentaron significativamente los conceptos que integran la base de cotización.

Y, en este contexto, se debe enmarcar también la Ley 23/2013 por la que se creó el factor de sostenibilidad de las pensiones y el índice de revalorización. Con el primero, se pretendía vincular el importe de las pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social a la evolución de la esperanza de vida de los pensionistas. Con el segundo, la revalorización de las pensiones se desvinculaba de la evolución del IPC y se condicionaba a la diferencia entre ingresos y gastos del sistema. No obstante, la entrada en vigor del factor de sostenibilidad (inicialmente prevista para el año 2019), se pospuso hasta enero de 2023 por la Ley 6/2018 y la aplicación del índice de revalorización fue suspendido por el RD-ley 28/2018, de 28 de diciembre.

Recientemente, el 1 de julio de 2021, el Gobierno ha firmado con los interlocutores sociales (CEOE, Cepyme, CC.OO. y UGT) el «acuerdo para la modernización y refuerzo del sistema público de pensiones» y, pocos días después, el Consejo de Ministros ha autorizado la tramitación urgente del Anteproyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

El acuerdo recoge parte de las recomendaciones aprobadas por el Pacto de Toledo en noviembre de 2020 y comprende medidas con un impacto social

muy relevante: En primer lugar, se deroga el índice de revalorización de las pensiones de la Ley 23/2013, que se sustituye por un sistema de revalorización conforme a la evolución media de la inflación en el ejercicio anterior (aunque no se prevé la recuperación del poder adquisitivo que habrían perdido los pensionistas entre los años 2013 y 2017). En segundo lugar, se han adoptado medidas para favorecer el acercamiento de la edad efectiva de jubilación con la edad legal, modificando los coeficientes reductores de la jubilación anticipada y mejorando los incentivos para la prolongación de la carrera profesional más allá de la edad ordinaria de jubilación.

Con el fin de culminar el principio de separación de fuentes, se ha previsto la eliminación de los gastos impropios que soporta la Seguridad Social como, por ejemplo, las bonificaciones y las reducciones en las cuotas, el coste del reconocimiento de la jubilación a edad reducida (cuando no se haya previsto una cotización adicional), el coste de la integración de lagunas o del complemento para reducir la brecha de género

Por lo que respecta al RETA, se ha acordado la modificación del sistema de financiación, con el objeto de establecer una cotización con base en los rendimientos reales declarados fiscalmente. Este nuevo sistema se aprobaría en 2022 y surtiría efectos en el año 2023; si bien, el despliegue sería paulatino y, durante el período transitorio, se establecería una cotización por tramos cuyo importe se iría incrementando progresivamente. Se pretende, además, lograr una protección social equiparable entre el Régimen General y el RETA. No obstante, la concreción de este determinante cambio sería objeto de negociación en la siguiente fase de diálogo social.

También se ha acordado la sustitución del factor de sostenibilidad de las pensiones (previsto en el artículo 211 LGSS) por un nuevo mecanismo de equidad intergeneracional que operaría a partir del año 2027 y que tendría por objeto paliar la carga excepcional que va a suponer la jubilación de la generación «baby boom». La regulación de este nuevo mecanismo será objeto de una negociación inminente, de forma que si no se alcanza un acuerdo con anterioridad al 15 de noviembre de 2021, el Gobierno procedería a regularlo de forma unilateral.

Y, por último, se ha acordado revisar el acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho con el fin de equipararlas a los matrimonios.

Es obvio que nuestro sistema de pensiones se enfrenta a retos importantes y que es necesario actuar de forma inminente. La pregunta que se suscita a continuación es si es ésta la reforma que necesita la Seguridad Social. En mi opinión, las modificaciones legislativas que se proponen caminan en la dirección acertada: como el hecho de prohibir la jubilación forzosa, de potenciar el

retraso de la edad efectiva de acceso a la jubilación o de reformar el sistema de financiación del régimen de autónomos. Pero, aún quedaría mucho por hacer. Conviene reordenar algunas situaciones de necesidad, como la incapacidad permanente o la pensión de viudedad, al objeto de realizar una asignación más eficiente del gasto. De otro lado, es necesario eliminar el tope máximo de cotización que introduce un preocupante factor regresivo en el sistema de financiación. Y, al margen de ello, urge adoptar una adecuada política de conciliación de la vida laboral y familiar. Dice Esping Andersen que el futuro de las pensiones se encuentra en las guarderías infantiles. Y es que, ciertamente, el fracaso de las políticas de conciliación de la vida personal y profesional en nuestro país genera dos efectos indeseados que tienen una clara repercusión en el sistema de pensiones, pues inciden de forma directa en la tasa de dependencia: la menor tasa de actividad femenina, de un lado, y la baja natalidad, de otro. En palabras del propio Aurelio: «Protegemos tan mal la familia y la maternidad que los afectados se «vengan» minando la demografía del sistema y la correlación de activos y pasivos. No hay niños, porque es un mal negocio tenerlos para las mujeres que trabajan. Pero no tener niños es un mal negocio para un país».

Me encantaría conocer las impresiones de Aurelio Desdentado sobre la futura reforma de las pensiones. Desgraciadamente, no va a ser posible. Siempre me ha dado confianza que Aurelio mantuviera una opinión similar a la mía. Y siempre he dudado de mi propio criterio cuando él sostenía una tesis diferente. Y es que, sin lugar a duda, Aurelio era un maestro y una de las personas que mejor conocía el sistema de pensiones en España. Su obra ha sido fundamental para mi formación en el Derecho de la Seguridad Social. Ya solo en mi tesis doctoral (que versaba sobre «La prestación contributiva de Seguridad Social»), citaba cerca de treinta publicaciones suyas. Tengo, por ello, con él una deuda intelectual a la que solo puedo corresponder con mi gratitud, con mi profunda admiración y mi reconocimiento.

ACERCA DE LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL Y DEL «ESQUIROLAJE COMERCIAL» EN LA HUELGA

ANA ROSA ARGÜELLES BLANCO
Catedrática de la Universidad de Oviedo

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

«¿Una nueva dimensión del derecho de huelga? Más allá de la existencia de una lesión imputable y más allá del grupo de empresas. El caso Pressprint», *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 2, enero 2016.

II. INTRODUCCIÓN

Con ocasión del trabajo de investigación que realicé para la segunda prueba del concurso en el que obtuve la condición de catedrática de universidad tuve la oportunidad de conocer un estudio del querido Aurelio Desdentado Bonete. Disfruté mucho con su lectura y me dio la ocasión de admirar, una vez más, sus características personales y su gran valía profesional. Al leer ese escrito era como si estuviese escuchando la voz de su autor, pues era Aurelio una persona elocuente, con una conversación amena y apasionada, que aportaba siempre argumentos ingeniosos.

Para este homenaje, en el que tengo el honor de participar gracias a la generosa invitación de quienes dirigen y coordinan la obra colectiva en que se

materializa, he elegido comentar la publicación arriba indicada por la originalidad del análisis que en él realizó. Recoge su opinión crítica, en cuanto a la forma y al fondo, sobre la célebre sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo dictada el 11 de febrero de 2015 (rec. 95/2014), dictada en el caso *Pressprint*. Una resolución judicial que ha tenido una gran trascendencia doctrinal por cuanto consolidó la construcción expansiva del derecho de huelga iniciada en 2010 con la serie de sentencias del Tribunal Constitucional relacionadas con el caso *Samoa*. Apuntaló esa tendencia al admitir como práctica empresarial reprochable, junto a las formas propias de esquirolaje, interno o externo, la que Desdentado denomina como «esquirolaje comercial», al que más tarde hizo también referencia como esquirolaje organizativo la STS de 20 de abril de 2015 (rec. 354/2014) en el caso *Coca Cola Iberian Partners*.

No convencieron a nuestro homenajeado ni los argumentos del Tribunal Supremo para la solución ofrecida, ni la forma de cimentarlos y exponerlos. Y, pese a que no comparta totalmente su crítica de fondo, coincido con él en que conviene reflexionar sobre la evolución en las formas de argumentación judicial y los riesgos que a veces entraña el recurso excesivamente apegado a los fundamentos utilizados en sentencias previas cuando hay una variación significativa de las circunstancias concurrentes en el nuevo asunto. Es esta primera parte de su estudio la que me resultó más sugerente, ya que los laboristas no acostumbramos a detenernos en este tipo de consideraciones.

III. COMENTARIO

1. **Crítica a la forma: la construcción de las sentencias y la argumentación judicial**

Desdentado denuncia un nuevo y creciente estilo judicial, entendiendo que «(s)e está produciendo un fenómeno preocupante que tiene consecuencias que van más allá de lo literario, pues afectan a la fundamentación de las resoluciones judiciales». Frente al deseable estilo «ático», sencillo, conciso y lineal, estaría tomando ventaja la retórica del «asiático», caracterizado por su exuberancia y hasta barroquismo. Introduciendo así en el discurso una complejidad y adornos que restarían claridad y efectividad a la argumentación.

Admitiendo que probablemente no sería justo incluir sin matices la STS de 11 de febrero de 2015 en la corriente del «asianismo», detecta en ella algunas de sus características, como la tendencia al alargamiento y cierta desconexión entre las incorporaciones doctrinales y la solución a los problemas

planteados. Aprovecha esa circunstancia para poner de relieve cómo frente a la sentencia clásica, en la que la fundamentación ofrece un riguroso encadenamiento formal motivo-respuesta, ha aparecido un «experimento interesante» que es el de la «sentencia-ensayo». Sería aquella en la que el discurso se organiza en conjuntos temáticos que van precedidos de títulos indicativos.

Si bien existen comprensibles razones para que se apueste por la estructura clásica, en que se han formado las mentes de muchas generaciones de juristas aprecio en ese modelo de «sentencia-ensayo» una preocupación pedagógica que a mí me resulta grata. Seguramente por mí (de)formación profesional como docente pienso en quien se acerca al contenido de las sentencias con otro propósito que no es el de impartir justicia, sino el de comprender durante su período de formación las razones que están en la base de las decisiones judiciales. También porque creo, y ello me parece relevante, que aproxima la justicia al justiciable sin conocimientos jurídicos, facilitándole la contextualización de su propia problemática y con ello la comprensión de la solución que se ofrece. Toda realidad, sea persona, objeto o sentencia, siempre se presta a opiniones diversas en función de la perspectiva desde la que se analice. En una sociedad democrática, los jueces deben explicar y razonar sus decisiones teniendo en cuenta, por supuesto a otros jueces, especialmente a quienes sean competentes para revisar la sentencia: pero también a las propias partes del litigio y, desde luego, a la sociedad en su conjunto que resulta afectada por la doctrina que se contribuye a fijar. Por estas razones «el lenguaje judicial debe ser cada vez más persuasivo, incluso en la tradición continental, debido a la presión de los valores democráticos en las esferas políticas y jurídicas»¹. De la misma forma que la Comisión Europea en el «Informe Mandelkern sobre Mejora de la Regulación», recomendó ser transparente, accesible y lo más simple posible porque «(a)quellos a quienes afecten las normas comunitarias y nacionales tienen el derecho de poder acceder a ellas y entenderlas», también es necesario que puedan entender las resoluciones judiciales. En general, redactar documentos jurídicos de forma transparente es un derecho democrático del mundo actual. La «sentencia-ensayo» ayuda a esa transparencia aportando una clara estructura argumental, quizá más propia de la academia que de la judica-

¹ ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «El lenguaje judicial desde una perspectiva comparada y plurilingüe», *Revista de Llengua i Dret*, 59, p. 11, en un estudio cuya lectura recomiendo vivamente porque analiza, desde un enfoque lexicográfico y jurídico-institucional, no solo el lenguaje sino también la deliberación y argumentación judicial poniendo de manifiesto las diferencias entre los sistemas del *common law* (más flexible), del derecho civil (más formalizado) y del derecho supranacional. Así como entre el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que habría acrisolado un estilo judicial basado más en la persuasión que en la autoridad, representativo de una convergencia entre los estilos y tradiciones jurídicas de América y Europea (pp. 12-17 y 29-32).

tura tradicional. Otra cosa sea alguna de ellas presente otras características que vayan en detrimento de esa claridad, como se dirá a continuación.

Así, a juicio de Desdentado, la sentencia de 11 de febrero de 2015 ofrece algunas muestras de una patología en el discurso judicial, por el recurso a dos técnicas: 1) las repeticiones de material que obra en otros lugares de la propia sentencia o de las actuaciones; 2) la incorporación de largas citas de pasajes completos (*copy and paste*) de otras resoluciones judiciales, sin centrarse exclusivamente en lo que es relevante para decidir. Seguramente que se nos vienen a la mente muchas otras que incurren en ese tipo de reiteraciones.

Los efectos negativos son claros y compartidos por quien escribe. Se dificulta el conocimiento del alcance o aportación de la resolución en la evolución de la doctrina judicial, hasta el punto de que en ocasiones hay que leer y releer para distinguir cuáles son argumentos originales de la sentencia y cuáles son párrafos con copia textual de los contruidos para otros casos. Y el peligro es que en esos precedentes, aunque hubiera circunstancias análogas no residiese en ellas la *ultima ratio*, sino que los fundamentos jurídicos se explicasen, más bien, por el concurso de otras circunstancias diferenciales. La crítica de fondo de Desdentado se refiere precisamente a esta cuestión, señalando el riesgo de que al incorporar elementos externos en este tipo de sentencias se debilita o reduce la motivación propia.

2. **Crítica de fondo: la responsabilidad de terceros por los comportamientos empresariales durante la huelga**

Más elogioso con el estilo argumentativo de la sentencia de la Audiencia Nacional recurrida (SAN de 29 de julio de 2013, núm. 276/2013), también parece que Desdentado estaba más conforme con la resolución de instancia y su fallo desestimatorio de la demanda sindical. Que, como bien sintetiza, decidió que «en un grupo de empresas «mercantil» o no patológico es lícito que las empresas clientes de la empresa que padece la huelga, aunque pertenezcan al mismo grupo mercantil del que forma parte aquella, acudan durante el desarrollo de la huelga a terceras empresas para cubrir las necesidades de su ciclo productivo». A su juicio, apreciar una lesión por parte del tercero –la empresa no empleadora de los huelguistas– en ese caso llevaría a consecuencias desproporcionadas. Por el contrario, el Tribunal Supremo decide aplicar la doctrina dictada en el caso Samoa, recordando que la actuación de las empresas clientes, aunque no tengan relación laboral con los huelguistas, puede provocar «un vaciamiento del contenido del derecho de huelga o una minoración de

la presión asociada a su ejercicio». Añadiendo que la inexistencia de esa relación no excluye la responsabilidad porque «el ejercicio del derecho de huelga se ha de proyectar de manera principal sobre la actividad de estas empresas».

Desdentado considera obvio que el derecho de huelga puede ser lesionado por un tercero (cita, como ejemplo, la decisión de la autoridad gubernativa que fija servicios mínimos excesivos). Pero discrepa sobre cuándo pueden ser imputadas a un tercero distinto del empresario que las ha adoptado ciertas acciones lesivas producidas en el marco de una huelga. En el caso Samoa había una compleja relación causal por la que en último término los despidos lesivos del derecho a la huelga se produjeron porque la empresa principal reaccionó frente a los trabajadores, por considerarse dañada por sus acciones colectivas, resolviendo la contrata, lo que provoca luego las extinciones contractuales. Respecto al caso Pressprint señala que, por el contrario, «no estamos ante una lesión activa del derecho de huelga, sino ante un debate sobre el alcance del deber de soportar la huelga sin adoptar medidas para reducir sus efectos en la esfera patrimonial».

Y es aquí donde volvemos sobre esa aludida tendencia expansiva del derecho de huelga y, consiguientemente, del alcance de las garantías a su ejercicio. Una de esas garantías es la prohibición del esquirolaje (art. 6.5 RD-ley 17/1977, de 4 de marzo) y la STS de 11 de febrero de 2015 habría ampliado su alcance –en cuanto al sujeto y al objeto– reconociendo también como práctica empresarial prohibida el «esquirolaje comercial». Decisión que le pareció a Desdentado inquietante al entender que «(s)i, efectivamente, basta que haya una descentralización productiva para que las empresas en posición principal respondan de los efectos de la huelga, absteniéndose de contratar con otras los que antes recibían de sus contratistas en huelga, entonces todo el sistema productivo empieza a funcionar en el marco de una responsabilidad empresarial universal, que no se ajusta a la legalidad, ni a la práctica económica».

Ciertamente en esa práctica económica y, consiguientemente, en las relaciones laborales en sentido amplio la empresa pirámide centralizada, que domina todo el proceso productivo de principio a fin, está siendo sustituida por la red de empresas. Ahora bien, creo que no se trata de que «a golpe de sentencia» se pretenda resolver el caso como si el proceder de la empresa fuera «pecaminoso». Sino de que las normas avancen para contemplar las nuevas realidades sociales, en las que los sujetos regulados acostumbran demasiadas veces a recurrir a prácticas que permitan la «huida del derecho». Frente a ellas corresponde a los jueces y tribunales, mientras el Parlamento no actúe, recurrir cuando sea necesario a una interpretación teleológica y evolutiva, recordando cual es la finalidad pretendida por la norma, evitando que se frustre por causa

de nuevas realidades que no pudieron preverse en el momento de su redacción. Y la intensidad de los actuales modelos de descentralización empresarial sin duda era inimaginable en 1977, año al que aún se remonta, desafortunadamente, la regulación de la huelga que todavía nos afecta.

En este sentido, mantener operativa una norma tan vetusta resulta posible solo mediante cierto «activismo» judicial, necesario para garantizar la eficacia del derecho fundamental que regula. Discrepo, pues, de la crítica de fondo a la sentencia comentada y coincido con quien ha manifestado su preocupación por las prácticas emergentes en el espacio² de los grupos y redes empresariales dirigidas a eludir los efectos del ejercicio del derecho de huelga con el propósito de limitar el impacto indirecto que la ausencia de actividad desplegaría sobre sus procesos productivos. Advirtiéndonos de que si el daño por la paralización de la actividad de la empresa colaboradora no alcanzara a la empresa principal, líder o cabeza de la red, sería abocar al derecho de huelga a una inexorable pérdida de función a pesar de su inatacada vigencia formal³. Recordando lo señalado por una querida compañera sobre el ser o no ser del esquirolaje, la clave para determinar si la práctica empresarial encaja en alguna de sus manifestaciones debe ser la capacidad de desactivar o minimizar los efectos de la huelga⁴. Y eso es a lo que atendieron todas las sentencias del Tribunal Supremo aquí aludidas. Entendiendo que para las empresas en red debe haber una nueva tutela del derecho de huelga que alcance al conjunto, mediante la comprensión de una suerte de situación de cotitularidad de la posición empresarial, aunque no exista la declaración de grupo patológico⁵, que Desdentado consideraba necesaria.

En definitiva, estamos ante uno de esos supuestos en que lo que se demanda jurídicamente de jueces y tribunales «es una labor, ya no meramente integradora, sino incluso de efectiva suplencia de las omisiones de un legislador perezoso», que continúa delegando en ellos «la resolución de asuntos socialmente muy conflictivos que, precisamente por eso, evita mediar con una acción legiferante eficaz, por otra parte, obligada».

² ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Sobre la pobreza cultural de una práctica (judicial) sin teoría», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 79, 2017, p. 120.

³ Vid. SANGUINETI RAYMOND, W., «Hacia un trabajo de las redes empresariales», *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 17, 2016, pp. 9-13 y, el mismo autor, en *Redes empresariales y Derecho del Trabajo*, Editorial Comares, 2016, pp. 76-77.

⁴ Vid. MARTÍNEZ MORENO, C., «El ser o no ser de la huelga, el fútbol y el esquirolaje. A propósito de la STC 17/2017, de 2 de febrero, caso Telemadrid», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 9, 2017, p. 901.

⁵ En este sentido, cfr. GOERLICH PESET, J. M., «Ejercicio del derecho de huelga en el contexto de descentralización productiva», en VV. AA., *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Cinca-AEDTSS, 2018, p. 191.

IV. APUNTE FINAL

En definitiva, aconsejo la consulta de la obra comentada de Aurelio Desdentado. Por identificar un nuevo tipo de esquirolaje, impropio en cuanto al sujeto si se quiere, que sería de construcción jurisprudencial. Pero en especial por lo sugerente y atractivo de su digresión sobre la evolución del estilo de argumentación judicial que, a mi entender, termina siendo, en sí mismo, un objeto central para el análisis.

**LA OBRA JURÍDICA DE AURELIO DESDENTADO BONETE.
«AURELIO, RIGOR Y CURIOSIDAD INFINITAS»¹**

DOLORES CARRASCOSA BERMEJO
Profesora Asociada en ICADE y UCM.
Editora en Lefebvre.
Experta Red Moves de la Comisión Europea

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

En esta reseña voy a comentar un artículo sobre «Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la seguridad social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004» que Aurelio publicó en la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 64/2006.

El artículo recoge una ponencia que Aurelio presentó brillantemente en las «Jornadas sobre el nuevo Reglamento europeo de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social» que fueron organizadas por la Profesora Cristina Sánchez Rodas en la Facultad de Derecho de Sevilla, entonces en la preciosa Fábrica de Tabaco, en noviembre de 2005.

Recuerdo que cuando terminó su ponencia, aunque le quisieron pedir un taxi, prefirió dar un paseo, airearse y así anduvimos por toda la avenida con su maleta, hablando y comentando sin parar, felices de vernos, hasta que se marchó camino de la estación.

¹ Se trata de dar un título al comentario, no de reproducir el que ya tiene la obra glosada.

Hacía ya diez años que nos conocíamos, hablamos por primera vez en la cafetería de la Carlos III, se acercó, sorprendentemente tímido, a pedirme el texto de una tesina sobre la reforma de las pensiones en Italia que había defendido una semana antes. Para mí esta es una de las pruebas más evidentes de la gran curiosidad de este fantástico Magistrado y Profesor asociado de lujo en la Universidad pública. La leyó y me dedicó toda la tarde de un domingo, en el despacho de la Calle Sirio, donde conocí a su mujer, a Lola, y a sus hijas Eva y Elena. Todo lo hacía a conciencia, con rigor, la tesina estaba llena de notitas y *post-it*, hizo precisos, agudos comentarios, propuso mejoras sustanciales y sugerencias de lecturas que me abrieron nuevos caminos. No sólo hablaba y te reías con él, con su irónico sentido del humor, también preguntaba y escuchaba lo que pudieras aportar, con un interés auténtico. Había encontrado un maestro, un amigo que me acompañaría desde entonces.

II. INTRODUCCIÓN

He escogido este trabajo porque muestra con claridad muchas de las cualidades de Aurelio. La primera, es que era muy gallardo, un valiente, se arriesgaba y aceptaba los retos intelectuales con arrojo. Sin duda este era el caso, como reconocía en la propia introducción del artículo. Se trataba de un tema nuevo para él, bastante ajeno a la práctica judicial y poco frecuentado por la doctrina. Seguramente hubiera estado más cómodo hablando de otros temas sobre los que había escrito y dictado numerosas sentencias, como el cálculo de las pensiones o los problemas asociados al desempleo asistencial. Sin embargo, lo que para cualquiera hubiera sido un verdadero «embolado», para un amante de la complejidad como Aurelio era un disfrute, casi como resolver un puzzle.

La segunda, es que le gustaba trabajar con otras personas y contrastar sus opiniones. Tenía una generosidad intelectual increíble y ningún problema en reconocer su vulnerabilidad o su desconocimiento sobre un tema, con total humildad. No dudaba en dirigirse a quien él consideraba que sabía, le podía proporcionar cierta información o recomendar bibliografía, que siempre leía con avidez, casi con alegría... Hablaba con jueces, becarios, ayudantes, funcionarios, profesores titulares, catedráticos, abogados, sindicalistas y representantes de empresas. Con todos y en cualquier orden. Una vez, empapado de conocimiento, volvía a la carga, debatía, escuchaba de verdad, planteaba agudas preguntas y te enfrentaba a arriesgadas hipótesis. Había que estar muy atento.

La tercera, es que era muy generoso y le encantaba agradecer públicamente cualquier ayuda, para sonrojo de los implicados, poco acostumbrados a

tanta deferencia. Así fue también en este caso, nos mencionó a Marta Vives y a mí en la ponencia de Sevilla y de nuevo en el propio artículo, un exceso.

La cuarta, es que este artículo muestra el rigor y cuidado con que Aurelio mimaba sus publicaciones. Desde una perspectiva material, basta con ver el abrumador esquema inicial que en la versión original ocupaba más de un folio. Apabulla ver como desmenuza toda la materia hasta su última derivada. Aurelio se sumergía en el detalle, tocaba el fondo del mar, sin dejarse atrapar por las algas, cogía alguna perla, para luego nadar con fuerza hacía la superficie, tomar aire y ver desde arriba todo el fondo marino, sacando conclusiones a veces tan lúcidas que resultaban evidentes una vez dichas. Así sucede, con su reflexión sobre la distinta finalidad y justificación del dispar tratamiento comunitario del desplazamiento, en el plano laboral, el de la directiva 96/71, y en el de Seguridad Social, esto es, el de los Reglamentos.

También la forma era una gran preocupación para él, tan amante de la buena literatura. Aurelio quería hacerse entender, transmitir y divulgar. Trataba de simplificar el discurso, al máximo, quitar lo superfluo, eliminar cualquier reiteración, le interesaban las técnicas de escritura.² Este artículo, como todo lo que se lee fácil, trasluce mucho trabajo. A mí me envió varios borradores. Finalmente estoy segura de que lo pulió, con la ayuda de Lola, su mujer, hasta que no quedó ninguna errata, ni frase inconexa, un verdadero lujo.

III. COMENTARIO

Han pasado casi 16 años desde la publicación del artículo, pero mantiene toda su actualidad e interés. Comienza con los desplazados y con una visión conjunta de la intervención del legislador comunitario sobre esta materia, una perspectiva global poco habitual y muy clarificadora. Aurelio muestra con precisión su sentido diverso, analizando las posibles justificaciones y los riesgos aparejados. La directiva de desplazamiento es una norma garantista, *antidumping* que ha tenido una derivada proteccionista que entonces, recién llegados los Estados del Este, todavía no se vislumbraba con claridad. Los Reglamentos, por su parte, siempre han promovido la libre circulación y prestación de servicios. Pero la Seguridad Social es un coste empresarial relevante, y, como Aurelio advertía, la excepción temporal a la *lex loci laboris* podría favorecer

² Recuerdo, tras enviarle un artículo no muy bien escrito, que me recomendó que leyera «La cocina de la escritura» de DANIEL CASSANY, un gran libro.

conductas estratégicas que generen dumping social, sobre todo a través de ETT, grupos de empresa y trabajo autónomo.

A continuación, analiza pormenorizadamente todo el tratamiento del desplazamiento en el marco de los Reglamentos 1408/71 y 574/72, en ese momento vigentes. Se trata de un análisis relevante, pues lo comprara con lo establecido en el Reglamento 883/2004, constatando la inexistencia de variaciones sustanciales. Al hilo de la jurisprudencia comunitaria más relevante, Aurelio estudia todas las cuestiones importantes: la posibilidad de desplazamiento por ETT, la identificación de las empresas buzón, la ruptura del vínculo con la empleadora, o el desplazamiento de los trabajadores por cuenta propia y el mantenimiento del vínculo con el Estado de origen. Valora las consecuencias del desplazamiento no solo respecto de la ley aplicable, desde el punto de la relación jurídica de afiliación cotización, también desde la protección deteniéndose en el derecho de los desplazados a la asistencia sanitaria, el accidente de trabajo, la IT, el desempleo o la protección de la familia. En todos los casos, de nuevo, compara el resultado de aplicar los Reglamentos vigentes y las consecuencias que derivarían de considerar el nuevo Reglamento de base, todavía huérfano de un desarrollo. Finalmente, se refiere a una cuestión actualmente candente: los problemas de gestión y validez de los formularios expedidos por el sistema de Seguridad Social del Estado de origen del desplazamiento.

En la segunda parte, más breve, se centra en los trabajadores fronterizos, a los que define y distingue de los desplazados, marcando algunas diferencias relevantes entre la regulación de los nuevos y los previos reglamentos. A continuación, pasa a estudiar las peculiaridades en su cobertura, siempre analizando las consecuencias en los Reglamentos previos y en los nuevos. En concreto, escoge con acierto las tres contingencias más polémicas y sobre las que más sentencias del Tribunal de Justicia hay: la asistencia sanitaria, el desempleo y las prestaciones familiares, con sus normas de prioridad que evitan la acumulación.

IV. APUNTE FINAL

He revisitado en varias ocasiones este artículo de Aurelio y nunca me ha decepcionado. Siempre he encontrado una idea, un matiz, que me ha ayudado en este mundo tan solitario de la coordinación comunitaria. Así sucedió cuando retomé el tema de fronterizos, años después, o cuando, más recientemente,

reflexioné sobre el desplazamiento y el dumping social³. En esa última oportunidad, le envié mi trabajo y a los pocos días me envió sus impresiones. El 18 de diciembre de 2017 me escribía un *email* de los que duele un poco leer, ahora que no está.

Fumata blanca, le había gustado mucho. Sobre todo el punto de vista crítico y la polémica sobre lo que él denominaba «la aporía entre la libre circulación, la protección social y el dumping». Me hacía, como no, algunas correcciones formales. Se quejaba de que el fondo se le había olvidado, para luego hacer reflexiones tan estupendas como: «Ya sabes, que soy heterodoxo y pienso que acelerar con demasiada Europa, puede acabar con Europa. Y el Brexit ha venido por ahí...».

Finalmente me daba lo que llamaba un «consejo paternal». Me decía: «sal del gueto europeo y obséquianos con algún producto sobre los desatinos nacionales. En nuestro Derecho del Trabajo hay mucho encierro temático». Voy a intentar hacerle caso, aunque no todos somos tan versátiles como él, que se movía con agilidad, curiosidad y rigor en todos los ámbitos del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Se te echa muchísimo de menos querido Aurelio.

³ Ver CARRASCOSA BERMEJO, «Desplazamiento en la UE y *dumping* social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. ISSN 2254-3295, núm. 142, 2019 (ejemplar dedicado a Derecho Social Internacional y Comunitario), pp. 37-70.

LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR LOS ACCIDENTES DE TRABAJO

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE

Catedrática de la Universidad Complutense.
Presidenta emérita del Tribunal Constitucional

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

«Problemas de coordinación en los procesos sobre responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 14, Wolters Kluwer, 23 de julio de 2008, pp. 357-395.

II. INTRODUCCIÓN

En la prolífica y excelente obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete la responsabilidad empresarial por accidente de trabajo ocupó un lugar relevante, en el que se dieron cita sus preocupaciones constantes por calidad y eficiencia de la ley democrática, en este caso de la regulación legal sobre las formas de prevención, sanción y reparación de los accidentes de trabajo y de la plural ordenación legal de mecanismos procesales para satisfacción de los derechos de los accidentados a la reparación del daño sufrido. Racionalización, reducción de la complejidad y ordenación con buen sentido fueron sus objetivos sostenidos en una crítica fundada y determinada de una regulación jurídica de

notoria complejidad y de difícil comprensión y aplicación. La exigencia de coherencia personal, que siempre acompañó a su autor de manera tan característica y pronunciada, se proyecta de manera sobresaliente sobre este ensayo, en el que Desdentado propuso la reconstrucción del sistema de la responsabilidad empresarial por contingencias profesionales animado por el objetivo de lograr la reparación íntegra del daño sin demoras y complicaciones procesales, que el molde institucional vigente impedía y que únicamente una adecuada regulación legal, sustantiva, sancionadora y procesal, podía evitar.

No se trata solo de un trabajo importante, eminentemente procesal, pero no solo procesal, de la de protección frente a los accidentes de trabajo, configurada desde sus orígenes como responsabilidad del empresario por el accidente del trabajador evolucionada dentro de un sistema público de aseguramiento. A. Desdentado describe con gran precisión y sin punto de exageración la complicación de su regulación jurídica a la altura de 2008 y revela sus interferencias, insuficiencias y defectos. Su reflexión ensanchó el horizonte de los problemas tratados y fue, como siempre en él, propositiva. Tuvo una influencia comprobada en la doctrina científica, también en la del Derecho Administrativo. Y, lo que fue decisivo, en el legislador.

El comienzo del ensayo expone la problemática de la responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo, en principio aparentemente «simple»: «el sistema preventivo define las obligaciones empresariales en materia de seguridad y salud del trabajo (LPRL, normas reglamentarias y convenios colectivos); el sistema punitivo establece las sanciones por incumplimiento de estas obligaciones y, finalmente, el sistema de reparación atiende a la cobertura de los daños producidos por las contingencias profesionales (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales)». Inmediatamente revela su complejidad real: «El sistema punitivo se desdobra en dos subsistemas: el sancionador administrativo y el penal», con sus regulaciones correspondientes en el Código Penal y en la LISOS. El régimen de reparación de los daños producidos se ramifica en tres vías: las prestaciones de la Seguridad Social, el recargo de prestaciones a cargo exclusivo del empresario consiguiente a la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, y la indemnización civil adicional de los daños no cubiertos por la Seguridad Social, las dos últimas a partir de la culpa empresarial. Cuando Desdentado escribió este estudio, los litigios correspondientes se resolvían en cuatro órdenes jurisdiccionales concurrentes posibles: social, contencioso-administrativo, civil, y penal.

El empeño de Desdentado fue poner orden en el desorden institucional y procesal a través de la simplificación del «antisistema» existente y del perfeccionamiento de las técnicas de coordinación: el principio constitucional non

bis idem, la acumulación, la litispendencia, la prejudicialidad devolutiva y no devolutiva, la cosa juzgada. Y lo hizo de modo ejemplar con un detenido examen del orden sustantivo sancionador y de esas técnicas procesales que le permitió definir bien los retos. Fue consciente de la insuficiencia de los mecanismos de coordinación –los calificó expresivamente de «problemas de coordinación»–, dispuestos por el ordenamiento para salvaguardar las garantías de celeridad del proceso social en la reparación del daño, del alto precio del coste de las divergencias entre órdenes jurisdiccionales y, en fin, de las «diferentes perspectivas de valoración que se aplican en los distintos sectores del ordenamiento jurídico». Y, sin concederse soluciones inútiles, no se quedó ahí y reclamó reformas legislativas de alcance, procesal y sustantivo.

Fue un trabajo eficaz en su denuncia de la excesiva e innecesaria complejidad regulatoria, con negativa incidencia en «los mecanismos de reparación y de represión, provocando demoras en la sanción e impunidad para determinadas infracciones, aparte de dificultar artificialmente la reparación por la complejidad procesal (problemas de suspensión, caducidad, prescripción, contradicciones...).

Muchas de las normas que Desdentado cita no están hoy vigentes, pero muchas también de las que las han sucedido han continuado sancionando iguales principios o mandatos normativos. Y permanecen problemas irresueltos: la pluralidad de procesos en el orden social, como la jurisprudencia demuestra, y, aunque aliviadas, las relaciones entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal y entre el proceso social y el penal. De ahí la utilidad de buena parte de su construcción, que sigue siendo de actualidad.

Desde todas estas perspectivas debe leerse este trabajo de Aurelio Desdentado, que aúna a la perfección su condición de académico, investigador y docente, del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y de Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en las que desempeñó un destacadísimo papel.

III. COMENTARIO

1. Contexto de la obra

Esa doble complejidad, sustantiva y procesal, de la reparación de los accidentes de trabajo determinó la constitución por el Consejo General del Poder Judicial de un grupo de investigación sobre «Prestaciones e indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo: aspectos penales, civiles y laborales», en

el que Aurelio Desdentado participó, junto con otros destacados especialistas, como ponente. El grupo presentó sus conclusiones en noviembre de 2007. Este ensayo de Aurelio Desdentado dio lugar a tres publicaciones de igual título: la primera en *Manuales de formación continuada*, que editaba el CGPJ, en su núm. 43, de 2007, que recogió los trabajos del grupo de investigación; la segunda y la tercera, la publicada en la Revista Actualidad Laboral, núm. 14, 2008, Wolters Kulwer, y la aquí comentada.

No quedaron ahí las aportaciones del A. Desdentado sobre esta cuestión. Un relevantísimo especialista del Derecho, y en concreto del Derecho de la Seguridad Social –y del Trabajo–, y eminente procesalista, como fue Desdentado, al tiempo inquieto y tenaz, se ocupó de esta cuestión y otras próximas en más ocasiones: en 2007 había publicado un estudio, «La responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo. Estado de la cuestión y reflexión crítica sobre el desorden en el funcionamiento de los mecanismos de reparación», en el volumen colectivo *El futuro de la jurisdicción social*, editado por el CGPJ, que incorporó las aportaciones del 1 Congreso de Magistrados del Orden Social de Murcia de 2006. «El daño y su valoración en los accidentes de trabajo» fue objeto de un estudio publicado en la Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 79, 2009. Contribuyó al debate sobre la responsabilidad empresarial por el recargo de las prestaciones de seguridad social por incumplimiento de normas de seguridad y su aseguramiento en distintas ocasiones.

Este trabajo se inscribe también en el contexto de la reforma procesal laboral, que se materializó en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social de 2011; un contexto de debate doctrinal permanente, acelerado desde la publicación de la última Ley de Procedimiento Laboral de la década de cierre del pasado siglo, que antes los gravísimos problemas de «peregrinaje de jurisdicciones», de conflictos jurisdiccionales continuos entre la jurisdicción social y las contencioso-administrativa y civil con padecimiento del derecho a la tutela judicial efectiva de los demandantes de justicia, llevó al legislador a ampliar el ámbito de conocimiento de la jurisdicción social, concentrando en él, por su mayor especialización, «el conocimiento de todas aquellas materias que, de forma directa o por esencial conexión, puedan calificarse como sociales», en una operación de «estimulación de la jurisdicción para proyectarla como auténticamente social» (los entrecomillados son del conocido preámbulo de la LRJS, II). El anhelo de cambio hacia esa unificación jurisdiccional se expresa abiertamente en este trabajo de A. Desdentado.

El contexto de este trabajo de Desdentado es, finalmente, el de la jurisprudencia constitucional sobre la interdicción de *bis in idem*, en su vertiente

material y procedimental-procesal, que respetuosamente Desdentado no acaba de compartir.

2. Estructura y contenido

El ensayo, modélico como todos los de su autor, se estructura en seis apartados. En su introducción aborda la complejidad del sistema y «los problemas de coordinación procesal» entre los ordenamientos de punición y de reparación. Su apartado II analiza con su habitual perfeccionismo técnico y una amplia y escogida jurisprudencia «los problemas de coordinación», dentro del régimen sancionador, del procedimiento administrativo y del proceso penal, y el alcance sustantivo y procesal del principio *non bis in idem* en la jurisprudencia constitucional. Sigue el estudio, en su apartado III, el más largo del ensayo, de la coordinación entre las decisiones sobre el régimen sancionador y las pretensiones de reparación, que toma como punto de partida las técnicas de acumulación y prejudicialidad en cuanto elementos de conexión y vías de coordinación de las decisiones judiciales, para proyectar, a continuación, el análisis en el proceso penal y las acciones de reparación proseguir después el análisis de ciertos efectos indirectos del proceso penal sobre las vías de reparación, y concluir con el proceso contencioso-administrativo y las acciones de reparación. El apartado IV se dedica a la coordinación de las pretensiones de reparación planteadas ante el orden social y ante el orden civil, y el V a la coordinación de las pretensiones de reparación dentro del proceso social. El ensayo se cierra con unas pertinentes conclusiones.

3. Aportación

Desdentado demandó la unificación de la reparación integral del daño por accidente de trabajo en la jurisdicción social. Contribuyó al cambio legislativo que configuró la jurisdicción social como una jurisdicción de daños por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, «incluida la reclamación de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales» [art. 2. b) y e) LRJS]. La LRJS atribuyó a la jurisdicción social competencia sobre las resoluciones administrativas sancionadoras [art. 2.n) y s)].

Denunció también Desdentado la falta de un deslinde claro entre el ámbito de las sanciones administrativas y el ámbito penal y propuso limitar la com-

petencia de la jurisdicción penal sobre faltas. La reforma del Código Penal, por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, suprimió las faltas, de acuerdo con el principio de intervención penal mínima, para conducir su sanción a las infracciones administrativas, sin perjuicio de la creación de la figura de los delitos leves. En concreto, respecto de las faltas de lesiones del derogado artículo 621 del CP, la falta de lesiones de menor entidad, requeridas de tratamiento médico o quirúrgico, cometidas por imprudencia grave se ha tipificado como delito menos grave (art. 152.1 CP), mientras que la falta de homicidio por imprudencia leve se ha destipificado, al igual que la falta de lesiones por imprudencia menos grave o leve, excepto las de especial gravedad (art. 152.2 CP).

La aportación de Desdentado fue muy valiosa.

IV. APUNTE FINAL

Aunque parte de las propuestas defendidas por Desdentado se han aceptado por el legislador de la LRJS y del Código Penal, no todas las formuladas en este ensayo han tenido acogida y pueden –y deben– seguir considerándose en el debate actual. Partidario de la reparación íntegra del daño causado por los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, Desdentado propuso eliminar el límite del recargo y su cálculo sobre la prestación de la seguridad social, sustituyéndolo por una indemnización, adicional a las tasadas que significan las prestaciones del sistema público, para los accidentes producidos como consecuencia de infracciones de medidas de prevención, mediante «el establecimiento de un baremo específico y revalorizable anualmente para determinar el importe de esta indemnización, siguiendo criterios similares al baremo de accidentes de circulación con las correcciones establecidas por la Sala 4.^a del Tribunal Supremo en las sentencias dictadas en el Pleno de 10 de julio de 2007».

La reparación habría de obtenerse en un único proceso social. De gran interés es el apartado dedicado a analizar los problemas de coordinación dentro del propio orden jurisdiccional social. Dice Desdentado: «Las tres vías de reparación de los accidentes de trabajo se ejercitan ante el orden social, que conoce de las pretensiones en materia de prestaciones de Seguridad Social, del recargo de esas prestaciones y de la indemnización civil adicional [...]» para conducir a «la reparación íntegra del daño». Se sustancian a través de tres distintos procesos –prestacional de Seguridad Social y ordinario y, en su caso, de impugnación de sanciones administrativas– lo que presenta problemas de coordinación. La acumulación de acciones se ofrece como una oportunidad –la imbricación

de las tres pretensiones es clara, razonó Desdentado –, siendo consciente de sus dificultades procesales inconvenientes de orden práctico para el recargo por el retraso que puede suponer en el reconocimiento de las prestaciones. Llamó la atención acerca de que «en el marco de la prejudicialidad social homogénea» el efecto de vinculación «no puede explicarse solo en función de la prejudicialidad, sino que ha fundarse en el efecto positivo de la cosa juzgada que requiere la identidad subjetiva», que no es «total entre el proceso de Seguridad Social y los procesos sobre el recargo y la indemnización».

El tema de no menor relevancia sobre el que el ensayo de Desdentado sigue constituyendo una aportación de gran entidad es el relativo al «problema esencial» de la doble sanción administrativa-penal, de no existir «un deslinde claro entre el ámbito de las sanciones administrativas y el ámbito penal», esto es, de existir un «solapamiento de los ilícitos penales y administrativos», que naturalmente denunció. Con su proverbial libertad de juicio de criterio, Desdentado se muestra claramente favorable a una regulación y actuación administrativa sancionadora, funcional y sin demoras, y al papel de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, y a la consideración de la punición penal como última ratio.

Ciertamente, carece de todo sentido un Derecho administrativo sancionador que sea un volcado del Código Penal, y un Código Penal que castigue como delitos infracciones administrativas, y que obligue a activar el derecho fundamental a la legalidad punitiva en su vertiente de garantía del principio *ne bis in idem* (art. 25.1 CE), porque efectivamente exista la triple identidad y, en concreto, ídem de fundamento.

Desdentado se distancia de la preferencia en todo caso de la sanción penal «para estar a la sanción más grave» y del proceso penal concurrente frente al administrativo sancionador, sostenidas por una jurisprudencia constitucional basada en la idea, esencial del Estado constitucional de Derecho, de subordinación de la Administración, que es quien sanciona, al Poder judicial (STC 2/2003).

La obra de Desdentado sigue vigente en el espacio público de discusión jurídica.

LA SEGURIDAD SOCIAL EN PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL: ACIERTOS Y PROBLEMAS POR RESOLVER

MARÍA JOSÉ CERVILLA GARZÓN
Profesora Titular de la Universidad de Cádiz

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

«Constitución y Seguridad social. Reflexiones para un aniversario». *Diario La Ley*, núm. 5913, 15 de diciembre de 2003. Ref. D-280.

II. INTRODUCCIÓN

En la obra comentada se hace una reflexión acerca del contenido que la Constitución incorpora en relación al desarrollo del Sistema de Seguridad Social, haciéndose referencia a los que han sido sus mayores aciertos y a los principales problemas que plantea. Así, el profesor Desdentado afirma que es un gran acierto la inserción en el texto constitucional de su principal referencia, cual es el artículo 41, como un principio rector que admite varios modelos de Seguridad Social, y señala como su mayor obstáculo el desarrollo de lo previsto en los artículos 148 y 149 CE sobre la distribución de competencias en esta materia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, del cual se deriva la difícil delimitación entre Seguridad Social y Asistencia Social.

A pesar de que la obra comentada se publicó hace más de quince años, su contenido sigue siendo profundamente actual, pues los deslindes entre competencias estatales y autonómicas y el espacio de la protección no contributiva frente a la asistencia social son cuestiones sobre las que seguimos debatiendo, incluso con más intensidad desde la aprobación de la Ley de Dependencia y la regulación de nuevas prestaciones no contributivas.

III. COMENTARIO

1. Contexto de la obra

El artículo comentado se publica con motivo del vigésimo quinto aniversario de la promulgación de la Constitución Española, entendiéndose el autor que es el momento adecuado para hacer una reflexión crítica sobre su contenido, en este caso centrado en el tratamiento de la Seguridad Social. Se publica en el *Diario La Ley*, ocupando las páginas 1972 a 1976.

2. Contenido básico

El estudio no incorpora epígrafes a modo de sumario, lo cual no significa que no sea de fácil lectura ni que tenga un contenido desordenado, pues sigue un claro desarrollo centrado en dos partes fundamentales. En primer lugar, destaca lo que, a su juicio, son los aciertos que ha tenido el contenido del artículo 41 CE en su tratamiento material de la Seguridad Social (páginas 1972 a 1973). En segundo lugar, hace referencia a las cuestiones que le suscitan preocupación por no quedar claro su encaje dentro de la distribución competencial efectuada por el texto constitucional (páginas 1973 a 1975).

El mayor acierto del texto constitucional lo sitúa en el hecho de que el papel del Estado en relación al establecimiento de un Sistema de Seguridad Social se configure como un principio rector y no como un derecho subjetivo de la ciudadanía. Ello no es óbice para considerar que esté garantizada la implantación y mantenimiento del Sistema, como con mucha lógica afirma, pero dicha garantía tiene un carácter eminentemente flexible y permitiendo la reversibilidad de la estructura que vaya adquiriendo, sobre todo en función de un elemento que se apunta como crucial cual es la disponibilidad financiera del Estado.

Este modelo flexible lleva al profesor Desdentado a realizar la importante afirmación de que el modelo constitucional de Seguridad Social no es pro-

yecto de partido que se adapte a una única ideología, no siendo un modelo de exclusión que provoque enfrentamientos políticos. En el artículo 41 entiende que hay varios modelos de Seguridad Social contemplados, y unos u otros serán potenciados en función de los intereses de la clase política dirigente.

A su juicio, los problemas jurídicos más significativos que plantean las referencias constitucionales a la Seguridad Social se concentran, con innegable acierto, en los derivados de lo previsto en el artículo 149.1.17.^a, al atribuir competencias exclusivas al Estado sobre «la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social», y el artículo 148.1.20.^a, al establecer que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en materia de Asistencia social.

En relación al primero de los preceptos citados, reflexiona sobre la inevitable uniformidad a la que lleva entre Comunidades Autónomas, en lo que se refiere a identidad de contribuciones al sostenimiento del Sistema e igualdad en el alcance de su acción protectora, determinado por la aplicación del principio de caja única. Por ello, afirma que las transferencias en materia de Seguridad Social han avanzado poco y advierte sobre la necesidad de que una norma determine qué es lo «básico» en Seguridad Social.

En relación al segundo de los preceptos citados, el autor advierte sobre la problemática que supone esta distinción entre asistencia social (materia transferible a las Comunidades Autónomas), y Seguridad Social básica (materia no transferible a las Comunidades Autónomas), pues dentro del Sistema de Seguridad Social considera que se incluyen las prestaciones no contributivas que son asistenciales por cuanto no se financian con cotizaciones. En una primera lectura de ambos preceptos, por lo tanto, no queda claro si estas prestaciones no contributivas van a entrar dentro de las materias en las que pueden asumir competencias las Comunidades Autónomas.

Sobre esta cuestión, el autor realiza una crítica al criterio establecido por el Tribunal Constitucional en su sentencia 239/2002, al declarar constitucional la potestad de las Comunidades Autónomas para abonar complementos económicos a las prestaciones no contributivas, con cargo a sus propios recursos. En primer lugar, porque considera que el nivel no contributivo forma parte del Sistema y, por lo tanto, su desarrollo es competencia exclusiva del Estado. En segundo lugar porque, siendo así, las Comunidades Autónomas no pueden tener un campo de actuación aun cuando sea a modo de complementar la actuación estatal, pues ello arrastra el efecto que los derechos de Seguridad Social puedan variar en función del territorio, lo que perturba el funcionamiento del sistema estatal. En definitiva, no considera que en la Constitución tenga cabida la consideración del nivel no contributivo de Seguridad Social como un nivel

de mínimos, cuyas prestaciones puedan ser complementadas a nivel autonómico. La actuación de las Comunidades Autónomas en materia de Asistencia Social constitucionalmente legítima sería aquella que afecte a colectivos no protegidos por el sistema estatal o que, estando protegidos, se ofrezcan técnicas protectoras diferentes, es decir, no ayudas económicas sino de otra naturaleza como acciones específicas o ayudas especializadas.

3. Aportaciones relevantes

A nuestro juicio el estudio glosado destaca por la concisión y claridad en la identificación de los problemas jurídicos más significativos que se derivan de la inserción del Sistema de Seguridad Social en el texto constitucional, en su encaje con la distribución competencial Estado-CC.AA., y su visión del Sistema como adaptable a todas las circunstancias políticas y financieras que vayan acaeciendo. El paso del tiempo le ha ido dando la razón en las principales afirmaciones de su estudio pues, efectivamente, el Sistema de Seguridad Social se ha tenido que ir moviendo al compás de las necesidades sociales, configurando nuevas prestaciones y suprimiendo otras, y, como no, de las vicisitudes económicas que el territorio español ha ido padeciendo.

Asimismo, su visión de la configuración constitucional del Sistema de Seguridad Social como no excluyente de cualquier ideología se confirma en base a la adaptación que del mismo ha ido haciendo cada programa político sin tener que entrar en conflicto con el artículo 41, lo que ha evitado la pérdida de valor del texto constitucional o el cuestionamiento continuo de su contenido.

Destacamos, también, sus conclusiones sobre la compleja atribución de competencias al Estado y las Comunidades Autónomas que, en esta materia, realiza la Constitución Española, aportando una visión que apuesta por la integración y el no establecimiento de diferencias de trato entre ciudadanos españoles, y un clarificador deslinde entre las materias que pueden o no ser desarrolladas en el ámbito autonómico. Así, el criterio del autor sobre el modelo constitucional de Seguridad Social reafirma el respeto de la competencia estatal en lo que se refiere a su legislación básica, en la que deben quedar incluidas sus dos niveles contributivo y no contributivo, limitando el campo de actuación de las Comunidades Autónomas a la asistencia social de grupos de población no incluidos en el Sistema o a la utilización de técnicas protectoras distintas. Con ello el autor traza una clara frontera entre Seguridad Social y Asistencia social, y entre nivel no contributivo y Asistencia social, términos que inevita-

blemente se confunden pero que deben diferenciarse para aplicar, de forma correcta, la distribución de competencias exigidas por la Constitución.

En definitiva, con este criterio sitúa al nivel no contributivo del Sistema fuera del alcance del concepto de «asistencia social», en los términos utilizados en el artículo 148. Y considera «asistencia social» a la protección que se otorga más allá de los límites que al nivel no contributivo otorga el legislador estatal.

IV. APUNTE FINAL

Sin duda, esta publicación contribuye a tener una perspectiva constitucional del Sistema de Seguridad Social como una institución flexible, integradora, universal y que pretende perdurar en el tiempo, adaptándose a la compleja organización territorial que caracteriza al territorio español, a la que acompaña la asistencia social pero integrando una protección diferente, por el colectivo al que se dirige o la técnica que utiliza. Por la actualidad que hoy en día tiene, y su virtualidad como característica que permite al Sistema avanzar y actualizarse, nos quedamos con su afirmación de que «la Seguridad Social del artículo 41 no es una Seguridad Social de partido, sino una Seguridad Social abierta a los distintos proyectos políticos y a su confrontación».

LA VISIÓN DESDENTADIANA DE LA PROBLEMÁTICA JURÍDICO-LABORAL DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS

ORIOl CREMADES CHUECA¹

Investigador y profesor de la Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

Desdentado Bonete, Aurelio y Desdentado Daroca, Elena, *Grupos de empresas y despidos económicos*, Valladolid, Lex Nova-Thomson Reuters, 2014.

II. INTRODUCCIÓN

Abordar la temática de los grupos de empresas en el Derecho del Trabajo resulta una tarea compleja porque convergen dos grandes factores: por un lado, es una materia que desborda aspectos estrictamente jurídico-laborales e, incluso, jurídicos, llegando a ser (muy) necesaria una mínima aproximación o ponderación de aspectos económico-sociológicos de la estructuración empresarial; por otro, la asistemática, compleja (y muchas veces menos clara de lo que pudiera parecer) respuesta no solo normativa sino jurisprudencial española.

¹ ORCID: 0000-0002-9134-1139/Researcher ID: R-5455-2016, oriol.cremades@unir.net

Haber realizado mi tesis doctoral sobre la «Identificación y fundamentación jurídica de la responsabilidad laboral en el grupo de empresas en España»² me lleva a afirmar que «Grupo de empresas y despidos económicos» de los Profs. Aurelio Desdentado Bonete y Elena Desdentado Daroca constituye un auténtico referente en la temática jurídico-laboral de los grupos de empresas en el ordenamiento español.

III. COMENTARIO

Con independencia de que no se compartan algunas de las posiciones expuestas en el libro, estamos ante un estudio de una indudable gran calidad técnico-jurídica: una obra dogmático-práctica, metódica, didáctica y crítico-propositiva. Justifiquemos y analicemos estos calificativos:

1. Una obra dogmático-práctica

Tal y como se expone en su introducción, la monografía nace de la confluencia de una línea de trabajo más dogmático-teórica de la Prof.^a Desdentado Daroca sobre los grupos de empresas (su tesis doctoral defendida en el año 2005 y que dio lugar a la obra «La personificación del empresario laboral» publicada por Lex Nova) con una más práctica sobre despidos económicos en el marco del grupo de empresas del magistrado y Prof. Desdentado Bonete (y que encuentra su origen en una ponencia que impartió en octubre del año 2013 en el Encuentro de Magistrados de la Sala IV del Tribunal Supremo y los Presidentes de las Salas de lo Social de los Tribunales de Justicia).

Sin duda, ello es una de las claves para comprender la obra: un profundo y meditado conocimiento previo dogmático-práctico sobre la problemática estudiada que desemboca en una monografía clara, nítida y sin aspectos sobrantes.

2. Una obra metódica

El estudio, a nuestro parecer, presenta una cuidada problematización, estructuración y selección de fuentes.

² CREMADES CHUECA, O., *Identificación y fundamentos jurídicos de la responsabilidad laboral en el grupo de empresas en España*, tesis doctoral dirigida por el Dr. Ignasi Beltran de Heredia Ruiz, Universitat Ramon Llull, 2020. La investigación fue galardonada con el premio «Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social» a la mejor tesis doctoral defendida en el año 2020.

En cuanto a la buena problematización, se consigue gracias a su estructura y establecer preguntas, distinciones o avances de conclusiones en los propios títulos de los capítulos y (sub)apartados³.

Sobre la estructura, es destacable que la obra navega desde unos aspectos más introductorios y teórico-jurídicos sobre los grupos de empresas (cap. I –pp. 21-54–) a aspectos más prácticos al abordar la doctrina de los grupos de empresas en la Sala IV del Tribunal Supremo y los despidos económicos en los grupos de empresas (cap. II –pp. 55-94– y cap. III –pp. 95-121–, respectivamente). En este sentido, a mi parecer, la oración «[p]ero el grupo no nos interesa solo por lo que es, sino, básicamente y a efectos prácticos, por lo que hace» (p. 31) resume, seguramente, la «filosofía» o aproximación a la problemática que se encuentra a lo largo del libro.

Y respecto la selección de fuentes, ella es especialmente cuidada en materia doctrinal (tanto jurídico-laboral como mercantil) y en las sentencias analizadas o citadas (en particular, del TS y de la AN).

3. Una obra didáctica

Uno de los aspectos más originales de la monografía es su voluntad manifiesta (e, incluso, acentuada) de ser didáctica. Un planteamiento de indudable acierto porque justamente después de la reforma laboral del 2012 existía (e incluso persiste todavía) un aumento notable de la complejidad de la problemática y la obra viene a intentar aportar orientación a todos los operadores jurídicos.

Y ello se consigue, seguramente, y más allá de los aspectos ya expuestos, con una extensión relativamente corta; una incorporación de anexos (con textos normativos, pasajes de sentencias y esquemas)⁴; un lenguaje claro y directo; y el uso frecuente de ejemplos.

³ A modo de ejemplo: «Sobre el concepto de grupo de empresas: ¿de qué hablamos cuando hablamos de grupo de empresas?» (cap. I); «¿Qué hace un grupo de empresas?, ¿qué consecuencias puede producir su actuación? Y ¿qué medidas pueden adoptarse en orden a prevenir determinados riesgos de la actuación del grupo frente terceros?» y «Una cuestión no tan anodina: ¿cómo debemos llamar a los grupos de empresas?» (apartados 2 y 4 del cap. I, respectivamente); «el grupo de empresas no tiene personalidad jurídica», «el grupo no es el empresario de los trabajadores de las sociedades que lo integran» y «el grupo como tal no puede ser parte del proceso» (subapartados 5.1, 5.2 y 6.1 cap. I, respectivamente); «El primer problema: ¿quién despide? ¿puede despedir el grupo?», «avance de una tesis: el grupo no despide» (apartado 1 y subapartado 1.1 cap. III, respectivamente).

⁴ La monografía tiene una extensión total de 262 páginas, de las cuales 100 ocupan los 3 capítulos, y el resto son 3 anexos: anexo I sobre legislación sobre grupo de empresas (pp. 131-156); anexo II sobre jurisprudencia sobre los grupos de «empresa» (*sic*) (pp. 157-250); y anexo III sobre esquemas de grupos de empresas y despidos económicos (pp. 251-262).

4. Una obra crítico-propositiva

Atendiendo a los calificativos anteriores, podría pensarse que se está más bien ante una obra descriptiva y poco analítica. Nada más lejos de la realidad a pesar de las eventuales apariencias: los autores no solo aportan sistemática a una problemática compleja *per se*, sino que se posicionan en cuestiones controvertidas, muestran su crítica ante la doctrina que consideran desacertada (sobre todo, parte de la jurisprudencial y judicial) y realizan propuestas teórico-prácticas.

Sin ánimo de exhaustividad, a nuestro parecer, pueden destacarse:

En el capítulo I:

Porqué «quizás lo más razonable sea seguir la tradición laboral y continuar hablando de grupos de empresas» frente «grupos de sociedades» o «grupos de empresarios» (apartado 4.1 –pp. 35-36–); porqué «el grupo no tiene personalidad jurídica» (5.1 –pp. 35-36–); porqué «el grupo no es el empresario de los trabajadores de las sociedades que lo integran» (5.2 –pp. 38-40–); hipotizar por qué «la vinculación sindicato-fundación» puede ser un grupo de empresas (4.5 –pp. 45-47–); y cuáles son «las consecuencias procesales de la falta de personalidad del grupo» (6 –pp. 47-54–).

En el capítulo II:

Análisis crítico de la doctrina tradicional del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad laboral en los grupos de empresas (apartado 2), debiéndose destacar: la crítica de la unidad de dirección y la apariencia externa de unidad empresarial como factores adicionales (2.2 –pp. 58-59–); porqué el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo, la prestación común a favor de todas o varias empresas del grupo y la confusión de plantillas son tres supuestos que se reducen a uno y que afectan a la posición empresarial de las empresas del grupo (2.3 –pp. 59-72–); porqué la existencia de cuentas consolidadas del grupo no es equiparable a la confusión patrimonial (2.4 y, en concreto, en la p. 74); porqué «el fraude de ley, si se refiere a la confusión de patrimonios o de plantillas, carece de autonomía (2.5 y, en particular, en la p. 78); porqué el llamado «descabezamiento» o «jibarización» de una miembro del grupo de empresas no debe constituir un «elemento adicional» que derive en responsabilidad laboral en el grupo (2.5, destacándose las pp. 80-82); análisis de las discrepancias que existieron sobre la concepción general del grupo de empresas en la Sala 4.^a del TS (3.3 –pp. 88-92–); las diferentes consecuencias

jurídicas de la concurrencia de los distintos factores adicionales (4 y, en especial, en las pp. 93-94).

En el capítulo III:

Por qué debe entenderse que «el grupo no despide» (subapartado 1.1 –pp. 95-98–); cómo debería realizarse «la imputación de los despidos económicos en el grupo de empresas» (1.3 –pp. 102-103–); y cómo se debería despedir en el grupo de empresas y, en particular, cómo debería realizarse la carta del despido y el período de consultas (apartado 2 –pp. 104-111–).

IV. APUNTE FINAL

«Grupo de empresas y despidos económicos» constituye una aportación significativa en la doctrina iuslaboralista española y se caracteriza por ser dogmático-práctica, metódica, didáctica y crítico-propositiva.

El lector no encontrará en ella un tratado sobre la problemática jurídico-laboral española de los grupos de empresas, pero sí una importante y concreta visión que, se comparta o no, es de indudable calidad y que ha influenciado a la doctrina académica y la jurisprudencia españolas: la desdentadiana.

SOBRE EL DESPIDO POR CAUSAS ECONÓMICAS

CARLOS DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA

Profesor (ac) Contratado Doctor de la Universidad Complutense de Madrid

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

«Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales (1)», *Actualidad Laboral*, núm. 17-18, octubre, 2012.

II. INTRODUCCIÓN

Tuve la fortuna de asistir a dos conferencias impartidas por el magistrado Desdentado Bonete en dos seminarios organizados al alimón por las Universidades Carlos III y Complutense de Madrid, cuando ya se encontraba retirado de su actividad jurisdiccional. Ya conocía al insigne ponente a través de su ingente actividad jurisdiccional y de la lectura de algunos artículos que lograron marcarme por las enseñanzas recogidas en ellos, especialmente los relacionados con el despido por causa económica y, por ese motivo, sirvan estas páginas como humilde tributo en prenda por los conocimientos adquiridos.

De uno de los citados seminarios aún conservo el esquema que entregó al selecto público asistente, formado principalmente por profesorado y algún alumno de doctorado de ambos centros de estudios antes referidos. «Derecho

uropeo, derecho nacional. Problemas de coordinación: dos ejemplos». Tal era el título de la segunda de las conferencias antes aludidas, impartida el 10 de mayo de 2018 en la sede de Puerta de Toledo de la citada Universidad del sur de Madrid. El documento escudriña y aclara «el laberinto» como él mismo lo denominó de Diego Porras así como el caso Zardoya Otis. No hay mejor ejemplo para ilustrar la capacidad asombrosa de trabajo de la persona que homenajeamos, capaz de exponer de manera sencilla los asuntos jurídicos más controvertidos, haciendo fácil lo que para otros nos resulta mucho más complejo de entender y colegir.

El artículo que se comenta sobre el impacto de la reforma laboral de 2012 sobre los despidos colectivos por causas económicas, lo podríamos poner en conexión con otras obras del autor que versan sobre la misma temática. En especial, con «El despido objetivo económico entre dos reformas: 1994 y 1997»¹ y el que publicó en el importante número 100 de la Revista Española de Derecho del Trabajo sobre la suspensión y extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y por fuerza mayor². Puestos en relación los tres trabajos, podríamos tener una visión de conjunto sobre la evolución histórica de la institución que analizamos desde el marco inicial en la legislación civil y mercantil del despido en el contrato de arrendamiento de servicios y en la relación entre el comerciante y sus dependientes, presidida por el principio de libertad que hacía innecesaria una regulación de la causas económicas de extinción del contrato, hasta la última reforma laboral acaecida hasta el momento en 2012. Esta panorámica evolutiva ayuda, sin lugar a dudas, al entendimiento y a la interpretación de las normas jurídicas y demuestra por qué se considera al magistrado Aurelio Desdentado como un referente en el despido por causas objetivas económicas del contrato de trabajo.

III. COMENTARIO

Son dos las materias que ocupan la atención del magistrado Desdentado Bonete en la obra que comentamos. Por un lado, la reforma de la definición de la causa económica para despedir y, por otro, la supresión de la autorización administrativa llevada a cabo por la reforma laboral de 2012. Sin duda, este

¹ Publicado en la revista *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1998, pp. 444-467.

² DESDENTADO BONETE, A., «Suspensión y extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; y por fuerza mayor», en *REDT*, núm. 100, 2000, especialmente pp. 991-993.

segundo asunto fue extraordinariamente relevante pues desde la primera legislación republicana que prohíbe el despido sin causa, las causas económicas estuvieron sujetas a un control administrativo que estuvo vigente durante más de setenta y cinco años, dado que su inicial regulación data de las postrimerías de la segunda república (art. 12 de la Ley de 25 de junio de 1935).

No obstante, antes de acometer el estudio de los dos temas indicados, el autor realiza una reflexión muy interesante, propia de quien domina toda la legislación, relacionándolos con otro asunto provocado por la reforma laboral de 2012 cual es la reducción de la indemnización por despido improcedente que provoca que «[l]a distancia entre lo procedente y lo improcedente se acort[e] de forma peligrosa, lo que, de entrada, supone una pérdida de la eficacia punitiva de la indemnización en los casos de improcedencia». Si a ello se suman otros costes del despido colectivo económico como «el tiempo de negociación, la preparación técnica de la defensa de la posición empresarial, el preaviso, el coste del plan de recolocación, la financiación del convenio especial del artículo 51.9 ET o la aportación al Tesoro del artículo 51.11, podría ocurrir que un despido procedente económico cueste bastante más que un despido improcedente». En definitiva, si se abarata el despido improcedente y se grava de forma desproporcionada el recurso a los despidos procedentes, el autor concluye que puede llevar al empresario a optar por los despidos individuales, vaticinando la problemática posterior del despido colectivo de hecho (por cierto, otra de las instituciones a las que el autor homenajeado en estas páginas aportó de manera brillante).

1. La definición de la causa económica para despedir: en busca de la objetividad, pero sin caer en la automaticidad

La delimitación de las causas económicas que atraviesa la empresa que justifican el despido es un asunto muy relevante para cualquier jurista relacionado con el Derecho del Trabajo. En esta cuestión, el autor desgrana con finura lo que dice el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, lo compara con la normativa anterior y, sobre todo, se fija en las dos cosas que desde su punto de vista debería indicar la norma y, de hecho, nada dice de ellas: por un lado, la conexión de funcionalidad o instrumentalidad de la situación económica negativa para justificar un despido y, por otro, el control de razonabilidad, entendida como revisión de la proporcionalidad de la medida, como técnica de ponderación de los intereses en juego, «porque no es razonable aplicar la medida más extrema si hay otras más moderadas». En relación a la primera, a

diferencia de la exposición de motivos que parece concluir que la sola existencia de la causa permitiría acreditar el despido por sí misma, el magistrado defiende que debe añadirse, además, la necesidad de reducir los puestos de trabajo. Para decirlo con sus palabras «lo que nos interesa aquí no es la causa aislada del efecto, sino la relación de causalidad, que es siempre una relación entre dos términos, a través de la cual es posible imputar un hecho (el efecto, el resultado) a otro hecho antecedente (la causa)».

Lo relevante es que esta posición defendida por el autor fue luego avalada por la mayoría del Tribunal Supremo que exigiría a las empresas para poder despedir por causa económica³, la demostración de la conexión de funcionalidad o adecuación entre causas y efectos, de manera que son tres los pasos que deben seguirse:

1. Acreditar la concurrencia de la situación económica negativa.
2. Identificar los efectos que dicha causa provoca sobre los contratos de trabajo que quiere amortizar o extinguir.
3. Mostrar la adecuada proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad.

En definitiva, el empresario debe «probar unos hechos –los resultados de la empresa que determinan una situación negativa– y argumentar a partir de ellos en orden a poner de manifiesto sus consecuencias sobre la reducción de la plantilla, de lo que sigue que las medidas extintivas se justifican desde el momento que responden a esa necesidad de reducción».

No obstante, lo que no indica el autor en este artículo y sí lo deja entrever en el trabajo publicado en la Revista Española de Derecho del Trabajo antes referido es qué papel juegan en nuestra regulación actual de los despidos económicos «las causas motivadoras» –en terminología del profesor Martín Valverde–, esto es, los motivos últimos que están provocando de hecho la causa económica para el despido, que están relegadas a un discreto segundo plano⁴. ¿Tiene lógica despedir a los comerciales cuando el problema está en el diseño del plan comercial? ¿Se va a arreglar la situación de la empresa con el despido de unos empleados si su principal problema es el elevado coste del alquiler de la sede de la entidad o la falta de adquisición de una maquinaria que haga a la empresa más eficiente? Como nos enseña el magistrado, en el fondo, pérdidas

³ STS de 18 de febrero de 2014, recurso 96/2013; 26 de marzo de 2014, recurso 158/2013; STS de 23 de septiembre de 2014, recurso 231/2013, STS de 25 de febrero de 2015, recurso 74/2014, entre otras.

⁴ MARTÍN VALVERDE, A., «Teoría y práctica del despido económico de alcance limitado», en AA. VV. (Coord: Pedrajas Moreno, A.), *Las reformas laborales: análisis y aplicación práctica*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1999, pp. 129, 133 ss.

y caída de beneficios son manifestaciones contables de otras causas que afectan a la gestión económica de la empresa. En esta medida, no sería posible vincular automáticamente las pérdidas de la empresa o la caída de los beneficios con la necesidad de extinguir (o suspender) contratos de trabajo. Las pérdidas o la disminución del beneficio puede que no tenga relación con el factor humano dentro de la empresa, sino con otros factores y con otro tipo de gastos⁵ y ello debería tener mayor presencia en nuestra regulación y en las interpretaciones judiciales.

2. La necesidad de ir de la crisis de empresa a la crisis del contrato

Otra enseñanza del magistrado Desdentado Bonete está relacionada con la misma esencia de la normativa laboral y del contrato de trabajo como institución central del Derecho del Trabajo. Desde su punto de vista en lugar de centrarse «de forma excluyente la causa económica en las situaciones negativas de la empresa –pérdidas, inviabilidad, insolvencia, entrada en liquidación– habría que prestar más atención a la crisis del contrato, en la medida en que éste puede volverse superfluo económicamente sin necesidad de que la empresa esté en crisis». Y ello porque «[n]i la empresa es una entidad destinada a proporcionar trabajo a sus empleados al margen de las exigencias de la producción, ni el contrato de trabajo es una institución cuyo fin sea el fomento del empleo. La empresa es un agente económico que persigue la obtención de beneficios en el mercado y el contrato laboral es un contrato de cambio en el que las partes persiguen intereses de orden patrimonial –la apropiación de los resultados de un trabajo con interés productivo para el empresario y la obtención de un salario para el trabajador–».

3. La supresión de la autorización administrativa y sus consecuencias procesales

La supresión de la autorización administrativa para los despidos colectivos era una petición reiterada por el autor por lo que es calificada como medida legislativa acertada («[I]a Administración ha perdido por fin una competencia que nunca debió de tener»).

⁵ DESDENTADO BONETE, A., «Suspensión y extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; y por fuerza mayor», en *REDT*, núm. 100, 2000, pp. 991-992.

El magistrado se centra en los aspectos procesales y, tras explicarlos, califica la nueva regulación procesal como «excesivamente compleja» pudiendo provocar un exceso de litigiosidad, y una demora excesiva en la impugnación de los despidos. El mayor volumen de pleitos lo achaca entre otros factores a cuestiones de legitimación, por la posibilidad de litigación de los sindicatos minoritarios. Para solucionar los problemas detectados, el autor propone que «quizá hubiera sido mejor incorporar una versión adaptada del ERE concursal», con mayor protagonismo judicial y canalización común de todas las impugnaciones (colectivas, individuales e, incluso, administrativa si la hubiere).

IV. APUNTE FINAL

Como se ha podido comprobar, Aurelio Desdentado no daba puntadas sin hilo. Aprovechaba cada oportunidad para enseñar cómo entendía que debía mejorarse nuestra legislación social, abarcando los aspectos sustantivos y procesales. Al final del artículo comentado, nos deja una frase interesante que vaticinaba lo que hemos podido experimentar con la pandemia provocada por la COVID-19, sobre todo en lo relativo a los ERTES: «[q]uizá los golpes de la crisis nos hagan pensar mejor nuestro Derecho del Trabajo, tan agitado, pero tan resistente al cambio». Una muestra más de la elocuencia de la pluma del magistrado Desdentado Bonete, sabio conocedor de la ley laboral y de Seguridad Social.

PROSTITUCIÓN Y TRABAJO: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y PROPUESTAS EN CLAVE DE PROTECCIÓN SOCIAL

ROSA M.^a GONZÁLEZ DE PATTO
Profesora Titular de la Universidad de Granada

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

«De «Mesalina» a «Otras»: La prostitución como trabajo ante los tribunales del orden social», *Revista de Jurisprudencia. El Derecho*, núm. 2, marzo, 2020.

II. INTRODUCCIÓN

El complejo y polémico tema de la configuración de la prostitución como trabajo subordinado y, de ahí, las posibilidades de su inclusión en el ámbito del Derecho del trabajo, ha sido un punto de atención recurrente en la obra doctrinal de Aurelio Desdentado, que nunca ha eludido terciar en materias tan difíciles como ésta con propuestas tan valientes como jurídicamente solventes.

En el artículo objeto de comentario el autor explora, como ya lo hiciera en otros trabajos anteriores y coetáneos¹, las posibilidades y dificultades de

¹ DESDENTADO BONETE, A., «Contrato de trabajo y prostitución: una reflexión sobre la sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2009», *Diario La Ley*, núm. 7238, 2009; «De nuevo,

orden técnico-jurídico y político-jurídico de articular los servicios sexuales y en particular la prostitución adulta y voluntaria, mediante el contrato de trabajo y situar, así, bajo los estándares de protección de las normas laborales y de Seguridad Social a un colectivo mayoritariamente femenino y en grave riesgo de exclusión.

La relevancia, actualidad y oportunidad de la materia tratada está fuera de toda duda y ello por dos motivos. Por un lado, el debate social, especialmente en el seno del movimiento feminista, sobre cuál debe ser la respuesta del ordenamiento jurídico a la prostitución, sigue abierto y polarizado en torno al dilema abolicionismo *vs* regulación; máxime ahora, frente al Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, que prevé la tipificación penal de la llamada tercería locativa. Y, por otro lado, está el no menos complejo y, en algunos aspectos (libertad sindical de trabajadores/as sexuales), contradictorio tratamiento de la prostitución por parte de la jurisdicción social.

III. COMENTARIO

1. En el contexto anteriormente descrito, y a propósito de la divergencia de criterio mantenido por la Sala Social de la Audiencia Nacional respecto a la validez de los estatutos de la Asociación de empresarios del sector del alterne y la prostitución «Mesalina» y la de los del sindicato de trabajadoras sexuales «Otras», el maestro Desdentado realiza en este estudio una magistral sistematización y análisis crítico de la jurisprudencia y doctrina judiciales relativas a la prostitución como objeto del contrato de trabajo, centrándose en la evolución de los fundamentos jurídicos de la postura dominante y aportando, como contrapunto, los minoritarios pronunciamientos judiciales que se han desmarcado de la misma admitiendo la laboralidad de la relación con argumentos jurídicos innovadores.

Al servicio de este objetivo, el autor arranca el estudio (epígrafe I: «Mesalina» y «Otras», una patronal y un sindicato: soluciones distintas, ¿problemas diferentes?) con el planteamiento de la divergencia del criterio jurisprudencial mantenido por la Audiencia Nacional en relación a la validez de los estatutos de la patronal del sector del alterne/prostitución (asunto Mesalina) y el concerniente al de los estatutos del sindicato de trabajadoras del sexo (asun-

sobre trabajo y prostitución», *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social* vol. I, núm. 2, 2020; «Prostitución y contrato de trabajo. Una crítica y una propuesta», en VV. AA., *Mujeres y derechos: una discusión jurídica sobre reproducción, sexualidad y género* (coord. Benavente Moreda, P.), Marcial Pons, 2020.

to Otras). Desde esta premisa, en el epígrafe II (*Una historia breve y algo monótona: el orden social ante la prostitución*), realiza un recorrido por las diversas fases de la jurisprudencia y doctrina judicial sobre la configuración de la prostitución como objeto del contrato de trabajo, sobre la base del cambiante marco legal de referencia (basculante entre el reglamentismo y el abolicionismo), señalando la evolución seguida en la fundamentación jurídica de la línea mayoritaria, (rechazo de la naturaleza laboral de la prostitución por cuenta ajena y nulidad del contrato de trabajo), con apunte de algunas resoluciones innovadoras que se desmarcan de la tesis dominante (sentencia JS núm. 10 Barcelona, de 18 de febrero de 2015, caso Buda Center; sentencia JS Barcelona núm. 32, de 10 de diciembre 2018, caso Boys), que, sin embargo, no han tenido recorrido. Cierra el estudio (epígrafe III) con unas *Reflexiones finales*, dedicadas a una valoración crítica de la línea restrictiva mantenida por la jurisdicción social y al apoyo a propuestas *lege ferenda* que aporten una solución laboralizadora de la prostitución adulta y voluntaria.

2. En el abordaje de la materia, Desdentado pone el acento, a la vez que cuestiona, la divergencia de las soluciones interpretativas dadas por la AN en los casos de la patronal Mesalina y del sindicato Otras, tratándose en ambos casos de la misma cuestión debatida: el ámbito funcional de una y otro así como del mismo problema de fondo. Así, en el caso Mesalina, la SAN de 23 de diciembre de 2003, decisión confirmada por el Tribunal Supremo en la STS de 27 de noviembre de 2004, no solo admitió la validez estatutaria sino que, yendo más allá, reconoce la laboralidad del alterne, ratificando la jurisprudencia consolidada ya en ese sentido, así como la licitud de la prostitución por cuenta propia, si bien rechazando indirectamente la laboralidad de la prostitución por cuenta ajena, también en la misma línea jurisprudencial referida.

Sin embargo, en el asunto Otras, se pronuncia contrariamente (SAN de 19 de noviembre de 2018, rec. 258/2018), declarando la nulidad de los impugnados estatutos del sindicato, objetando que la amplitud de su ámbito funcional: «actividades relacionadas con el trabajo sexual en todas sus vertientes» (art. 4), comprende la prostitución por cuenta ajena. A partir de ahí, la fundamentación jurídica del fallo se articula en torno a dos argumentos: no es admisible el contrato de trabajo para el ejercicio de la prostitución por su objeto ilícito, y, en consecuencia, las personas que la ejercen no son titulares del derecho de sindicación, siendo ilegal un sindicato para la representación colectiva de los intereses profesionales de las mismas por no tratarse de trabajadores por cuenta ajena.

Conviene recordar que este criterio de la AN acaba de ser corregido, en mi opinión con acierto, por el TS/IV en la reciente Sentencia 584/2021, de 1

de junio de 2021, de gran impacto mediático, en la que, pese a descartar expresamente pronunciarse sobre la laboralización y legalización de la prostitución subordinada (al quedar extramuros del ámbito de cognición de la modalidad procesal impugnativa de estatutos sindicales), declara la conformidad a Derecho de los estatutos de Otras en base a la primacía del derecho de libertad sindical, que no admite, a juicio de la Sala, interpretaciones restrictivas como la operada por la SAN de instancia, que casa y anula. Para el TS, los trabajadoras/es sexuales que presten servicios lícitos por cuenta ajena, así como las personas que ejercen la prostitución por cuenta propia, actividad cuya licitud tampoco se cuestiona, son titulares del derecho de libertad sindical ex artículo 28 CE y pueden sindicarse libremente, y, por la misma razón, si en el futuro el legislador legalizara y laboralizara la prostitución por cuenta ajena no sería precisa la modificación estatutaria.

Pero volviendo, por lo que aquí interesa, a la SAN Otras de 2018, la premisa principal de la nulidad estatutaria que decreta, invoca y reitera la jurisprudencia y doctrina judicial clásicas sobre prostitución por cuenta ajena, anteriormente mencionadas, circunstancia que aprovecha Desdentado Bonete para realizar una ejemplar sistematización y análisis crítico de su evolución histórica. Así, el autor repasa, en primer lugar, los argumentos (tradicionales y renovados) que vienen sustentando la tesis jurisprudencial mayoritaria: diversificación del régimen del alterne y la prostitución, con la admisión del primero (si se cumplen las notas esenciales ex artículo 1.1 ET), y el rechazo de la laboralidad de esta última y la consecuente nulidad del contrato de trabajo. Tras ello, y en segundo lugar, desgrana una solvente argumentación para «desmontarlos» con la valentía y el rigor jurídico que jalonan toda su producción científica y jurisprudencial tanto en ésta como en otras materias polémicas.

En cuanto a los fundamentos jurídicos tradicionales, vinculados a los límites de la autonomía privada ex artículo 1275 CC (la ley, el orden público y la moral), para Desdentado, ni el marco jurídico nacional e internacional ni el orden público impiden, más allá de los tipos penales (trata con fines de explotación sexual; determinación forzada a la prostitución adulta y la explotación sexual de la prostitución con ánimo de lucro; y la explotación sexual y corrupción de menores), la licitud del contrato de trabajo; como tampoco la apelación a la moral, y esto último por dos razones: la inexistencia de una moral única en una sociedad avanzada y pluralista, y desde esa premisa, la inadmisibles imposición estatal de una determinada noción de moral, que constituiría un indeseable paternalismo del legislador si no están comprometidas la indemnidad y la libertad sexual.

Los argumentos renovados invocados posteriormente, anclados en la perspectiva de género, sitúan las objeciones en el ámbito de la garantía de la

dignidad y de los derechos fundamentales (libertad e indemnidad sexuales, intimidad e integridad física), con un nuevo enfoque que se inicia con el voto particular de la STSJ de Andalucía de 4 de diciembre de 2003, caso Eróticas Goya, y de forma más contundente en la SJS núm. 2 de Vigo 7 de mayo de 2004, caso club Ciros. Ya desde esta nueva perspectiva, Desdentado señala, con razón, que la protección legal de la dignidad y de los derechos fundamentales no puede invadir, en el caso de la prostitución adulta y voluntaria, la esfera de decisión moral de los ciudadanos, puesto que, en caso contrario, quedaría concernido el derecho a la autonomía personal, es decir, a «la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida», que, recordemos, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sitúa en la esfera de los derechos humanos (art. 8 CEDH).

No obstante, Desdentado reconoce que la proyección de los derechos fundamentales implica aquí un problema jurídico de calado: la conciliación de los poderes directivos del empleador con los derechos fundamentales señalados en una actividad tan sensible como la prostitución. Ante ello, el autor comparte la solución postulada por un sector doctrinal²: la laboralización de la prostitución por cuenta ajena mediante la configuración de una relación laboral de carácter especial, que, además de otras particularidades (edad, reglas de extinción contractual), recogiera límites específicos «fuertes» al poder de dirección, con la referencia representada, entre otras, por la ley alemana reguladora de la prostitución³. Con todo, y sin perjuicio de la materialización de esa propuesta *lege ferenda*, el vigente ET, contiene, en su opinión, previsiones suficientes (arts. 4, 19 y 20) para la garantía de efectividad de dichos derechos.

IV. APUNTE FINAL

Este estudio de Desdentado Bonete, como los restantes sobre la misma temática, tiene el valor de aportar consistentes argumentos técnico-jurídicos

² FERNÁNDEZ, R. *et alri*, «Sobre la posible regularización laboral de la prostitución: reflexiones para un debate», Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, núm. 289; FITA ORTEGA, F.: «El trabajo sexual en la doctrina judicial española», en VV. AA., *Prostitución y trata*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; CANO GALÁN, Y., «Prostitución voluntaria y contrato de trabajo», en VV. AA., *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; OLARTE ENCABO, S., «Ante el dilema de regular la prostitución en España: por qué, para qué y cómo», en *Trabajo y Derecho, Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 6, 2014; Grupo de Estudios de Política Criminal: *La propuesta de regulación del ejercicio voluntario de la prostitución entre adultos* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2010).

³ ALEMÁN PÁEZ, F., «El trabajo sexual en la ley alemana reguladora de la prostitución. Bases teóricas y exegéticas de una isonomía crítica», *Derecho de las Relaciones Laborales* núm. 7/2018.

■ ROSA M.^a GONZÁLEZ DE PATTO

al servicio de una opción clara y valiente de política del Derecho: la construcción de un estatuto jurídico de las personas en prostitución adulta y voluntaria, que, sin perjuicio de necesarios (y pendientes) programas públicos que promuevan y faciliten otras alternativas de reinserción socio-laboral, garantice unos estándares mínimos de protección laboral y de seguridad social a un colectivo sumido masivamente, a día de hoy, en la precariedad y vulnerabilidad más extremas.

LA CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA EXTRAJUDICIAL DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES: UN PROCESO INACABADO

M.^a ISABEL GRANADOS ROMERA

Profesora Contratada Doctora de la Universidad de Granada

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

«Sobre los problemas procesales de los medios no jurisdiccionales de solución de conflictos. Una crítica». *Revista del Ministerio de Empleo y de Seguridad Social*, núm. 123, 2016, pp. 35-54.

II. INTRODUCCIÓN

La configuración de un sistema extrajudicial de conflictos, en un modelo democrático de relaciones laborales, es una tarea compleja para el operador jurídico, que requiere de una rigurosa y meticulosa labor técnica. Se trata de un ámbito en el que confluyen varios derechos constitucionales cuyos contenidos no siempre se encuentran delimitados de un modo nítido, sino al contrario, sus fronteras tienen un carácter sinuoso y en ocasiones difuso, que requiere la realización de una labor de ingeniería jurídica.

Precisamente, en el artículo objeto de comentario, el profesor Desdentado Bonete evidencia con extraordinaria pericia¹ la defectuosa articulación en-

¹ No es la primera vez que Desdentado abordaba el tratamiento de este tema, entre otras véanse: «El tratamiento procesal de los procedimientos no jurisdiccionales de solución de conflictos laborales» en

tre el sistema judicial y el extrajudicial, testimoniando que la escasa efectividad de los procedimientos de solución extrajudiciales se debe, en buena medida, a esa malograda coordinación.

Podría considerar el lector que la obra ha perdido actualidad al haber transcurrido ya cinco años desde su publicación, y que ha sido únicamente un interés literario y la admiración hacia la figura del autor la motivación del comentario, pero desafortunadamente nuestro sistema de relaciones laborales sigue adoleciendo de todas y cada una de las carencias expuestas en el citado artículo, de ahí que haya considerado totalmente pertinente la realización de esta glosa.

III. COMENTARIO

1. Contexto y estructura de la obra

Los procedimientos de solución de conflictos de carácter extrajudicial han sido una constante de nuestro Ordenamiento Jurídico Laboral desde finales del siglo XIX, no obstante, la aprobación del texto Constitucional en 1978 supuso un cambio radical en la configuración del modelo de relaciones laborales, y a partir de ese momento los interlocutores sociales y también la doctrina iuslaboralista tomó conciencia de la necesidad de desarrollar un sistema no jurisdiccional de solución de conflictos acorde con ese nuevo modelo democrático. Sin embargo, no puede detectarse un verdadero cambio en ese sentido hasta mediados de la década de los noventa, momento en el que empezaron a proliferar numerosos acuerdos de solución de conflictos laborales fruto de la negociación colectiva (hasta entonces los únicos acuerdos sobre solución de conflictos laborales que se habían fraguado eran el de País Vasco, Galicia y Cataluña), y los sistemas extrajudiciales existentes de origen estatal y de configuración administrativa habían caído en desuso, o adolecían de una alta ineficiencia, lo que provocaba una indudable insatisfacción.

Ciertamente a partir de la firma del Acuerdo Estatal de Solución Extrajudicial de Conflictos, el denominado ASEC, en 1996, los interlocutores sociales hicieron un extraordinario esfuerzo en el ejercicio de sus funciones negociado-

CACHÓN VILLAR, P., y DESDENTADO BONETE, A., *Reforma y crisis del proceso social*, Aranzadi, Madrid, 1996, pp. 233-264; «El sistema español de solución de conflictos colectivos. Algunas reflexiones críticas», en AA. VV., *El papel del sindicato en la solución de conflictos*, UGT/SIMA, Madrid, 2006, pp. 19-33.

ras posibilitando que en 2003 todas las Comunidades Autónomas dispusieran de un sistema autónomo de solución de conflictos laborales.

En el momento en el que Aurelio Desdentado elabora el artículo objeto de comentario, año 2016, los procedimientos autónomos de solución de conflictos laborales se encuentran totalmente consolidados en nuestro Ordenamiento Jurídico, tratándose de una pieza clave del sistema de relaciones laborales y sustituyendo en la práctica buena parte de los sistemas extrajudiciales de origen estatal. Ahora bien, como el autor se encarga de poner de manifiesto, ello en ningún caso implica que la puesta en práctica de aquellos procedimientos no genere ninguna dificultad de índole técnico. Precisamente la finalidad de la obra es indicar toda una serie de problemas que se generan relacionados con la eficacia de los acuerdos de mediación y laudos y las posibilidades de impugnación judicial de los mismos, causados por una evidente falta de destreza del legislador y su descoordinación absoluta con los interlocutores sociales como artífices de los procedimientos autónomos.

El autor comienza el estudio con una descripción sucinta pero diáfana de los procedimientos no jurisdiccionales de solución de conflictos actualmente vigentes, distinguiendo entre procedimientos de carácter administrativo, para referirse a todo los procedimientos creados por el Estado, procedimientos autónomos con origen en la negociación colectiva, como es el ASAC a nivel estatal, y los creados en las distintas Comunidades Autónoma; añadiendo finalmente la mediación intraprocesal, como última pieza de un «agregado escasamente ordenado», fruto en buena medida de reformas parciales y de cierta improvisación legislativa, además de señalar la escasa eficiencia de aquellos, comparando los datos estadísticos de utilización de unos y otros sistemas.

En la segunda parte de la obra, el autor señala que la escasa eficiencia de los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos se debe a una importante descoordinación entre estos y el sistema judicial, indicando con precisión cinco aspectos básicos que requieren de tratamiento específico por parte del legislador para mejorar la efectividad de los procedimientos no jurisdiccionales. En el tercer epígrafe analiza las dificultades técnicas que presentan los distintos procedimientos de solución extrajudicial una vez se ponen en práctica, consecuencia de la ya señalada ausencia de coordinación entre sistemas judiciales y extrajudiciales, realizando propuestas para acabar con tales deficiencias y conseguir el incremento de la efectividad del sistema.

Por último, en el apartado de «Conclusiones», el autor hace hincapié en la necesidad de corregir las deficiencias procesales señaladas, de lo contrario los procedimientos no jurisdiccionales entrarían en una situación de crisis cró-

nica, no alcanzando nunca la condición de alternativa real como sistema de solución de conflictos laborales.

2. Contenido y aportación

Desdentado señala detalladamente las claves para que los sistemas de solución de conflictos de carácter extrajudicial puedan ser eficaces. Considera imprescindible: la obligatoriedad del procedimiento, es decir, debe configurarse como requisito previo al acceso a la vía judicial, o como sustitutivo de esta, si bien en ningún caso alude a una obligatoriedad impuesta por un tercero, con muy buen criterio para evitar de este modo la lesión de otros derechos como la tutela judicial efectiva o de negociación colectiva. La solución proporcionada por el medio extrajudicial debe tener atributos similares a una sentencia, si no se garantiza el cumplimiento del pacto o laudo difícilmente se va a optar por un sistema en que la solución que se alcanza queda reducida a un ensayo. En tercer lugar la utilización del medio extrajudicial nunca puede perjudicar el ejercicio de la acción judicial, es evidente que la configuración de un sistema de solución extrajudicial de conflictos no puede tener como contrapartida la limitación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Igualmente será garantía de éxito que la solución que proporcione el sistema extrajudicial no sea una mera propuesta, deberá gozar de estabilidad y deberá ser susceptible de ejecución.

No cabe duda que en el diseño y configuración de un sistema extrajudicial eficaz debe ser referente constante el derecho a la tutela judicial efectiva, en primer lugar porque el éxito de los procedimientos extrajudiciales no puede garantizarse a costa de la limitación de aquel derecho, pero por otro lado la existencia de un régimen impugnatorio que permita replantear el conflicto en todo caso por vía judicial eliminará la virtualidad de cualquier sistema extrajudicial de solución de conflictos, y en buena medida eso es lo que ocurre, como acertadamente señala Desdentado, con muchos de los procedimientos actualmente vigentes como: el arbitraje electoral y el arbitraje ante la CCNCC previsto para los procesos de inaplicación.

Considero muy importante destacar la valoración que realiza el autor sobre el funcionamiento de las comisiones paritarias como instancias de solución de conflictos sobre derechos, al poner en evidencia de un modo muy acertado el error técnico del legislador al reconocer a la interpretación realizada por la comisión paritaria el carácter de norma. Hacer de la interpretación una norma supone contrariar las reglas básicas de la hermenéutica, como puso de mani-

fiesto Larenz en su obra *Metodología de la Ciencia del Derecho*² interpretación es «la «separación», difusión y exposición del sentido dispuesto en el texto», pero: «La intención del intérprete no se dirige ciertamente a desarrollar la norma, sino sólo a conocer y expresar aquel significado que está decretado en el texto». Con el agravante de que considerar norma el dictamen de comisión paritaria anula el efecto resolutorio del conflicto, en tanto en cuanto, las posibilidades de impugnación del mismo son múltiples, y difícilmente se podrá hacer cumplir lo pactado si cualquiera de las partes decide abrir la vía de la impugnación judicial.

Igualmente es destacable como originalidad de la obra la valoración que Aurelio Desdentado realiza respecto de la nula coordinación existente entre la eficacia reconocida a los acuerdos alcanzados en los períodos de consultas de decisiones colectivas, a través de los procedimientos del ASAC, y las posibilidades impugnatorias que sobre los mismos reconoce el legislador; que son múltiples, por vía colectiva e individual, de modo que la existencia del acuerdo no reduce en nada la litigación posterior sobre tales conflictos. Situación muy similar a la que se genera con las posibilidades impugnatorias del laudo, que no solo están relacionadas con la regularidad del órgano arbitral (designación del árbitro, validez del convenio arbitral, laudo *ultra vires*) y cuestiones de procedimiento, sino que además en el ámbito laboral el laudo puede impugnarse por razones de fondo ya que cabe la posibilidad de hacerlo por infracción de normas imperativas, ello permite cuestionar el sentido de la decisión arbitral.

El autor acaba afirmando con rotundidad que sólo se incrementará la efectividad de los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos si se delimita con exactitud la eficacia del acuerdo alcanzado en mediación, de modo que se dé estabilidad a esa solución para que deje de ser una vía previa a la judicial, y para ello es preciso tasar las causas de impugnación a cuestiones de procedimiento no dejando abierta, si bien de un modo solapado, las posibilidades de replantear el conflicto en vía judicial, causas de impugnación que igualmente se han de limitar respecto al arbitraje. Ello dará seguridad jurídica al usuario de estos sistemas de solución, y sin lugar a dudas incrementarán su eficacia.

IV. APUNTE FINAL

Ciertamente la construcción y consolidación de un sistema de solución extrajudicial de conflictos laborales es un proceso largo, laborioso y complejo,

² Barcelona, Editorial Ariel, 1994, pp. 192 y 309.

■ M.^a ISABEL GRANADOS ROMERA

que requiere de un esfuerzo técnico jurídico constante que permita la corrección de sus carencias, y la superación de sus deficiencias, constatadas con su puesta en práctica. Con su ensayo Aurelio Desdentado pone el foco en determinados desaciertos normativos que impiden que los procedimientos extrajudiciales puedan consolidarse como vías de solución eficaces, e indica, desde el más absoluto rigor científico cómo abordarlos para evitar su cronificación y el debilitamiento del sistema, mostrando de este modo su compromiso real con la política del Derecho y su grandeza como jurista.

ACCIDENTE DE TRABAJO: REFORMAS INACABADAS Y RETOS PENDIENTES

MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ
Profesora Titular de la Universidad de Sevilla

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

«Accidentes de trabajo: una reforma necesaria», *Diario La Ley*, núm. 6607, 11 de diciembre de 2006, Ref. D-264.

II. INTRODUCCIÓN

La obra revisitada, de moderadísima extensión, plantea con notable maestría algunas de las cuestiones más conflictivas y relevantes en relación con la regulación de la protección frente al accidente de trabajo, con un diagnóstico muy certero de los problemas que aquejan al ámbito tratado. Aunque algunos han sido resueltos en los quince años transcurridos desde entonces, quedan cuestiones de gran empaque sin afrontar, que intentaré poner de relieve en este breve comentario, mi pequeña aportación al merecido tributo a un jurista cabal, de reconocida valía. El texto de Aurelio Desdentado, que se hace eco de la celebración en octubre de 2006 del Congreso de Magistrados de lo Social en Murcia, ocupa escasas tres páginas que dan de sí lo suficiente para mostrar una radiografía completa de la controversia abordada, ceñida a la grave situación padecida por la protección frente al accidente de trabajo y su necesaria reforma.

III. COMENTARIO

Entrando en el contenido del texto glosado, expone con gran solvencia las principales dificultades enfrentadas en este terreno, con una serie de conclusiones y propuestas, que sintetizaríamos en las siguientes:

Primera. Elaboración de una Ley Integral de Siniestralidad Laboral capaz de superar los graves problemas planteados en relación con la adecuada protección de los accidentes, propuesta de los magistrados de lo social. Subraya las dificultades en el orden procesal, derivadas de la multiplicidad de vías de reclamación, el bloqueo recíproco, el solapamiento de procedimientos y la clamorosa confusión en las competencias judiciales.

Segunda. Incidencia en las altas cifras de siniestralidad laboral del esquema altamente burocratizado del sistema de prevención de la LPRL que no resulta eficiente, con un régimen sancionador que no acaba de funcionar a pleno rendimiento.

Tercera. Posibles efectos negativos del desplazamiento de una parte significativa del coste desde el empresario a la víctima y a la sociedad, por el sistema de financiación inadecuado de las contingencias profesionales (primas que no ponderan la siniestralidad real de cada empresa) y una reparación del daño que tiende a ser inferior a éste.

Cuarta. Complejidad de un sistema de reparación basado en tres mecanismos de cobertura (prestaciones de Seguridad Social, recargo e indemnización civil adicional), con problemas de coordinación y dificultades jurisdiccionales derivadas de la competencia. La reparación resulta insuficiente porque, como se sintetiza de forma muy atinada, las prestaciones solo compensan el daño económico (asistencia sanitaria y pérdida del empleo) y de forma incompleta; el recargo actúa de manera ciega, como un simple incremento de las prestaciones y la indemnización no es integral.

La atenta lectura del texto arroja algunas aportaciones cruciales; entre ellas destacaría la propuesta de simplificación y mejora del sistema de reparación, apostando por una solución que comparto, pero no acogida de forma unánime: la reducción de las vías de reparación a dos: las prestaciones de la Seguridad Social y la indemnización adicional, a fin de lograr la reparación total del daño, desembarazándose de los enojosos problemas de coordinación y prejudicialidad. A ventilar en un único proceso. La tesis divide a la doctrina, con acérrimos defensores de la subsistencia del recargo, debido a su finalidad «preventiva». No obstante, hay un alto grado de consenso a la hora de exigir su actualización o cambios en su regulación, con modificaciones de carácter ra-

cionalizador. Un sector doctrinal se inclina por una interpretación más rigurosa, ligada a su naturaleza sancionadora, postura reflejada en algunas sentencias que exigen para su imposición una infracción concreta y no la general deuda de seguridad. Así, la STS de 28 de febrero de 2019 (núm. rec. 508/2017), de dudosa aplicación universal al responder a unas circunstancias muy concretas, donde el origen del daño se sitúa en el acto (doloso o temerario) de un tercero (jefe de equipo), lo que lleva al Tribunal a desestimar la imposición del recargo, descartando la aplicación de la culpa *in vigilando*, que no juega en el ámbito del derecho sancionador. Sigue siendo necesaria una revisión de las sanciones penales y administrativas, consolidando la eficacia de estas últimas y el refuerzo de los medios de control, así como una mayor atención a las ayudas, bonificaciones e incentivos y a la cultura preventiva.

El objetivo de estas breves notas no es entrar en profundidad en el análisis de este «galimatías», expuesto con maestría por el profesor. Me limitaré a resaltar aquello que se ha resuelto y el camino a recorrer para lograr la mejora de la protección del accidente. Si alguna vez estuvo sobre la mesa acoger la proposición de elaboración del Texto Único, nunca se ha materializado. Por su parte, pese a las expectativas depositadas en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS), prácticamente la única dificultad que solventa es la atinente a la competencia que, como inequívocamente apuntaban los magistrados, ha de corresponder al orden social de la jurisdicción [art. 2.b) LRJS]. La Ley se proclama como el ámbito unitario de la tutela jurisdiccional para el resarcimiento integral del daño causado y pretende «...la concentración en el orden jurisdiccional social de todas las cuestiones litigiosas relativas a los accidentes de trabajo...».

Ahora bien, la situación no ha mejorado en sustancia respecto al «vía crucis judicial» (hasta cinco procesos posibles) denunciado por el magistrado Desdentado, aunque sí en lo relativo a la intervención exclusivamente de dos jurisdicciones (la social y la penal) frente a las cuatro precedentes, minimizándose algunos de los escollos preexistentes. La balanza se inclina por el orden social, incluso si las reclamaciones de daños y perjuicios que entabla el trabajador se dirigen también a otros sujetos responsables del daño, quedando a la jurisdicción civil las acciones entre empresarios y terceros obligados a coordinar la actividad preventiva o frente a sujetos o entidades que hayan asumido la organización de los servicios de prevención [art. 3.b) LRJS]. Por su parte, también entenderá el orden social de las impugnaciones de las resoluciones administrativas recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora.

La recomendación del profesor Desdentado sobre la conveniencia de una acumulación de acciones y/o procesos no es acogida de forma unánime por la

doctrina. Aunque tiene claros valedores, algunos autores estiman que arroja evidentes inconvenientes que no superan a las ventajas en cuanto a celeridad o coherencia que pudiera aportar. En la LRJS ni se ha previsto un procedimiento específico para la reclamación de daños y perjuicios, que transcurrirá por el proceso ordinario, ni las posibilidades de acumulación de acciones se han ampliado notablemente.

Resulta innegable la posibilidad de acumular la acción de indemnización, aun referente a varios sujetos, con la mejora voluntaria, *ex* artículo 25.4 LRJS, opción no exenta de dificultades prácticas. Las reglas previstas podrían ser más diáfanas, pero una exégesis conjunta de los artículos 25.4 y 30.2 LRJS lleva a concluir de forma bastante pacífica la no acumulación de las acciones relativas a las tres vías de «reparación» enunciadas: prestaciones, indemnización y recargo. Entre sí cabría acumular la acción relativa al reconocimiento de la prestación y la correspondiente a la «laboralidad» del accidente (*ex* artículo 26 LRJS) [STS de 24 de enero de 2018 (núm. rec. 593/2016)]. La STSJ de Asturias 9 de abril de 2019 (núm. rec. 193/2019), declara la acumulación indebida de acciones entre la reclamación de indemnización de daños y perjuicios y la impugnación del recargo, dada la diferente e independiente naturaleza de las pretensiones, que han de tramitarse por procedimientos separados y, donde «no concurre lo que constituye la circunstancia básica de necesidad de resolver conjuntamente aquellos procesos que, de seguirse por separado, pudieran dar lugar al dictado de sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes» (art. 30.1 LRJS) (también es acumulación indebida la de las acciones relativas a la consideración de la contingencia como derivada de accidente de trabajo y el recargo, STSJ de Islas Baleares 16 de octubre de 2017, núm. rec. 306/2017).

Más dudas suscita la acumulación entre la impugnación del recargo de prestaciones y la sanción administrativa, admitida por algunos autores con fundamento en el apartado 6 del artículo 25 LRJS, aunque desestimada por algún pronunciamiento judicial (STSJ de Cataluña 25 de noviembre de 2014, núm. rec. 5148/2014), sin que exista, salvo error u omisión, doctrina unificada del TS. Inclusive hay quien acoge el argumento recién esbozado de la acumulación para evitar posibles pronunciamientos contradictorios. Sin duda, las respuestas del legislador podrían haber sido más exactas, con menos incertidumbre en tan compleja problemática.

El artículo 25.5 LRJS incluye una regla de reparto (aunque mal ubicada sistemáticamente) para hacer conocer de los distintos procesos al mismo juzgado o tribunal «que conociera o hubiere conocido del primero de dichos pro-

cesos», siempre que conste dicha circunstancia o se ponga de manifiesto en la demanda, a fin de evitar contradicciones.

También planteaba el autor las interferencias con otros procesos, cuestión abordada por el TS en diversas Sentencias. Por un lado, afirma que la existencia de un procedimiento penal interrumpe el plazo de prescripción de la acción sobre recargo de prestaciones (SSTS de 2 de octubre de 2008, núm. rec. 1964/2007 y 15 de septiembre de 2009, núm. rec. 171/2009); como también lo hace el ejercicio por el trabajador de la acción de reclamación por daños y perjuicios (STS de 14 de julio de 2015, núm. rec. 407/2014). Por otro, se afianza la doctrina en relación con la cosa juzgada positiva sobre la declaración judicial previa de existencia de nexo causal, vinculante entre el recargo y la indemnización, con independencia de su orden (así, en SSTS de 15 de diciembre de 2017, núm. rec. 4025/2016 y 14 de febrero de 2018, núm. rec. 205/2016). Más recientemente, tiende a difuminar la separación entre el incumplimiento que da lugar al recargo y la infracción administrativa, estimando en su Sentencia de 8 de junio de 2021 (núm. rec. 3771/2018) que la declaración judicial sobre inexistencia de infracción y, por ende, de nexo causal entre la conducta de la empresa y el accidente, debe respetarse en el proceso sobre recargo, resolviendo de conformidad con lo decidido en sentencia firme. Con ello se acentúa el viraje hacia una concepción más sancionadora del recargo y parece desvirtuar la previa doctrina sobre la posibilidad de que unos mismos hechos lleven a un examen a efectos del recargo que admita la responsabilidad de la empresa pese a haberse considerado que no encajan en el tipo legal de la sanción impuesta por la Administración (STS de 14 de septiembre de 2019, núm. rec. 846/2015).

En relación con el sistema de cotizaciones, que recibe acertadas críticas del magistrado por su carácter homogéneo respecto a un sector de actividad, se ha intentado cierto reflejo de la situación real de la empresa en materia de siniestralidad y de eficacia preventiva, estableciendo determinadas bonificaciones para los empresarios cumplidores (actualmente en RD 231/2017, de 10 de marzo); sistema que, de todas formas, no acaba de funcionar de forma eficiente y ágil.

Pese a las posibles objeciones al empleo de un sistema de baremo, de indemnizaciones tasadas, propio de regímenes de responsabilidad objetiva, la LRJS anunciaba la elaboración de uno específico para los accidentes de trabajo que, sin embargo, no ha visto la luz transcurridos casi diez años desde su aprobación. Seguimos, por ende, acudiendo orientativamente al de accidentes de tráfico, que actúa como suelo, pero cabe constatar ciertos avances judiciales hacia una reparación, aun cuando no «integral» sí más completa del

daño, debido al perfeccionamiento de la doctrina del TS sobre el carácter único del daño a compensar o indemnizar, la necesidad de valorar los daños de manera «parcelada» en sus distintos componentes (daños físicos y/o psíquicos, morales y económicos –daño emergente y lucro cesante–) y la compensación exclusiva entre conceptos homogéneos. De esta forma, el Alto Tribunal ha fijado reglas claras, reafirmando el carácter de lucro cesante de las prestaciones de Seguridad Social que, por ello mismo, no puede ser imputado a otros conceptos de la reparación, tales como el daño moral (SSTS de 17 de julio de 2007, núm. rec. 4367/2005; 12 de julio de 2013, núm. rec. 2294/2012; 21 de noviembre de 2018, núm. rec. 3626/2016; incluyendo las mejoras voluntarias, STS de 10 de enero de 2019, núm. rec. 3146/2016).

A mi juicio, un paso esencial viene representado por la introducción en la LRJS de una regla sobre carga de la prueba (art 96.2) que favorece la posición procesal del trabajador accidentado y, con ello, mejora su protección frente al accidente de trabajo ya sufrido. En puridad, no se trata de una objetivación de la responsabilidad sino de un fiel trasunto de la regla de la facilidad probatoria y la posición de garante ostentada por el empresario en las normas sustantivas. Reparto que se justifica en el deber de seguridad fundado en los poderes organizativos y directivos del empresario, que decide los aspectos del desarrollo de la relación laboral y, por tanto, es también quien aporta y controla los mecanismos de seguridad, siendo las obligaciones del trabajador secundarias y menos enérgicas, debiendo corresponder al primero demostrar que desplegó la diligencia exigible o que concurren circunstancias eximentes o atenuantes de su responsabilidad.

IV. APUNTE FINAL

La breve extensión del trabajo no resta un ápice de maestría a la aportación, despertando aún hoy el interés, que debiera plasmarse en reflexiones pausadas, globales y rigurosas sobre el sistema de responsabilidades en materia preventiva. El complejo cuadro reparador–sancionador previsto no arroja un balance excesivamente positivo en orden a la disminución de la siniestralidad laboral, que en los últimos años responde a factores bien diversos. Además, la bajada de las cifras de accidentes se acompaña de un llamativo incremento de otros riesgos ligados a las nuevas tecnologías y la organización del tiempo de trabajo, que provocan un deterioro silencioso de la salud y que plantean más dificultades, si cabe, a la hora de su adecuada reparación con la tríada comentada.

Como apuntara con acierto el profesor Desdentado, en la siniestralidad incide el «esquema altamente burocratizado del sistema de prevención de la LPRL que no resulta eficiente y con un régimen sancionador que no acaba de funcionar a pleno rendimiento». Sus palabras se vertían pasados escasos tres años de la única reforma de peso operada en la LPRL (Ley 54/2003, 12 diciembre). Transcurridos más de veinticinco desde su aprobación, seguramente es momento de repensar algunos de los elementos centrales del sistema preventivo y punitivo-reparador vigente en nuestro país y en su retroalimentación y desfases.

DEFENSA DE LA CONTRACTUALIZACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

JESÚS LAHERA FORTEZA
Catedrático de Derecho de la Universidad Complutense

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

«La ultraactividad en el Tribunal Supremo. Un comentario a la sentencia de 22 de diciembre de 2014», *Revista de Información Laboral 2015*, núm. 3.

II. UN DIÁLOGO SOBRE LA CONTRACTUALIZACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO CON AURELIO DESDENTADO

Tras la STS de 22 de diciembre de 2014, tuve oportunidad en un seminario conjunto con Aurelio Desdentado y Tomás Sala, celebrado en el despacho Abdón Pedrajas, de compartir ideas sobre esta construcción jurisprudencial de la contractualización del convenio colectivo. Este diálogo terminó confluyendo en la necesidad de abrir nuevas lecturas contractualistas de la negociación colectiva española. Fue un diálogo de enorme interés e influencia para mí y que, ahora, muestra continuidad con esta aportación, ya de manera atemporal, desde el recuerdo a la memoria de una persona excepcional.

III. LA CONTRACTUALIZACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO POR INTEGRACIÓN Y LA ADECUADA SALIDA PARA EVITAR UN VACÍO

La ultraactividad anual del artículo 86.3 ET, tras la reforma laboral de 2012, prevé la aplicación del convenio superior, ante la falta de acuerdo,

pero no ofrece ninguna solución expresa ante la ausencia de convenio aplicable. Ante esta laguna legal, la STS de 22 de diciembre de 2014 ofrece la salida de la «contractualización» de las condiciones convencionales, que evita el vacío, tan solo ocupado por las normas laborales.

Cabe recordar brevemente la argumentación jurídica, de esta construcción jurisprudencial. En palabras del FD 3 de la STS de 22 de diciembre de 2014: «cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia. Y ello es así no porque las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento, sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente». Una vez perdida la vigencia del convenio colectivo tras la finalización de la prórroga legal anual, en las circunstancias del artículo 86.3 ET, «esas condiciones contractuales, carentes ya de ese sostén normativo del mínimo convencional, podrán ser modificadas, en su caso, por la vía del artículo 41 ET» y «por la misma razón, los trabajadores de nuevo ingreso carecerán de esta malla de protección que brindaba el convenio fenecido». Esta solución evita una alteración sustancial de las condiciones para ambas partes, trabajador y empresario, que «transformaría las bases esenciales del propio contrato y el equilibrio de las contraprestaciones», puesto que las condiciones laborales de un trabajador están reguladas en «su contrato de trabajo». Cabe recordar también el rechazo de los votos particulares a esta construcción de la contractualización porque «el convenio no se incorpora al nexo contractual», sino que opera desde «fuera como norma», por lo que la continuidad, en su caso, de su contenido, tras un vacío convencional, solo puede provenir de otro tipo de argumentación jurídica sustentado en principios generales como la buena fe o la equivalencia de prestaciones o, incluso, la propia dignidad humana o suficiencia de las retribuciones.

La propuesta de Aurelio Desdentado, en esta publicación, es favorable a la solución adoptada de la contractualización pero crítica con el argumento mayoritario que la sustenta, demasiado centrado en el papel regulador del contrato. A la vez, el autor es especialmente crítico con los votos particulares, que operan sobre una no defendible «separación absoluta entre la regulación convencional y la contractual».

Su defensa de la «contractualización» parte de la conexión entre los artículos 3 y 9.1 ET. Si el artículo 3 ET establece que el contrato de trabajo no puede establecer condiciones laborales inferiores a las convencionales, siendo

aplicables estos mínimos ante la ausencia de mejora pactada, el artículo 9.1 ET prevé que, si se produce una infracción de esta regla, la cláusula contractual es nula y es sustituida por la convencional. En estos términos, «el contrato se completa» a través de la regulación convencional, existiendo, en este sentido, «contractualización», sin generación en ningún momento de una condición más beneficiosa. Se afirma, así, «en el contrato hay cosas que pone el propio contrato y otras que proceden de fuera», pero ese «todo» forma parte del contrato. Acierta, en este sentido, la sentencia al poner el foco en el contrato de trabajo; pero «la condición convencional pasa al contrato sin dejar de ser tal; entra y se queda en él, aunque no tiene origen contractual», lo que permite aplicar las reglas internas de concurrencia y sucesión de las cláusulas convencionales.

Desde esta premisa, razonada desde dentro del sistema, Aurelio Desdentado defiende, ante la laguna legal del artículo 86.3 ET, la solución de la sentencia, compatible con la finalidad legislativa de acabar con las resistencias a renovar los contenidos convencionales y evitar la petrificación de unidades convencionales obsoletas. El resultado buscado por la Ley puede, así, «lograrse de la forma menos costosa a través de una contractualización de las condiciones convencionales», ya sin la fuerza vinculante del artículo 3.1.c ET, solo presente durante la vigencia o ultraactividad legal del convenio colectivo, pero evitando el alto coste del vacío, existiendo, a la vez, la salida flexible, en su caso, de modificación causal del artículo 41 ET. Una solución jurisprudencial, afirma Aurelio, «moderada» y equilibrada, con pleno encaje legal y que cubre la llamativa laguna del artículo 86.3 ET.

Coincido con esta inteligente aportación de Aurelio Desdentado y creo, además, que la construcción de la contractualización, sobre la base de los artículos 3 y 9 ET, puede entroncar, como defendí en su momento, con el artículo 1258 CC, al disponer que «los contratos obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley», que, en el ámbito laboral, se extienden a la propia regulación convencional¹. La integración del artículo 1258 CC, en conexión con los artículos 3 y 9.1 ET, conlleva, así, la contractualización del contrato colectivo en cada contrato individual de su ámbito, pues el trabajador es contratado, como un todo, con esas determinadas condiciones salariales y laborales. La fuente de obligaciones laboral colectiva, expresada en el artículo 3.1.b ET, integra el contenido del contrato individual y, aún desde una autonomía colectiva con sus reglas internas, forma parte

¹ LAHERA FORTEZA, J., «La contractualización del convenio colectivo: una lectura contractualista», *Derecho Relaciones Laborales* 2015, núm. 1.

intrínseca de su contenido. La desaparición del convenio colectivo, sin que exista otro de ámbito superior en esta integración, conlleva, por tanto, la contractualización, en los términos de la STS 22 de diciembre de 2014, confirmada, luego, por otras como las SSTS de 23 septiembre de 2015, 18 de mayo de 2016, 22 de junio de 2016, 20 de diciembre de 2016 y 24 de enero de 2018² sin ya votos particulares.

IV. UNA LECTURA CONTRACTUALISTA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La consolidada construcción jurisprudencial de la contractualización ha sido una oportunidad para repensar la tradición normativista del convenio colectivo, que observa la regulación convencional desde fuera del contrato. La teoría de la integración contractual, defendida por Aurelio Desdentado, no entra en el debate de la naturaleza jurídica del convenio colectivo, pero sí rompe la rigidez normativista que separa, como compartimentos estancos, o, como él afirma, «en una visión leibniziana de las fuentes de la relación laboral», convenio y contrato, como «mónadas que no se comunican entre sí». Es en esta aguda crítica a los votos particulares de la sentencia donde más se aprecia por parte de Aurelio una lectura contractualista, o al menos no normativista en sentido tradicional, de la negociación colectiva.

Seguramente, su tesis se puede defender desde una naturaleza contractual o normativa del convenio colectivo, pero ya integra, desde «dentro del contrato de trabajo», lo regulado en el convenio colectivo, en un cambio de perspectiva sustancial. No es casual la mención del artículo a la construcción italiana de «contrato colectivo normativo», donde el contenido del convenio se incorpora a cada contrato individual. La teoría del contrato colectivo vinculante, elaborada por la doctrina³, habría ofrecido una cobertura jurídica perfecta a esta sentencia, pero, desde el peso de la tradición normativista, esta salida de la integración, por la vía de los artículos 3 y 9.1 ET y 1258 CC, habría sido también idónea. La necesidad de una nueva lectura contractualista de la nego-

² MONREAL BRINGSVAERD, E., *Vigencia ordinaria de los convenios colectivos, ultraactividad y contractualización judicial de condiciones de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018

³ VALDÉS DAL-RE, F., «La eficacia jurídica de los convenios colectivos», *Temas Laborales* 2004, núm. 76; DURÁN LÓPEZ, F., «Los convenios colectivos, el sistema de fuentes y las relaciones laborales», en AA. VV., *Estado Social y autonomía colectiva*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 2006, y «Ultraactividad, sentido y alcance: propuesta de contractualización», *Relaciones Laborales* 2014, núm. 9; LAHERA FORTEZA, J., «La eficacia jurídica y personal de los convenios colectivos», en Dir. Monereo, J. L., *El sistema de negociación colectiva en España*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2013.

ciación colectiva, en consonancia con experiencias de derecho comparado, por la vía de la integración normativa, o por la más directa de la teoría del contrato colectivo vinculante, sobrevuela en estas reflexiones, como pude constatar en el diálogo mantenido con su autor en el antes mencionado seminario conjunto.

La reforma 2012 en ultraactividad anual ha sido útil en la modernización de la negociación colectiva de eficacia general, permitiendo además frecuentes pactos colectivos en contra, y abre la puerta a estas lecturas contractualistas. Es, en este sentido, oportuna la mención de Aurelio Desdentado al derecho comparado, constatando experiencias donde es la Ley la que recoge expresamente la contractualización tras el fin de la ultraactividad temporal. Es la opción, creo, que se debería adoptar en la anunciada reforma laboral, con este apoyo jurisprudencial, sin volver a una contraproducente ultraactividad indefinida, que reproduciría problemas del pasado⁴.

Era Aurelio Desdentado un referente en el intercambio entre Derecho y Economía, así como en el análisis de incentivos normativos de los actores laborales. Era también un jurista abierto a nuevas perspectivas jurídicas y que no se encorsetaba en tradiciones heredadas. Esta publicación suya, abierta a la contractualización del convenio colectivo y favorable a la ultraactividad temporal por los incentivos positivos creados, condensa ambas cualidades de un excelente jurista.

⁴ LAHERA FORTEZA, J., *La reforma de la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 200-202

PROCESO LABORAL Y DESPIDOS COLECTIVOS

MARÍA JOSÉ LOPERA CASTILLEJO
Profesora Titular de la Universidad de Zaragoza

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

«Problemas procesales del despido colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 169, Civitas, 2014, pp. 55-81.

II. INTRODUCCIÓN

Afronta de lleno el autor, en este artículo doctrinal, la problemática procesal de la normativa reguladora de los despidos colectivos que, según advierte, ante la compleja pluralidad de vías de impugnación, plantea graves dificultades de coordinación, aún no del todo resueltas en la normativa reguladora de la jurisdicción social, tras la reforma de 2012. Del complicado entramado legal, cuya relevancia resulta indudable, identifica con precisión los problemas suscitados, fundamentalmente consistentes en el aumento de la litigiosidad, y la demora excesiva de la resolución final de los despidos colectivos. Alerta, así, de lo que considera constituye uno de los puntos débiles de la reforma, cuya regulación no estima adecuada para su resolución, por lo que apunta una propuesta de solución que, a su juicio, podría haber resultado más conveniente, de integración de las impugnaciones colectivas e individuales en el mismo proceso.

III. COMENTARIO

1. Contexto y estructura de la obra

Como presentación general, en el sumario se parte del nuevo sistema de impugnación de los despidos colectivos (1), que establece el artículo 124 de la Ley 36/2011 (LJS), donde la sucesión acelerada de regulaciones (2), por Ley 3/2012 y Ley 1/2014, ha suscitado problemas, y la necesidad de determinar la normativa procesal aplicable en el tiempo. En cuanto a las partes del proceso (3), se aborda el carácter colectivo del proceso y la exclusión de los trabajadores despedidos; la legitimación de las comisiones *ad hoc*; los grupos de empresa en el proceso de despido colectivo; y el alcance de las situaciones litisconsorciales: despido económico en empresa pública controlada por entidad local. Se trata, también, la dimensión colectiva del objeto del proceso (4), los límites de la llamada «acción de jactancia» de la empresa (5), y la sentencia (6), particularmente, su naturaleza: ¿meramente declarativa o de condena?; la calificación del despido y el debate sobre el alcance del control judicial; y la congruencia de la sentencia colectiva. Termina esta estructura con la formulación de unas conclusiones (7), por parte del autor, sobre la adecuación de esta regulación procesal para resolver los problemas que surgen en la impugnación de los despidos colectivos, y que acompaña con una propuesta de solución. Son algunas de estas cuestiones más destacadas del contenido, con su correspondiente aportación, las que exponemos a continuación.

2. Contenido y aportación

El nuevo sistema de impugnación de los despidos colectivos, que contempla el extenso artículo 124 LJS, tras las Leyes de 2012 y de 2014, suscita, por su complejidad, graves problemas de coordinación, y exige articular las correspondientes acciones, ante la pluralidad de vías de impugnación y su posible acumulación. Precepto este que no solo ordena la modalidad procesal de impugnación del despido colectivo, sino también parte de otra, que es la impugnación individual del despido cuando este tiene su origen en un cese colectivo. Presenta, así, la modalidad un doble despliegue: la acción ordinaria de impugnación del despido colectivo y la acción de reconocimiento de la procedencia del despido, del número 3 del precepto. Ello se complica, además, al haberse optado por una pluralidad de vías de impugnación ordenadas en modalidades de distintos preceptos, dado que, a la impugnación colectiva del des-

pido y la individual del artículo 124 LJS, cabe añadir otras dos: la impugnación de oficio del acuerdo en período de consultas por la Administración, del artículo 148.b) LJS, y la impugnación frente a la autorización de la extinción por fuerza mayor, del artículo 151 LJS.

En cuanto a las partes del proceso, a la vista de los números 1 a 4 del artículo 124 LJS, se afirma que estamos claramente ante un proceso colectivo, y que, en principio, la entrada en él queda reservada a los sujetos colectivos. Idea que el autor deja ya expuesta, de forma elocuente, en el mismo epígrafe inicial de este apartado, que refiere al carácter colectivo del proceso y la exclusión de los trabajadores despedidos. Menciona el problema, de especial gravedad, planteado en el supuesto de la STS de 26 de diciembre de 2013 (rec. 28/2013), en el que había existido acuerdo en el período de consultas. La empresa ejerció la acción de reconocimiento de la procedencia del despido (art. 124.3 LJS), y dirigió la demanda contra el comité de empresa y los miembros de la comisión negociadora que habían firmado el acuerdo, ante lo que varios trabajadores despedidos comenzaron a comparecer en el proceso, como demandados, para oponerse a la pretensión de la empresa. A propósito de lo cual, se recuerda el criterio consolidado del propio TS, y del TC, según el cual, la apertura del proceso a los trabajadores individuales desestabilizaría el resultado de la negociación en el período de consultas si, aun cuando los representantes hubieran llegado a un acuerdo, pudiera abrirse una impugnación colectiva por parte de trabajadores individuales, que tendrían la posibilidad de cuestionar no solo su despido, sino todos los acordados.

Respecto a la legitimación de las comisiones *ad hoc* en el proceso, señala que estas tienen atribuida la facultad de negociar, en nombre de los trabajadores, en el período de consultas, en virtud de lo dispuesto en los arts. 51.2 y 41.4 ET, pero no están expresamente reconocidas, como legitimadas, en el artículo 124.1 LJS que, al referirse a los representantes legales o sindicales, está aludiendo a las secciones sindicales y a los órganos unitarios de representación en los términos del artículo 41.4 ET. Ante lo que se plantea, la posibilidad de admitir la legitimación de estas comisiones en el proceso, como consecuencia lógica de su legitimación para negociar en el período de consultas, que lleva necesariamente a responder de lo acordado en los procesos correspondientes. Conclusión que ratifica la STS de 18 de marzo de 2014 (rec. 114/2013), y que comparte el autor. Por lo que se admite que la comisión *ad hoc* ha de ser incluida en el concepto de representación legal, a los efectos del artículo 124 LJS, sin perjuicio de reconocer que su entrada en el proceso no está exenta de problemas, por cuanto, al no tener personalidad jurídica, deberán actuar todos sus miembros, o aquel al que se le conceda representación. Mientras que, del gru-

po de empresas, destaca que no tiene capacidad para ser parte en el proceso de despido colectivo, aunque sí puedan entrar en él las sociedades que forman el grupo. Ilustrando los problemas que aquí surgen con la misma STS de 18 de marzo de 2014, donde se admite la posibilidad de que los representantes de los trabajadores opten por demandar solo a una de las empresas del grupo, aunque el pronunciamiento únicamente afecte a la demandada, frente a la que procederá la ejecución.

Por lo que refiere al objeto del proceso, resulta notoria su amplitud, con solo atender a las dos formas que el artículo 124 LJS contempla para adoptar la decisión de despido: la decisión extintiva unilateral por parte del empresario, y el acuerdo para despedir concluido con los representantes de los trabajadores. Evidenciándose, así, que dicho objeto no es solo la impugnación de la decisión unilateral de despido del empresario, sino también el acuerdo que aprueba la decisión de despedir. Con lo que todo el contenido de esa decisión o acuerdo es susceptible de impugnación, y lo que se impugna ha de tener una dimensión colectiva, ya se refiera a la decisión extintiva en sí, o a sus medidas complementarias. Y al ser el mismo artículo 124. 2 LJS el que remite, al proceso individual, la aplicación de las reglas de prioridad de permanencia, viene a concluir, en consonancia, la STS de 21 de mayo de 2014 (rec. 182/2013) que la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores no puede ser examinada en el seno del procedimiento de despido colectivo.

En cuanto a los límites de la llamada «acción de jactancia» de la empresa, el autor retoma la STS de 26 de diciembre de 2013 (rec. 28/2013), ya mencionada a propósito de las partes del proceso, donde la exclusión de la entrada de los trabajadores individuales, como partes interesadas en el proceso de impugnación colectiva del despido, crea el problema de la posible indefensión los trabajadores afectados cuando ejerce la empresa la acción del artículo 124.3 LJS, en la que se pretende el reconocimiento del despido como ajustado a derecho, pretensión esta que se viene denominando «acción de jactancia». Planteaba la Sentencia que, si no hay sujeto colectivo que se oponga a la pretensión de la empresa y no es posible la entrada de los trabajadores individuales, hay que excluir el proceso del artículo 124 LJS, porque se puede producir un proceso sin contradicción real, del que derive una eventual decisión sobre la procedencia de los despidos que tendrá efecto positivo de cosa juzgada en los procesos individuales pendientes. Los trabajadores quedan sin posibilidad efectiva de defensa, puesto que, en el proceso individual, la sentencia colectiva lograda sin oposición será vinculante (art. 124. 3, *in fine*, y 13.b).

Mencionando expresamente la finalidad de la reforma laboral, de simplificar y objetivar las causas del despido, advierte el autor sobre sobre el riesgo

de que la falta de consenso en los órganos judiciales del orden social dificulte el logro de la mayor seguridad jurídica pretendida. Así, con respecto al debate sobre el alcance del control judicial, tras exponer las dos orientaciones: la primera, que el control debe limitarse a verificar la existencia de la situación negativa y a comprobar que los despidos se corresponden con esta, y la segunda, que apunta a un enjuiciamiento en términos de mayor exigencia de ponderación de sacrificios en la línea del despido, considera que constituye un error grave marginar la regulación legal y proyectar, sobre el enjuiciamiento de los despidos colectivos, el juicio de proporcionalidad. Dado que el órgano judicial tiene que respetar, por mandato expreso de la ley, el ámbito de la discrecionalidad empresarial, lo que determina que no estemos ante un control de óptimos, construido a partir de un juicio de ponderación, sino ante un control de razonabilidad, que supone que, cuando se concede a un sujeto una facultad discrecional, como es dirigir su empresa en el caso del empleador, este puede elegir entre diferentes opciones, y el órgano judicial no puede revocar esta decisión razonable porque considere que otras medidas resultan preferibles en el plano técnico o en el moral. Por lo cual, estima que esta exigencia ha de mantenerse, aunque la reforma de 2012 haya prescindido de esta referencia a la razonabilidad. Y que debe, por tanto, entenderse, en el sentido que parece darle la STS de 16 de abril de 2014 (rec. 57/2013), aquí citada, como simple juicio de adecuación entre la situación negativa y los despidos acordados, y no como una ponderación de sacrificios.

IV. APUNTE FINAL

A modo de valoración, cabe resaltar la rotunda claridad expositiva con que el autor identifica las cuestiones relevantes de esta compleja regulación, advirtiendo, desde su autorizada opinión, sobre los graves problemas de coordinación que plantea la multiplicación de las vías de impugnación, susceptibles de crear distintos pleitos con el objeto de combatir el mismo despido colectivo. Lo que acompaña con ilustrativas sentencias del Tribunal Supremo, que constituyen auténticos casos clave, que deciden sobre las nucleares cuestiones referidas, en ocasiones también, incorporando interesantes votos particulares, que vienen a añadir más luz, como complementarias aclaraciones. Desarrolla, así, sus explicaciones con abundantes argumentos de refuerzo, y muestra su preocupación por lograr una solución uniforme, y menos costosa en términos de procedimiento, que propicie mayor seguridad jurídica, para lo que termina formulando su propuesta de solución más conveniente.

Puede decirse, además, que se han confirmado los augurios del autor sobre que «tarde o temprano aparecerá en la casación» la grave problemática apuntada. Valga, como muestra, la doctrina de la STS de 2 de julio de 2018 (rcud. 2250/2016) –reiterada por STS de 29 de noviembre de 2018 (rec. 2887/2016)–, al concluir que, en pleito individual, no se puede discutir la causa del despido colectivo finalizado con acuerdo de los representantes de los trabajadores, y donde manifiesta que lo que allí se trata es de establecer si la existencia del acuerdo no solo goza en los pleitos individuales de esa singular eficacia reconocida en los pleitos colectivos, sino que va incluso más allá, hasta el punto de impedir que pueda cuestionarse la concurrencia y justificación de las causas del despido colectivo que ya han sido asumidas por los representantes legales de los trabajadores. Solución que pasa por destacar que uno de los pilares, sobre los que descansa el régimen jurídico de los despidos colectivos, es el de incentivar y dar especial relevancia a la consecución del acuerdo entre empresa y trabajadores durante el período de consultas, para ofrecer una misma solución a la situación jurídica de todos los trabajadores afectados por el despido. Siendo la mejor evidencia de ello, la atribución de eficacia de cosa juzgada sobre los pleitos individuales a la sentencia que se dicte en el procedimiento de impugnación colectiva del despido, y la amplia legitimación reconocida, para plantear el procedimiento, a la representación unitaria y sindical de los trabajadores, a la autoridad laboral, e incluso a la propia empresa.

Si bien esta interpretación mayoritaria de la Sala no la asume el Voto Particular, por considerar que el resultado práctico viene a ser, entonces, que el acuerdo en las consultas acaba teniendo un valor similar al de cosa juzgada, en la medida en que se impide cuestionar la concurrencia de la causa habilitante en el pleito individual. Aunque aclare que no se trata de cuestionar «la muy razonable construcción» de la jurisprudencia sobre el valor reforzado que posee el acuerdo alcanzado en el procedimiento de negociación del despido colectivo.

Con todo, de lo que no cabe duda es que el autor ha dejado identificados importantes problemas, sobre los que ya alertó constituyan puntos débiles de la reforma de la LJS, que aún siguen, en buena medida, sin resolver, y que no parece hayan remitido, por más que la finalidad subyacente de la reforma legal fuese la de procurar que la impugnación colectiva asuma un mayor espacio.

LA INFLUENCIA DE LARGO CABALLERO EN LA FORMACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO ESPAÑOL DESDE LA PERSPECTIVA DE AURELIO DESDENTADO BONETE

JOSÉ EDUARDO LÓPEZ AHUMADA
Profesor Titular de la Universidad de Alcalá

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

«Largo Caballero: el Derecho del Trabajo entre la reforma y la revolución. Al margen de dos biografías», *Información Laboral*, núm. 6, 2018 [BIB 2018\10344] (47 pp.).

II. INTRODUCCIÓN

Sean las primeras palabras, aunque sea sucintamente, de reconocimiento a un jurista del trabajo extraordinario, de grandísima relevancia en referencia a su aportación intelectual a la disciplina del Derecho del Trabajo español. Es para mí ciertamente un privilegio poder comentar este estudio, conectado con el proceso de formación y evolución del Derecho del Trabajo, que además es una de mis líneas específicas de investigación en nuestra área de conocimiento. Sea igualmente necesario hacer constar mi más profundo sentimiento de pesame por la pérdida de nuestro colega, aprovechando el momento para hacer llegar nuestras condolencias a la familia, compañeros, discípulos y amigos de Aurelio Desdentado Bonete y, con ello, por extensión, al conjunto del laboralismo y de la judicatura.

En mi caso, voy a contribuir al homenaje Aurelio Desdentado Bonete analizando el trabajo titulado: «Largo Caballero: el Derecho del Trabajo entre la reforma y la revolución. Al margen de dos biografías». Dicho estudio de investigación analiza el papel decisivo e influyente de Largo Caballero en la conformación del Derecho del Trabajo español. En este trabajo se realiza un importante análisis sobre los principales cambios producidos en la legislación laboral española, abarcando un amplio período de tiempo, que transcurre desde la Restauración española, pasando por la dictadura de Primo de Rivera, para desembocar finalmente en la Segunda República. Es decir, se trata de un recorrido dilatado, que aborda los principales cambios producidos en las leyes de trabajo, producidos en tres regímenes políticos distintos: una monarquía, una dictadura y, finalmente, un sistema republicano. Y, todo ello, unido al hilo conductor relativo a los cambios normativos laborales influenciados por la figura de Largo Caballero.

III. COMENTARIO

Sin duda, la relevancia del trabajo reside en la conexión del personaje histórico con la propia evolución del Derecho del Trabajo. Se analizan los avances o retrocesos en la legislación laboral, que tienen como fundamento el protagonismo de Largo Caballero a la hora de su aprobación. Este análisis se realiza contextualizándolo históricamente y conectándolo con su concreto ideario social. Precisamente, por ello, se trata de un trabajo sumamente original e innovador, que no se centra de forma general en las instituciones laborales del momento, sino que de forma novedosa analiza el impulso de aquellas reformas y contrarreformas, que se produjeron inspiradas o motivadas por la acción de Largo Caballero. De igual modo, el trabajo es muy importante, porque no solamente se limita a realizar un estudio estático del avance del Derecho del Trabajo en las tres primeras décadas de nuestra historia, sino que además contextualiza dichos cambios en el propio devenir histórico. A estos efectos, el autor se apoya en la bibliografía histórica e iuslaboralista sobre la materia. Se realizan importantes referencias históricas, apoyadas en la mejor doctrina especializada en esta etapa de nuestra historia contemporánea¹.

¹ El análisis del papel protagonista de Largo Caballero y su influencia en la legislación laboral se realiza apoyándose en importantes referencias al personaje histórico. A estos efectos destaca, por un lado, las propias memorias del político. *Vid.* LARGO CABALLERO, *Mis recuerdos*, Ediciones Unidas S.A., México, 1976. De igual modo, debemos apuntar la relevancia del trabajo elaborado por Largo Caballero, titulado «Notas históricas de la guerra de España. 1917-1940». Dicho trabajo, junto con un estudio introduc-

1. Contexto y estructura de la obra

El trabajo objeto de comentario se contextualiza en el amplio período de evolución de las incipientes leyes obreras, influidas en virtud de la acción de Largo Caballero. Como decía, se analiza una compleja sucesión de distintas disposiciones normativas, que se desarrollaron durante una monarquía parlamentaria, una dictadura y un régimen republicano. En este sentido, resalta el papel de Largo Caballero en la orientación de los principales cambios normativos laborales, tan decisivos en la formación de nuestro Derecho del Trabajo. El estudio comienza con el análisis de su intervención como representante obrero en el Instituto de Reformas Sociales, durante la etapa final de la Restauración. De igualmente, se presenta la polémica situación de colaboración institucional mantenida por Largo Caballero durante el régimen corporativo de la dictadura de Primo de Rivera. Posteriormente, se prosigue el estudio con el decisivo protagonismo de Largo Caballero como Ministro de Trabajo, precisamente durante el desarrollo del denominado bienio progresista de la Segunda República. Se destaca especialmente la acción de Largo Caballero en este mandato como Ministro de Trabajo, pues se trata evidentemente de una época dorada, en la medida en que se produce un importante avance en la conformación de nuestro moderno Derecho del Trabajo. De igual modo, el estudio analiza la acción de Largo Caballero en la crisis producida a finales de 1933. Dicha situación daría lugar a la insurrección de octubre de 1934 y posteriormente al inicio de la guerra civil y con ello al advenimiento de la dictadura de Franco.

2. Contenido y desarrollo del trabajo de investigación

El trabajo comienza con un análisis de la labor de Largo Caballero durante la Restauración. Se trata de un primer bloque explicativo de la acción del líder socialista en el marco del incipiente modelo de relaciones laborales. La primera etapa que se analiza se refiere a el impulso político sindical realizado en el periodo de la Restauración, comprendiendo los años 1869 a 1933. Se trata esencialmente de una etapa de formación de una conciencia realmente obrera, en la que queda patente el deseo del personaje histórico por el impulso

torio, se encuentra publicado por S. JULIÁ, con el título *Escritos sobre la República*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1985. Por lo que se refiere a otros trabajos de referencia, conviene destacar las siguientes biografías. Vid. FUENTES, J. F., *Largo Caballero, el Lenin español*, Editorial Síntesis, Madrid, 2005. AROSTEGUI, J., *Largo Caballero. El tesón y la quimera*, Debate, 2013.

decidido al asociacionismo obrero. Desde esta perspectiva, Largo Caballero concebía la asociación con fines laborales como un mecanismo imprescindible para propiciar el avance en la justicia social y en la compensación del liberalismo decimonónico.

Posteriormente el trabajo desarrolla una especial referencia al papel desempeñado por Largo Caballero durante la dictadura de Primo de Rivera. En este apartado se analiza como Largo Caballero se adaptó al propio sistema corporativista, surgido después de la crisis del sistema de la Restauración. Concretamente, se destaca que tanto Largo Caballero, como el socialismo en general, tuvieron que adaptarse al nuevo régimen, ocupando una posición representativa. En este apartado destacamos igualmente el análisis del fin de la dictadura y la caída de la monarquía.

Un lugar especialmente importante ocupa el protagonismo de Largo Caballero durante la Segunda República española. El autor realiza magistralmente una alusión a esa referencia a los grandes giros y adaptaciones que tuvo que hacer Largo Caballero, denominándose dicho proceso de revolución a la reforma y de la reforma a la revolución. De esta manera se refleja la importante labor realizada durante la experiencia republicana. El autor estudia la política laboral del primer bienio republicano, desde una perspectiva crítica y, posteriormente, contrapone la labor realizada durante el bienio conservador, en la que se produce una rectificación en la política laboral. Desde esta perspectiva, dicho cambio político dio lugar a una revisión en profundidad de la obra de Largo Caballero. Posteriormente, se analiza el proceso de radicalización vivido en la República, que desembocó en la revolución de octubre. Se trata, pues, de un nuevo giro en esa tendencia a la rectificación de la labor profusa realizada durante el primer bienio progresista. En la última etapa de radicalización se reflexiona sobre la labor realizada por el Frente Popular, dando lugar a un proceso que desembocaría finalmente en la guerra y que provocaría en muchas circunstancias situaciones de exilio obligado para muchos españoles.

3. Aportación desde el punto de vista del análisis de la formación del Derecho del Trabajo español

Desde el punto de vista de la aportación del trabajo al Derecho Laboral español, se sostiene que los cambios normativos impulsados por Largo Caballero eran una respuesta y suponían un alejamiento a la concepción liberal ortodoxa. Se trataba de una labor de reformismo, que ya estaba presente en la etapa de la Restauración, debido a la acción del personaje histórico en el Ins-

tituto de Reformas Sociales. Posteriormente, Largo Caballero tuvo que adaptarse ante la crisis de la Restauración, buscando un acomodo en el propio sistema corporativista de la dictadura de Primo de Rivera. En este ámbito destaca la influencia en la denominada codificación limitada de las normas laborales, con reglas específicas protectoras. No obstante, el modelo gravitó en el establecimiento de un régimen corporativo para la regulación de las relaciones laborales y de la resolución de los conflictos colectivos. Con carácter general, se respetaron las normas que consagraban la libertad de asociación sindical y tampoco se produjo una ilegalización del derecho a la huelga. No obstante, el sindicato quedaba fuera del sistema y su papel era ciertamente limitado en un modelo corporativo, que no permitía un libre desarrollo de la regulación autónoma de las condiciones de trabajo y de la solución de los conflictos colectivos.

Con el declive de la dictadura de Primo de Rivera y la llegada de la Segunda República, se produce durante el primer bienio republicano una impresionante ampliación de la legislación de trabajo. Este proceso permitió un avance significativo hacia un incipiente Derecho del Trabajo. Durante esta etapa, Largo Caballero desempeñó el cargo de Ministro de Trabajo impulsando un auténtico programa de reforma laboral estructural. Sin duda, la norma esencial en esta materia fue la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931. Dicha norma se presentaba como la primera disposición legal completa y transversal de ordenación del contrato de trabajo en nuestro ordenamiento jurídico. La Ley contenía un texto actualizado, moderno y marcadamente progresista para la época, intentando buscar un nuevo equilibrio en el ámbito de las relaciones laborales. Asimismo, destaca en esta materia la incorporación de los jurados mixtos, que sustituyeron a los comités paritarios de la dictadura de Primo de Rivera. Posteriormente, en esta materia se produciría la principal rectificación durante el bienio conservador. Ello supuso una revisión de la obra de Largo Caballero, coincidiendo con su salida del Ministerio de Trabajo. Durante esa etapa se produjo una reforma de la legislación de los jurados mixtos, que configuraba a esta figura con un rol más conservador, desmarcándose de su perfil originario.

La revisión de la obra del primer bienio republicano continuó con la insurrección de octubre de 1934, a raíz del proceso de radicalización política experimentado en la república española. Desde esta perspectiva se revisó igualmente la figura de los jurados mixtos que fueron suspendidos. Durante esa etapa se produjo la judicialización de los jurados mixtos y al mismo tiempo se vinieron a suprimir los tribunales industriales, produciéndose con ello una unificación de la justicia laboral. Igualmente se forzó el derecho a la huelga,

considerando como causa legítima de rescisión de los contratos de trabajo la declaración de la huelga por cuestiones ajenas al trabajo (es decir, por motivos políticos) o cuando dichas convocatorias no se sometiesen a las exigencias de preaviso contempladas legalmente. Se trataba de una situación ciertamente excepcional, que incluso dio lugar a la intervención de la Fiscalía General del Estado, que en virtud de distintas circulares reiteraba la necesidad de perseguir los hechos punibles, cuando éstos pudieran producirse como resultado de huelgas y cierres patronales promovidos con fines políticos

IV. APUNTE FINAL

El trabajo finaliza con una profunda reflexión sobre los logros y las frustraciones, que se pueden apreciar en el balance institucional de Largo Caballero. Se trata, ciertamente, de un personaje histórico poliédrico, gran defensor de la unidad y de la causa obrera, que finalmente fue víctima de la propia división existente en el movimiento obrero del momento. Largo Caballero impulsó decididamente un proyecto social llevado a su máxima expresión desde la perseverancia. No obstante, algunos de esos objetivos se vieron frustrados por su naturaleza utópica. Dichos objetivos pretendían la conquista de importantes avances sociales, que ciertamente no eran posible alcanzar en las circunstancias y en el momento histórico analizado.

El trabajo desarrolla magistralmente un análisis cualitativo sobre la influencia de Largo Caballero en las disposiciones normativas de carácter laboral. Sin duda, podemos destacar en este punto, y con ello animar al lector a la lectura del mismo, que tenemos ante nosotros un análisis profundo del Aurelio Desdentado Bonete. Este trabajo conjuga magistralmente dos dimensiones, la histórica y la iuslaboralista. Dicho análisis tiene un atractivo evidente tanto para especialistas en Derecho del Trabajo, así como para interesados en la propia historia de nuestro sistema de relaciones laborales. Conviene resaltar en este punto el profundo análisis de dos dimensiones, combinando de forma admirable reflexiones políticas y sociolaborales. Evidentemente dichas perspectivas pueden estudiarse de forma autónoma, pero, sin duda, el análisis alcanza su mayor expresión en esta relación continua y transversal que se hace a lo largo del trabajo objeto de comentario.

EL CARÁCTER *EX TUNC* O *EX NUNC* DE LA LABORALIDAD DE LOS SERVICIOS DE ABOGADO Y SUS CONSECUENCIAS

LOURDES LÓPEZ CUMBRE
Catedrática de la Universidad de Cantabria

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

Desdentado Bonete, A., «La relación laboral especial de los abogados con los despachos. Algunos puntos críticos», *Revista del Poder Judicial*, núm. 86, 2007, pp. 233-252.

II. INTRODUCCIÓN

Quienes tuvimos la suerte de coincidir personalmente con Aurelio, sabemos de la grandeza de sus conocimientos y de la generosidad al dispensarlos. En mi caso, Luis Enrique de la Villa, la Universidad Autónoma y mi tesis doctoral fueron los «cooperadores necesarios» en esa concurrencia de espacio y tiempo tan oportuna y tan enriquecedora. Por avatares profesionales, fue breve, aunque intensa, la posibilidad de compartir aprendizaje, profesión, método, reflexión y crítica. Y algo muy importante, la modulación del Derecho en manos de un jurista sólido y creativo. Esa enseñanza perdura, sin límites.

Precisamente he seleccionado esta primera aproximación que efectuó Aurelio a la sorpresiva regulación de la relación laboral especial de la abogacía por varias razones. La primera, por la frescura de un análisis inmediato a la

reacción legislativa de un problema práctico de entidad más económica que jurídica; la segunda, porque visibiliza claramente esa genialidad en la interpretación sin red que caracterizaba su obra y su quehacer profesional; la tercera, porque Aurelio fue funcionario, juez por el cuarto turno pero también ejerció la abogacía y, aun cuando lo hiciera mucho antes que la aprobación de esta regulación sobre la laboralidad de determinados servicios profesionales, conocía bien el alcance y las consecuencias de esta intromisión del legislador en una profesión de corte clásico y poco acostumbrada a la innovación; y, por último, porque, aunque sin ejercer, dispongo ahora de mayor conocimiento y de mejor criterio doctrinal y práctico para abordar un análisis «en paralelo» al que en 2007 realizara Aurelio.

III COMENTARIO

1. El texto que se comenta surge con dos condicionantes confesados por el autor; a saber, la improvisación —«el análisis de las normas necesita tiempo para observar cómo se enfrentan a la realidad»— y el desconcierto —«la regulación de la relación laboral especial me sorprendió y me produjo una especial inquietud con algo de desasosiego»—. Sobre el primero, cabe enmendar la inicial reticencia con el paso del tiempo toda vez que existen análisis doctrinales cualificados sobre esta relación laboral especial y una interpretación judicial, no abundante pero sí determinante. Pero, en cuanto al segundo, el originario desasosiego no ha sido aplacado con los años.

Reparará este análisis en dos aspectos que inquietaban a Aurelio en 2007 («problemas») y que hoy se mantienen dentro de una incertidumbre jurídica, siempre instalada en el sistema. Uno, de índole más práctica —aunque con un componente axiológico importante—, otro, de naturaleza conceptual —aunque con una entidad aplicativa relevante—.

En primer lugar, consideraba el estudio aquí analizado que la constante remisión de la normativa a la negociación colectiva, pivotando sobre ella el desarrollo de la relación laboral especial, constituiría un inconveniente de gran envergadura hasta el punto que cabía vaticinar un funcionamiento de esta relación laboral basado en la ley y en el contrato individual ante una negociación colectiva compleja «que tendrá dificultades para ponerse en marcha». Aurelio no se equivocó.

Las dificultades para adoptar un Convenio Colectivo de sector o supraempresarial que regule esta relación especial no son pocas, especialmente en cuanto a la legitimación para negociar. Porque, en principio, no podrá repre-

sentar a los empresarios ningún Colegio Profesional ni tampoco el Consejo General de la Abogacía en tanto se trata de la representación institucional de la profesión de abogados –independientemente de la forma en la que ejerzan la profesión y, por ende, englobando, en este caso, tanto a los que son «trabajadores» como «empleadores»–. Sin embargo, sí se podrá tener en cuenta lo establecido en la DA 6.^a del Estatuto de los Trabajadores que permite ostentar representación institucional a los empresarios en defensa de sus intereses generales cuando se trate de asociaciones empresariales que cuenten con el diez por ciento o más de las empresas y trabajadores en el ámbito estatal –quince por ciento si el ámbito es autonómico–, permitiendo, de este modo, establecer una regla de cómputo sobre la representatividad de los titulares de despachos que reúnan el *quantum* establecido.

Por lo que se refiere a la consideración de «específico» del Convenio a aplicar, la doctrina no manifiesta duda alguna sobre la imposibilidad de atender a ningún otro Convenio que no tenga como ámbito funcional el de los despachos de abogados y los abogados que mantienen una relación laboral especial con ellos. Cosa distinta es si deberán ser convenios franja –opción por la que parecía inclinarse Aurelio en su análisis– o si podrán integrar cláusulas reguladoras de condiciones de trabajo de otro tipo de personal que presta servicios para el despacho, aunque no se trate de abogados. Se entiende que la especificidad a la que hace referencia la norma reglamentaria exige una interpretación restrictiva, si bien podrá resultar de distinta dimensión según se trate de un Convenio Colectivo de empresa –con todo el personal de la misma– o de un Convenio Colectivo de sector –que priorizará la relación laboral especial–.

La realidad laboral viene demostrando que no ha habido inconveniente alguno para la firma de un Convenio de empresa en aquellos despachos de abogados que consideraban más idónea una regulación convencional propia e incluso se han publicado Convenios sectoriales de ámbito autonómico como el Convenio Colectivo del sector de Abogados, Procuradores y Graduados sociales de Cantabria 2019-2022 (Boletín Oficial de Cantabria de 22 de agosto de 2019), suscrito por Comisiones Obreras y por la Unión General de Trabajadores de Cantabria, y en la parte empresarial por la Asociación Empresarial de Abogados, Procuradores y Graduados Sociales de Cantabria (Aprogracan), de aplicación para todos los trabajadores, a excepción de los que realicen funciones de alta dirección, sea cual fuere la denominación de su categoría profesional. Ejemplos todos ellos de una «especificidad» referida a los abogados, aunque no sólo a los abogados, esto es, no en exclusividad.

2. Mas el siguiente aspecto permite una reflexión crítica a la par que –se entiende– oportuna. Porque lo que Aurelio Desdentado planteaba nada más normativizarse la «laboralización» de la relación de los abogados con los despachos profesionales es su carácter *ex nunc* o *ex tunc* y los efectos de esta decisión.

El servicio profesional del abogado podía ser laboral, si cumplía todos los requisitos, ya desde la Ley de Contratos de 1944 –su art. 1 incluía la prestación de «facultades intelectuales y manuales» de forma dependiente y retribuida–. Incluso el propio Estatuto General de la Abogacía vigente en el momento en que se aprueba la norma que regula la relación laboral especial (Estatuto aprobado por RD 658/2001, 22 de junio, *BOE* de 10 de julio) reconocía la prestación de servicios laborales para los despachos profesionales (art. 27.4: «La abogacía también podrá ejercerse por cuenta ajena bajo régimen de derecho laboral, mediante contrato de trabajo formalizado por escrito»), no sin cierta ambigüedad. La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y algunos pronunciamientos judiciales que ya apuntaban esta posibilidad, precipitaron, como es sabido, la aprobación de la DA 1.^a Ley 22/2005, 18 de noviembre, *BOE* de 19 primero y la del RD 1331/2006, 17 de noviembre, *BOE* de 18, después. El problema se suscitaba, con todo, en relación al reconocimiento de esta laboralidad, su posible retroactividad y los efectos en materia de Seguridad Social, tanto en el ámbito de la cotización como en el de las futuras pensiones de los abogados, ahora trabajadores. Porque, como suele ocurrir con este tipo de normas, salvo que tengan carácter constitutivo –y no meramente declarativo, en la terminología acuñada por De la Villa– los trabajadores que ya reunían los requisitos sustantivos de la relación laboral no pasan a ser trabajadores porque la norma así lo señale sino que ya lo eran antes de su aprobación.

Si así fuera, lo que ocurre es que, con esta nueva normativa, la relación laboral común pasa a ser, en su caso, relación laboral de carácter especial. Pero la citada normativa, en particular la DA 1.^a Ley 22/2005, añade una regulación sobre los efectos de esta medida en materia de Seguridad Social y señala que: a) los abogados incluidos en la relación laboral especial serán dados de alta en el Régimen General el día primero del tercer mes siguiente a la entrada en vigor de la ley; b) los procedimientos sancionadores y liquidadores en trámite se resolverán de acuerdo con lo anterior, es decir, dando efectos al alta solo desde la fecha de entrada en vigor de la ley el 1 de febrero de 2006; y c) las cotizaciones realizadas antes se considerarán, sin embargo, válidas para quienes las hicieron. Por lo tanto, quienes estuvieran en un proceso de sanción, y aun cuando hubieran cometido la infracción correspondiente, podían «retrasar» la

diligencia de su actuación hasta febrero de 2006, con total impunidad. Eso sí, aquellos que ya hubieran cotizado, mantenían la cotización efectuada y las consecuencias de la misma. Interesante planteamiento sobre un distinto trato de una misma situación: la relación laboral –común o especial– de quienes trabajaban como abogados de forma dependiente de un despacho profesional según hubieran cotizado o no con carácter previo a la entrada en vigor de la norma.

Ahora bien, si debiendo haber cotizado, el despacho no lo hizo y la norma en cuestión «exonera» de tal obligación al despacho profesional, siendo así que quienes sí han reconocido su obligación y lo han hecho mantienen la efectividad de la cotización ingresada, habrá distinta repercusión en las pensiones de abogados que, en una misma situación «laboral» –prestando «servicios retribuidos, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del titular de un despacho de abogados»–, se van a encontrar con una carrera de cotización distinta, más corta o más larga según la eficacia de la exoneración descrita. Pero no tiene mucho sentido pues si lo que el legislador quería era «aliviar» de esta carga a los despachos, aun reconociendo que los presupuestos sustantivos existían y que la relación laboral generaba la obligación de su inclusión en el Régimen General del abogado en cuestión –de ahí los procesos sancionadores concluidos o iniciados y no concluidos–, debería haber arbitrado algún sistema de «regularización». Porque, pudiera ocurrir que, con el tiempo, abogados que en 2006 ya tenían una relación laboral material –aunque no reconocida formalmente hasta la entrada en vigor de la norma– pudieran reclamar, en el momento de acceder a la pensión de jubilación, una responsabilidad por infracotización, como hace cualquier trabajador cuando observa que su empresa, debiendo haber cotizado, no lo hizo.

Habrán razones para oponerse a tal petición, la principal que el legislador solo reconoce la laboralidad de la relación y sus consecuencias desde la entrada en vigor de la norma, incluso, a efectos de Seguridad Social, tres meses después. En consecuencia, ningún despacho puede ser responsable de una actuación de la que la norma legal le exonera. Pero no se oculta que semejante hipótesis aniquila los principios laboristas que otorgan la tutela de la legislación a toda relación que, independientemente de cómo se califique, cumpla con los presupuestos sustantivos de ajenidad, dependencia, retribución y voluntariedad. Amén de recaer en una incongruencia manifiesta si, exonerados de esta obligación algunos despachos, otros, cumplidores de la misma, sí obtienen consecuencias prestacionales y todo por el reconocimiento de la laboralidad de la relación que, ahora, con la ley solo se admite tras su entrada en vigor.

Obviamente podrá defenderse que, antes de la «laboralización» la relación podía ser más profesional que laboral, debiendo en este último caso demostrarse –y reconocerse expresamente bien por las partes bien por decisión judicial– la existencia de los rasgos propios del contrato de trabajo. No en vano, lo que hace la nueva normativa es instaurar una presunción *iuris tantum*, antes inexistente, sobre la relación que se presta en despachos profesionales con esas características, pudiéndose demostrar lo contrario. Pero ¿y si se demuestra dicha laboralidad –existente lógicamente antes de la «regularización»– cuando el abogado va a acceder a su pensión de jubilación, tal y como sucede con los trabajadores cuando observan que se ha producido una infracotización? Quienes ya cotizaban al Régimen General, no tendrán problema alguno. Aquellos que no lo hicieran, aunque estuvieran prestando servicios de forma dependiente y, por tanto, con una relación laboral, se encontrarán con que solo a partir de febrero de 2006 aparecerán sus cotizaciones en el Régimen General, habiendo cotizado previamente al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o, alternativamente, a la Mutualidad de la Abogacía. En este último caso, sin posibilidad de cómputo en el ámbito de la Seguridad Social y en aquél, con el empleo del cómputo recíproco de cotizaciones, con reglas no siempre satisfactorias para el acceso a una mejor pensión.

Precisamente para evitar una incertidumbre como la expuesta, en su momento, debiera haberse permitido que, demostrando el inicio de la relación laboral, pudiera normalizarse la cotización al Régimen General desde dicha fecha. Si de lo que se trataba era de evitar un gravamen probablemente inasumible por parte de los empleadores, despachos de abogados con buena parte de los mismos con una relación laboral material, cabría haber arbitrado una solución intermedia: la de permitir que el interesado pudiera completar su carrera de cotización voluntariamente a través de un mecanismo excepcional como el convenio especial. Los despachos no tienen responsabilidad por infracotización puesto que la norma legal les eximió de dicho riesgo para el futuro.

IV. APUNTE FINAL

Sirva esta reflexión para manifestar que el reconocimiento legal de la laboralidad de una prestación de servicios cuando es meramente declarativa –que no constitutiva– debe tener muy en cuenta las consecuencias no solo en las cotizaciones a la Seguridad Social sino en sus prestaciones y, especialmente, en materia de pensiones. El legislador admitió la laboralización de unos servicios que, en gran medida, ya venía siendo laboral, pero demoró la obliga-

ción del alta y cotización en el Régimen General para facilitar el acomodo empresarial al reconocimiento legal. Lo mismo ocurre hoy con algunas relaciones –ley de *readers*–, que, si son laborales, lo son desde que se demuestra la existencia de una relación con los presupuestos sustantivos propios del trabajo por cuenta ajena, con todas las consecuencias. El «trasvase» de cotizaciones efectuadas «indebidamente» del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos al Régimen General, siquiera con una intervención voluntaria del trabajador, debería precisarse para evitar futuras sorpresas en las carreras de cotización y, por ende, en el acceso a la pensión. Aurelio finalizaba su artículo advirtiéndolo «con los despachos hemos topado, amigo Sancho», mas con Aristóteles y su visión sobre los extremos y los términos medios, cabría atender a cómo «la cobardía tachará de temeridad a la valentía, a quien la temeridad, a su vez, acusará de timidez y cobardía» (Ética Nicomaquea, Libro II).

LEGITIMACIÓN Y GRAVAMEN PARA RECURRIR

JUAN MARTÍNEZ MOYA

Magistrado especialista de la Sala de lo Social del TSJ Región de Murcia.
Vocal del Consejo General del Poder Judicial

*Amigo, cuando pienso en tu lejana
figura, te recuerdo en tu balcón,
con un lado de faz en la mañana
y otro en la habitación
Tu mirada magnífica y caliente
(de tan caliente que parece que quema)
desciende sobre un libro. Espesamente
suena tu voz recitando un poema
–Miguel Hernández–¹*

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

¿Puede recurrir quien ha ganado el pleito? Varias respuestas y una indicación sobre la relaciones entre la jurisdicción constitucional y el orden social. Aurelio Desdentado Bonete. Magistrado del Tribunal Supremo. *Diario La Ley*, núm. 6501, Sección Tribuna, 9 de junio de 2006, Año XXVII, Ref. D-143, Editorial La Ley. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, ISSN 0211-2744, núm. 3, 2006, pp. 1830-1831.

¹ «A ti, Ramón Sijé», HERNÁNDEZ, M., Escrito en una carta fechada el 17 de marzo de 1932. *Miguel Hernández. Obra Poética Completa*. Alianza Tres. Alianza Editorial, Madrid. 1982, p. 612.

II. INTRODUCCIÓN

El maestro Aurelio Desdentado Bonete encontró en la STC 4/2006² un motivo para crear una breve –apenas dos folios– y valiosa pieza jurídica sobre un tema procesal. La cuestión que provocó su «estado de alerta doctrinal» quedó formulada, sin rodeos, de manera sugerente en el título del artículo *¿puede recurrir quién ha ganado el pleito?*

Supo anticiparse a una problemática procesal – que para él no era nueva pues se remontaba a precedentes anteriores– que cinco años después obtuvo acogida en la nueva legislación procesal (arts. 17.5 y 197 LRJS/2011). Dejaba patente un dominio de la técnica procesal del recurso cuasi extraordinario de suplicación. Pero no podía quedar todo en la técnica procesal. Acompañaba el abordaje de esta cuestión procesal vinculándola a un plano superior, el del diálogo (y sus límites) entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria. Esta manera de enfocar los temas jurídicos solo es predicable de quienes tienen un pleno y cabal conocimiento de los equilibrios procesales que dan coherencia al ordenamiento jurídico, y de juristas que ven lo invisible de las cosas. Constatava su preocupación por las potenciales disfunciones que los resultados de la doctrina constitucional en cuestión podían comportar. Detrás de ese espíritu crítico hay mucho fondo: una pasión dogmática por el Derecho siempre cuidadosa en no poner en compromiso la tutela judicial. De ahí que en su *auctoritas* (como saber socialmente reconocido)³ justificara completar la pregunta del título sugiriendo *varias respuestas* (aunque tomara clara postura) y lo completara con «una indicación sobre las relaciones entre la jurisdicción constitucional y el orden social».

III. COMENTARIO

1. **El contexto del comentario: los reiterados desencuentros «entre lo que es constitucional y lo que no lo es»**

«No siempre se respeta con rigor la frontera entre lo que es constitucional y lo que no es, lo que lleva a una invasión del territorio de la interpretación constitucional y –¿cómo no?– A un poderoso efecto llamada al recurso de amparo». La STC 4/2006 – obre la legitimación para recurrir quien ha ganado un pleito y la apreciación de incongruencia omisiva–, se inscribe en una serie de

² ECLI: ES: TC:2006:4.

³ D'ORS, Á., *Derecho Privado Romano*, Eunsa, Pamplona, 1981, p. 37.

sentencias en las que Aurelio Desdentado venía advirtiendo ciertos excesos de la jurisprudencia constitucional en el enjuiciamiento al suponer interpretaciones de normas infraconstitucionales. Colocaba en el mismo lugar aquellas sentencias que definían el contenido adicional de la libertad sindical como las de entrar en el correo electrónico de la empresa⁴ o dilucidar el abono de un plus de un liberado sindical⁵, objeto de enjuiciamiento que en su opinión era muy discutible desde una dimensión constitucional⁶, a pesar de que los pronunciamientos del TC era puramente procesales. Se consolaba, esperanzado de esta situación, invocando los votos particulares que acompañaban aquellas decisiones.

2. El marco procesal del caso decidido por la STC 4/2006

El autor califica de complejo el itinerario procesal seguido. Puede esquematizarse del siguiente modo:

— *Vía administrativa*: el INSS deniega la solicitud de pensiones de viudedad y orfandad del Régimen Especial Agrario, porque la trabajadora fallecida no se encontraba al corriente del pago de las cuotas por un periodo superior a 6 meses.

— *Vía judicial ordinaria*: (a) *Juzgado de lo Social*: estima la demanda. La sentencia, pese a recoger el descubierto en los hechos probados, concedió las pensiones solicitadas por entender que, como a la trabajadora fallecida le había sido concedida una pensión de incapacidad absoluta –después de su fallecimiento, pero quizá con efectos anteriores a éste–, no podía exigírsele el requisito de cotización. (b) *Sala de lo Social del TSJ*: el INSS recurre en suplicación y la sentencia de instancia es revocada. Fundamento: la Sala entendió que sí era aplicable la exigencia de hallarse al corriente del pago de las cuotas, aunque la parte recurrida había argumentado en la impugnación que las cuotas supuestamente impagadas se habían abonado, según constaba en la documentación obrante en las actuaciones.

— *Recurso de amparo ante el TC*: (a) El demandante recurre en amparo, denunciando la violación del artículo 24 CE, por incongruencia, al no haber considerado la sentencia su alegación de haber abonado las cuotas. La Sala de suplicación había aclarado que no podía aceptar la alegación de abono de las cuotas, porque los límites del recurso de suplicación le impedían variar los hechos proba-

⁴ STC 281/2005.

⁵ STC 92/2005.

⁶ La reforma del régimen jurídico procesal del recurso de amparo no tardaría en llegar con la LO 6/2007, de 24 de mayo, modificando la LO 2/1979, de 3 de octubre. del Tribunal Constitucional.

dos, sin que se hubiera formalizado un motivo de revisión fáctica y esta reflexión enlaza con el óbice que el INSS propuso en amparo, cuando señaló que, para que la revisión fáctica instada por el actor hubiera podido examinarse, éste tendría que haber recurrido la sentencia para rectificar el hecho que recogía el impago de cuotas. (b) El TC acoge el amparo, al estimar la existencia de incongruencia, porque si el demandante no podía recurrir, su única posibilidad de defensa consistía en que la Sala entrara a conocer sobre la revisión fáctica que propuso en el escrito de impugnación. Como no lo hizo así, la sentencia es incongruente.

3. Las afirmaciones del TC «inductoras» al comentario doctrinal

— *Primera afirmación cuestionada*: es muy discutible que el TC sostenga que «la interpretación habitual de la norma procesal» descarta «la posibilidad de formalizar recurso por quien obtuvo sentencia favorable» (...) «salvo en casos excepcionales distintos al actual».

Demostración: refuta esta premisa con citas jurisprudenciales de la propia Sala Cuarta TS⁷ en las que se afirma que el perjuicio o el gravamen puede existir, aun en caso de pronunciamiento favorable, siempre que la parte vendedora haya visto también rechazada alguna excepción que tuviera interés o cuando hay un interés preventivo.

— *Segunda afirmación cuestionada*: la sugerencia de una reforma legal en la entonces vigente Ley de Procedimiento Laboral consistente en la introducción de un trámite de audiencia si se pide revisión fáctica en el escrito de impugnación.

Demostración: también rechaza esta conclusión al señalar que la interpretación constitucional nos lleva más allá de la ley. Y se pregunta retóricamente «¿era necesario llegar tan lejos?». Y responde: «En mi opinión, no», porque «gravamen no equivale a vencimiento» y «tampoco es exacto decir que la jurisprudencia del orden social niegue en su interpretación habitual el recurso en estos casos».

4. Su legado doctrinal: la solución correcta al caso y su consideración en la LRJS

Hábilmente, nuestro autor, conduce al lector al abismo del dilema de tener que elegir la solución correcta cuando en el último párrafo concluye, a

⁷ SSTS de 27 de enero de 2003, ECLI: ES: TS:2003:383 –Ponente Gullón Rodríguez–, y 15 de noviembre de 2005 ECLI: ES: TS:2005:7663 –Ponente Desdentado Bonete–

modo de corolario, que «la pregunta que titula esta nota tiene, por tanto, dos respuestas», invitando a que «cada uno elija la que más le convenga». Pero lo hace dando dos pistas:

— Por una parte, sosteniendo que la sentencia del TC incurre en dos errores sobre la legitimación para recurrir y la incongruencia⁸. Y no le faltaba razón. Legitimación y gravamen son dos requisitos distintos, aunque interrelacionados: el gravamen constituye un requisito añadido a la legitimación sin cuya concurrencia debe concluirse que las partes, aun cuando esté legitimada para recurrir, no tiene interés en el recurso, que debe rechazarse⁹.

— Por otra parte, advirtiendo de los efectos negativos para los recursos extraordinarios en el orden social, al señalar que dicha doctrina del TC «abre una grieta muy grave en el recurso de suplicación, porque no es nada fácil saber cuándo una impugnación se convierte en «recurso», y además siempre sería posible que en la nueva impugnación hubiese también implícito un nuevo «recurso» que llevaría a otra impugnación... y así sucesivamente». Y tampoco carecía de razón su crítica. Un lustro después de este comentario, la LRJS/2011 en su artículo 17.5 permite –aunque ya lo había dejado claro la jurisprudencia social– el recurso de suplicación «para (...) prevenir los eventuales efectos del recurso de la parte contraria».

IV. APUNTE FINAL

Decía Ronald Working que «una buena interpretación no solo debe adaptarse sino también justificar la práctica que interpreta»¹⁰. Y esto es lo que lleva a cabo Aurelio Desdentado con esta relevante «miniatura jurídica». Tiene presente que la sentencia del TC está «bien construida y argu-

⁸ Este comentario tiene otra versión con análogo, pero no del todo idéntico contenido en otra publicación esta vez del Consejo General del Poder Judicial-Cendoj, también del año 2006 en *Revista del Poder Judicial* núm. 84, cuarto trimestre 2006, La doctrina social del Tribunal Constitucional (Año 2006), junto con Carolina Martínez Moreno, Ignacio González del Rey Rodríguez, habiéndose encargado A. Desdentado de la materia correspondiente al proceso social (III). En este segundo comentario agudiza su crítica de manera más abierta pero no menos fundada a la STC 4/2006. Titula la recensión de la sentencia bajo la llamativa expresión «Legitimación para recurrir y desestabilización del recurso de suplicación», y en su interior tildar la resolución del TC como «polémica», achacándole haber incurrido en dos «errores sobre la legitimación y la incongruencia».

⁹ MOLÍNS GARCÍA-ATANCE, J., *La técnica del recurso de suplicación*, Thomson Reuters. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 168.

¹⁰ DWORKING, R., *El imperio de la justicia. De la teoría general de derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y de la práctica*. Edit. Gedisa. Barcelona, tercera reimpresión, octubre 2008, p. 204

mentada» y deja claro que su intención es loable al tratar «de dar una solución a un problema procesal». Sin embargo, considera que la solución correcta no podía pasar simplemente por sostener –como de manera algo apresurada o «somera» hace el pronunciamiento del TC– que quien gana no tiene legitimación para recurrir, como tampoco es ortodoxo solventar en el caso una lesión del artículo 24 CE forzando la entrada del instituto de la incongruencia omisiva como remedio para neutralizar la invocada indefensión. Para Aurelio Desdentado había una solución «más correcta» o sólo había «una solución correcta»: el recurso con finalidad preventiva que «es el que existe cuando la parte que ha obtenido un fallo favorable recurre para sostener en el recurso una excepción material o procesal ante el eventual recurso de la parte contraria».

La solución dada por el TC tuvo un recorrido efímero. Es indudable que resolvía puntualmente la cuestión a través de una suerte de «pronunciamiento procesal», que al menos dejaba imprejuizada la acción, al retrotraer las actuaciones. Sin embargo, como contrapartida, daba paso a un escenario de incertidumbres e inseguridades: cómo poner coto a los límites de traslado a la parte recurrente si del contenido de un escrito de impugnación se infiere que encubre un recurso.

A ambas cuestiones dio respuesta la LRJS¹¹. De un lado, plasmó en la norma la doctrina jurisprudencial que admitía los recursos de suplicación preventivos (art. 17.5 LRJS). En segundo término, amplió el objeto del escrito de impugnación del recurso de suplicación, permitiendo solicitar rectificaciones de hecho y alegar causas de oposición subsidiarias que no hubieran sido estimadas en la sentencia (art. 197 LRJS). Se reconocía así la legitimación tanto por gravamen directo como indirecto¹².

Tras dicho reconocimiento legal, los problemas prácticos de interpretación no terminaron. La jurisprudencia ha tenido que seguir clarificando y poniendo límites al escrito de impugnación en la línea que reclamaba Aurelio Desdentado. Con el escrito de impugnación, pese a la amplitud de su conteni-

¹¹ La Exposición de Motivos de la LRJS/2011 señala al respecto que «Las principales novedades en este ámbito, comprenden, en primer lugar, el reconocimiento de legitimación para recurrir también a la parte favorecida aparentemente por el fallo, de acuerdo con los criterios constitucionales sobre la afectación real o gravamen causado por el pronunciamiento; en segundo lugar, la regulación de un trámite de impugnación eventual de la sentencia por parte de la recurrida, cuando pretenda alegar otros fundamentos distintos de los aplicados por la recurrente, para el caso de que estos últimos no sean convincentes para el tribunal que conoce del recurso, con posibilidad de alegaciones de la recurrente al respecto, de nuevo de acuerdo con criterios de la doctrina constitucional (...)».

¹² MARTÍNEZ MOYA, J., *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Comentario al artículo 17*, VV. AA. Director, Juan Molíns-García Atance, Laborum. Murcia. 2020, p. 77.

do, nunca se puede solicitar la revocación de la sentencia recurrida, sencillamente porque no tiene la naturaleza propia de un recurso de suplicación¹³; como tampoco es posible la *reformatio in peius* por la sola circunstancia de haberse formulado una impugnación individual a cargo de la parte recurrida¹⁴.

¹³ SEMPERE NAVARRO, A. V., *Curso de Procedimiento Laboral*. VV. AA., Tecnos, duodécima edición. 2019, p. 399, citando STS (Social) de 15 de octubre de 2013 ECLI: ES: TS:2013:5889 –Ponente Segoviano Astaburuaga–. En el mismo sentido, STS (Social) de 24 de junio de 2019, ECLI: ES: TS:2019:2463 –Ponente Salinas Molina–.

¹⁴ STS (Social) de 20 de abril de 2015, ECLI: ES: TS:2015:1717 –Ponente Gullón Rodríguez–.

**UNA PROPUESTA PARA UN SUBSIDIO POR INCAPACIDAD
TEMPORAL CON MENOR COSTE ECONÓMICO:
EL RESPONSABLE DE SU ABONO DEBE OSTENTAR
LAS FACULTADES DE CONTROL DE MODO PLENO**

MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA
Profesor Contratado Doctor de la Universidad de Sevilla¹

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

«¿Qué hacer con la incapacidad temporal?», *Revista La Ley*
núm. 3/2007, de 18 de mayo de 2007.

II. INTRODUCCIÓN

El Profesor Desdentado Bonete comparte con el lector de su columna del Diario *La Ley* su preocupación por el régimen jurídico de la suspensión del

¹ Aunque no tuve el gusto de tratar personalmente al Prof. Desdentado Bonete, sí entré pronto en contacto con su obra escrita, dada su especialización en Seguridad Social, y ser esta la materia con la que inicié mi andadura en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla. De hecho, aún recuerdo la primera ocasión en la que coincidí con él. Tuvo lugar en un aula de la Universidad de Castilla-La Mancha, en las por entonces denominadas «Jornadas de Albacete», que organizaban los Profesores Baylos Grau y Aparicio Tovar, allá cuando comenzaba la *Revista de Derecho Social* de estos a dar sus primeros pasos y el libro comentario de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de Aparicio y González Ortega llevaba pocos meses en el mercado editorial. El tema de las Jornadas fue el Accidente de Trabajo y Desdentado impartió una ponencia dentro de las mismas; una intervención que seguí con suma atención (se trataba de un aula de estilo anfiteatro, llena de público) y sobre la que le pude felicitar y preguntar en el turno de debate que se abrió al término de su conferencia.

contrato de trabajo por incapacidad temporal (art. 45.1.c ET) y del subsidio económico que la LGSS contempla (arts. 128 ss.), que, lejos de resultar sencillo para el trabajador en su comprensión y articulación, se presenta alambicado y tormentoso, al tiempo que mal encauzado, si lo que se quiere es perseguir el fraude y contener su elevado gasto. Cuando ofrece su reflexión, el gasto total en 2006 por dicho subsidio se situaba en 3.545,7 millones de euros, y, respecto de otras prestaciones, la tasa de variación había experimentado un incremento del 9,89 %.

III. COMENTARIO

A partir de datos económicos que no resultan desdeñables, y desde su atalaya de la Sala IV del TS, ofrece en algo menos de tres páginas un enjundioso análisis de las debilidades y flaquezas de la incapacidad temporal (en adelante: IT) en 2007, así como una serie de propuestas para su mejora. Si bien se centra principalmente en la Sentencia de unificación de doctrina de 5 de octubre de 2006, que había sido recientemente dictada, esta le sirve para abordar bastantes de los problemas generales, por nucleares, de la susodicha prestación. Y lo hace con pasión, en un *in crescendo* de intensidad desde la primera línea a la última de su ensayo, como puede observarse en el inicio del último párrafo de la columna, que le sirve de resumen: «Habría que superar esta situación, aclarando de una vez que el control de la IT corresponde a quienes tienen la responsabilidad de su gestión, sin perjuicio de que los beneficiarios puedan recurrir al juez cuando discrepen de las decisiones de las gestoras». De este modo, en esa búsqueda de «dar a cada uno lo suyo», es como Desdentado Bonete considera que se puede lograr la inversión de la apreciación con que inicia su análisis, cuando –lacónicamente, y como si de una confidencia en voz baja se tratara–, inicia el diálogo con el lector diciéndole que «las prestaciones por incapacidad temporal no van bien».

Como juez que es, sabe perfectamente que no es tarea suya sino del legislador ordenar un escenario poco transitable, que él describe con ironía como «guerra de las altas y de las responsabilidades», donde aparece necesariamente «el hueso del Estado autonómico y quizá de alguno más», pero que es posible mejorar porque estamos en «la era de la legislación motorizada», aunque a veces los frutos sean paradójicos, como el constructo jurídico que él denomina como «incapacidad temporal indefinida discontinua», recogido del árbol de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006. Se trata esta de una norma que Desdentado valora positivamente,

al suponer, mediante la reforma de los artículos que lleva a cabo, un paso adelante en la clarificación de tan procelosa «colmena» de relaciones, controles, desconfianzas y sospechas (al atribuir al INSS la competencia para expedir el alta médica una vez agotado el periodo de doce meses de prestación). Al mismo tiempo, y haciendo gala de quien quiere ayudar a evitar futuros errores, advierte de que el Proyecto de lo que luego será la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social, no le convence, pues supone echar por tierra esa mejora recién conseguida (al establecer un procedimiento interadministrativo que demora la decisión final).

Como se ha adelantado, su idea cartesiana clara y distinta es esta: quien responde del subsidio, es decir, quien lo tiene materialmente que abonar es quien debe controlar su uso y disfrute, pues será quien mejor realice esta función. Si se busca un menor despilfarro, concédanse al INSS y a las Mutuas las facultades necesarias para una gestión completa de la IT, en función de a quién corresponda su pago, y que esa gestión conlleve un control sin obstáculos burocráticos. Lo que no tiene sentido por su ineficacia –nos dirá– es la triada de controles y responsabilidades, simultáneamente repartidas entre los ámbitos sanitario, administrativo y empresarial, a consecuencia de la calificación de la contingencia causante como común o profesional.

Como ejemplo de disfuncionalidad, al que Sala de lo Social de la que forma parte se enfrenta, Desdentado nos ofrece la impecable y trabajada STS (ud) de 5 de octubre de 2006, que analiza si una Mutua es competente para extinguir el subsidio por IT derivado de contingencia común, al constatar que la beneficiaria lo compatibilizaba con su trabajo al frente de un negocio de venta de calzado. Se trataba de un caso típico de fraude al Sistema y a la sociedad en su conjunto, calificado como infracción grave por el artículo 25.1 LISOS. Si se hubiera tratado del INSS, no hubiera habido mayor problema para, de acuerdo con los artículos 47, apdos. 1-2, y 48 LISOS, sancionar a la trabajadora con la pérdida del subsidio durante un periodo de tres meses y la devolución de lo indebidamente percibido (importe del subsidio entre los días 29 de noviembre de 2001 y 3 de febrero de 2003, fecha de constatación de la infracción). Ahora bien, al tratarse de una Mutua, la cuestión se complica, ya que, pese a que el artículo 80 RD 1993/1995 le reconoce las funciones de «declaración del derecho al subsidio, así como las de su denegación, suspensión, anulación y declaración de extinción en los procesos de incapacidad temporal correspondientes a trabajadores dependientes de empresas asociadas y de los trabajadores por cuenta propia adheridos», sucede que carece de la condición de «gestora», siendo una mera entidad colaboradora; por lo que no está facultada para sancionar o para instruir un procedimiento sancionador (art. 48.4 LISOS).

La sentencia disecciona la normativa aplicable y termina por calificar la anulación y extinción del subsidio llevadas a cabo por la Mutua como actos punitivos porque –como explica Desdentado en su glosa– ha ido más allá de una mera suspensión de aquel durante los días concretos de realización de la actividad incompatible, lo que sí habría podido merecer la consideración de acto gestor («Si se excede ese límite –es decir, si la pérdida de días de prestación supera los días de trabajo incompatible acreditados–, estamos ante una sanción y la Mutua no puede adoptarla»). Y el maestro cierra el círculo de la disquisición: pese a que a la Mutua se le atribuye la facultad de extinción del subsidio, y esta podría haberse ejercido alegando que faltaría, dados los hechos, la «incapacidad para trabajar», tal acto jurídico habría exigido necesariamente el alta médica (art. 131 bis.1 LGSS-94), la cual se encuentra reservada al Servicio Público de Salud (al tratarse de una IT común), luego necesitada –en el caso de las Mutuas– de una propuesta de alta médica ante la Unidad de Inspección Médica del Servicio Público de Salud correspondiente (art. 5 RD 575/1997).

A la vista de lo anterior, el Profesor Desdentado, cuya colaboración en la redacción de la sentencia parece intuirse (no solo en el *iter* sino especialmente en el inicio de su FD 9.º: «Estas conclusiones se imponen aun a pesar de que la Sala es consciente de la disfunción que significa una gestión limitada de la contingencia por parte de quien tiene atribuido su pago y el control...»), en un entorno de mayor comodidad que el de la toga curial, realiza una crítica constructiva a la normativa reguladora que le sirvió de base, para ofrecer, de seguido, algunas reflexiones de más largo alcance.

Así, en relación con la normativa de sustento de la sentencia, realiza una aguda crítica a la LISOS, que podrá compartirse o no pero que está bien fundamentada: «la consecuencia lógica que se deriva de la ausencia de un requisito necesario para la existencia de la situación protegida (incapacidad para el trabajo) no debería configurarse como una sanción, sino sencillamente como un supuesto de reconocimiento indebido de la prestación o como la aparición posterior de una causa extintiva. No es una sanción privar a alguien de algo a lo que no tiene derecho». A la que añade otra relativa a la distribución de funciones: es grave que el ente gestor que asume el coste de la prestación «tenga que depender de otro organismo que no tiene demasiados incentivos para controlar si realmente el supuesto enfermo debe estar o no de baja».

En un segundo momento, expone sus reflexiones que, por su claridad, no dejan impasible al lector: quien paga –ya sea la prestación sanitaria ya sea el subsidio económico– debe controlar de manera plena; las responsabilidades

no se deben fragmentar; y la tutela judicial efectiva del trabajador enfermo, que se muestre disconforme con el alta médica, se debe facilitar mediante la supresión de la reclamación administrativa previa, así como mediante la adopción por el juez de las medidas cautelares que protejan tanto el contrato de trabajo, si el trabajador no puede reincorporarse al puesto pese al alta médica, como a la empresa, a través de la exoneración de su obligación de dar de alta al trabajador ante la Seguridad Social mientras que su efectivo retorno al trabajo no tenga lugar.

IV. APUNTE FINAL

Los grandes juristas se prueban en los temas difíciles y sin duda la gestión de la incapacidad temporal es uno de ellos. Desdentado Bonete demuestra no solo que conoce a fondo una materia de Seguridad Social de gran complejidad, sino que se desenvuelve con clara soltura en el ámbito del Derecho Administrativo, yendo de los principios –órgano, competencia y facultades– a la técnica jurídica más depurada, que le lleva a distinguir entre «compensación» y «sanción», entre «lo equitativo» y «lo punitivo».

Lo cierto es que la incapacidad temporal ha seguido siendo objeto de atención en aras a lograr su mejor funcionamiento y, por ende, el decrecimiento de su nivel de gasto, lo que demuestra que el maestro puso sin duda el dedo en la llaga con este ensayo. La abundancia de Sentencias del TS y de artículos doctrinales que insisten en cuestiones similares subrayan el complejo encuadre administrativo de las Mutuas², entidades de base asociativa privada, colaborando en un Sistema calificado constitucionalmente como público (art. 41 CE). Desdentado, alejándose de cualquier prejuicio de carácter político entre lo público y lo privado, aplica un criterio eminentemente pragmático: quien realiza un desembolso económico es quien mejor velará por que no termine en despilfarro.

Algún avance posterior ha habido que se puede relacionar con sus propuestas, como el acceso directo a la jurisdicción en los procesos de impugnación de altas médicas por curación emitidas por los órganos competentes de las Entidades gestoras de la Seguridad Social, una vez agotado el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días desde la emisión del parte mé-

² SSTS (ud) de 9 de octubre de 2006, rec. 2905/2005; 10 de octubre de 2007, rec. 4133/2005; 5 de noviembre de 2007, rec. 647/2007; 18 de febrero de 2009, rec. 2116/2007.

dico de baja que dio lugar a la prestación de incapacidad temporal (*vid.* art. 140.1 LRJS)³. En cambio, pese a que se valoró la posibilidad de que las Mutuas pudieran proceder a la extinción de la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, a los exclusivos efectos económicos, finalmente no se les concedió tal facultad, como lo demuestra el vigente artículo 6 RD 625/2014, de 18 de julio.

³ No así «en los casos de partes médicos de alta emitidos, en procesos de IT derivados de contingencias profesionales, por el facultativo de una Mutua o del Servicio Público de Salud o inspector médico del INSS (siempre anteriores a que transcurran los 365 días indicados)». *Vid.*, al respecto, mi *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*, Edit. Bomarzo, Albacete 2017, pp. 72-78.

AURELIO DESDENTADO ANTE EL ESTADO DEMOCRÁTICO DEL BIENESTAR

JESÚS R. MERCADER UGUINA
Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

«El asalto al “Estado del Bienestar”. Algunas reflexiones sobre la política reprivatizadora desde los Pactos de la Moncloa a la Ley Básica de Empleo», *Argumentos*, 1980-81, núm. 40, pp. 46-50.

II. INTRODUCCIÓN

He querido seleccionar esta obra dentro del amplísimo repertorio doctrinal de Aurelio Desdentado porque creo que pone de manifiesto la enorme potencia de reflexión del maestro y su ser profundo más crítico. Un trabajo que, tanto por el momento social en el que se escribe como por las reflexiones que en él se contienen, supone una síntesis de los valores de progreso democrático en los que siempre creyó y por lo que tan duramente trabajó. Siempre he considerado a Aurelio, más allá de un magnífico y excepcional jurista un intelectual en el sentido más profundo y comprometido que entronca con la idea que de tal se tiene en el pensamiento francés. Creo que el trabajo que he seleccionado es un buen ejemplo de todo ello.

III. COMENTARIO

1. Los antecedentes del «asalto»

Para analizar el fundamento, nacimiento, desarrollo y consolidación del Estado del Bienestar en España en los últimos cincuenta años resulta imprescindible recorrer y analizar con minucioso detalle la obra de Aurelio Desdentado. Sus aportaciones a esta materia son esenciales y estoy seguro de que el estudio detenido de la misma daría lugar a importantes ideas para valorar su desarrollo y devenir futuro. Desgraciadamente, la necesariamente limitada extensión de esta intervención que sirve para recordar al querido amigo y maestro, impide ni siquiera emprender ese objetivo aunque sí permite realizar unos breves esbozos para contextualizar el trabajo que comento: *El asalto al* «Estado del Bienestar. Unas ideas que parten de la memoria de las lecturas que a lo largo de los años he realizado de su obra y de un nostálgico recorrido por las obras que la antecedieron y que la siguieron en el tiempo. Si la memoria, como recuerda Heidegger, «piensa en lo pensado», este breve comentario me servirá para pensar en nuestro querido Aurelio.

Siempre he conservado con especial cariño en mi recuerdo y en mi biblioteca (el volumen creo que lo encontré una tarde paseando por la Cuesta de Moyano) el trabajo conjunto que realizó Aurelio con Alberto de Pereda, *Estudio del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social*, como texto que antecede a la edición del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social publicada por el Ministerio de Trabajo en 1974 y que no pasa en absoluto desapercibida por los amarillos y naranjas que colorean su edición. Una obra esencial para entender y comprender la génesis y los objetivos pretendidos por la primera refundición de la Ley de Seguridad Social de 1966. En ella se subraya el carácter dinámico de la Seguridad Social. Una cita que contiene el citado estudio constituye en sí misma una auténtica declaración de intenciones. La Seguridad Social, se dice, es «un camino sin fin en la vía infinita del progreso económico y social».

Otro paso en ese camino es la obra esencial y referente obligado para el correcto entendimiento de nuestro actual modelo: *Manual de Seguridad Social* [Pamplona, Aranzadi, 1977, 576 pp. y 1979 (2.^a ed.) 1979, 758 pp.], elaborado junto con mi maestro Luis Enrique de la Villa. Una obra, comparable en sus respectivas características a *La politique contemporaine de Sécurité Sociale*, de Paul Durand, considerada unánimemente la más importante obra mundial sobre la materia y disponible en castellano por una excelente traducción de otro de los grandes maestros de la Seguridad Social: el Profesor Vida Soria.

Ese *Manual* constituye un clásico de la Seguridad Social y una obra de imprescindible conocimiento para el especialista. Entre sus infinitos méritos destaca el de haber fijado la moderna sistemática para el estudio de la Seguridad Social en nuestro país. En este *Manual de Seguridad Social*, se completa métodos de análisis cuantitativos que apuntan hacia nuevas formas y fórmulas de análisis de lo jurídico. En ella optan sus autores por elegir como único núcleo de imputación realista de estudio (más allá de la noción de riesgo o de prestación y de la figura del accidente de trabajo) la financiación del sistema. En torno a él gira toda la política contemporánea de Seguridad Social, todo el sistema español, las técnicas instrumentales de su organización, la acción protectora, la gestión e incluso el ejercicio de derechos de Seguridad Social.

Una línea de reflexión que se continuaría también en *Participación y burocracia en la gestión de la Seguridad Social española*, Cuadernos de Derecho del Trabajo, 1978, núm. 4, pp. 335-344 que arranca con una cita de Carlos Marx en la «Crítica de la filosofía del Estado de Hegel». Una reflexión crítica de enorme calado sobre el papel de la administración participativa en el ámbito de la Seguridad Social como vía de socialización y democratización del poder.

2. El asalto al «Estado del Bienestar»

«El asalto al Estado del Bienestar. Algunas reflexiones sobre a política reprivatizadora desde los Pactos de la Moncloa a la Ley Básica de Empleo», publicado en la revista *Argumentos*, en el número final de 1980 e inicial de 1981, constituye para mí una obra de referencia para comprender el contexto y los afanes que se pretendían desde las líneas de progreso para el futuro de nuestro país en un momento especialmente delicado como muestra el intento del golpe de Estado del 23-F apenas un mes después de que apareciera publicado el artículo. Pese a su brevedad, supone una reflexión acabada y crítica de la situación del Estado del Bienestar en nuestro país, diría más, un auténtico «modelo para armar» progresista del naciente Estado democrático del Bienestar. Una obra que, como otros títulos del maestro, evoca aires filosóficos que recuerdan otros asaltos, particularmente, «El asalto a la razón. La trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler», de Lukacs que tradujera Wenceslao Roces, a finales de los cincuenta.

Guardo con especial cariño el número de esa revista con su característico color verde que inundaba toda su tipografía. Probablemente representativo del tiempo que se vivía, el título que se lleva a la portada («Ley Básica de Empleo») es algo menos comprometido que el más impactante que se contiene en

su interior y que es el aquí citado como referencia. La calidad de la revista se pone de manifiesto si tenemos en cuenta que, junto al que comentamos, se acompañan, entre otros, dos trabajos de autores de enorme proyección. Uno de Ferrajoli («La crisis del modelo clásico de proceso penal») y otro de López Guerra («Las elecciones norteamericanas»). La revista *Argumentos* se unía al importante número de revistas culturales que vieron la luz en el debate social y político abierto que llevó consigo la transición democrática: *El Viejo Topo*, *Ajoblanco*, *Zona Abierta*, *Andalán*, *Tiempo de Historia*, *Historia 16*, *Negaciones*, *Transiciones*, Mientras tanto, entre otras muchas, que se unieron a las veteranas *Triunfo* o *Cuadernos para el diálogo*. Todas ellas vinieron a constituir, como se ha dicho, un auténtico «Parlamento de papel».

En el artículo se parte de la «continua degradación de la posición de los trabajadores tanto a nivel del área de los denominados servicios sociales (seguridad social, sanidad...), como en el marco de los mecanismos institucionales de garantía de la relación individual de trabajo». Se subraya, igualmente, «el aumento de las necesidades de protección social, derivadas de la inseguridad generada por la crisis (que) revela la ineficacia de la acción protectora mientras que las necesidades de expansión quedan bloqueadas por los efectos negativos que la estructura irracional del sistema de obtención de los recursos (...) tiene sobre la coyuntura económica, al fomentar el proceso inflacionista y penalizar el empleo y sobre la redistribución».

El trabajo se encuentra influido por la literatura del momento. En las páginas del «asalto» parece la cita de James O'Connor, que en su *The Fiscal Crisis of the State*, planteó que «el Estado capitalista ha de intentar cumplir dos funciones básicas a menudo contradictorias: la acumulación y la legitimación». La crisis del Estado providencia era, para él, una crisis financiera (crisis de recursos del Estado) indisociablemente unida a una crisis de legitimación. «Una crisis de legitimación –dice– aparece cuando las reclamaciones de compensaciones a cargo del sistema aumentan más deprisa que la masa de los valores disponibles, o cuando aparecen expectativas que no pueden ser satisfechas por medio de las indemnizaciones previstas en el sistema». Para O'Connor, la crisis del Estado se puede superar si se pone en marcha un *complejo social-industrial* (que tiene la función de transformar los gastos sociales en capital social), alternativa que exige un fuerte incremento de la productividad. Es decir, en otras palabras: el Estado providencia debe crecer para poder responder a la crisis de legitimación y acumulación, pero esta expansión solo es posible, a su vez, si la mejora de la productividad permite limitar su coste. Una obra que haría camino con otra aparecida en aquel mismo tiempo. La de Ian Gough. *Economía Política del Estado del bienestar*.

Sobre esta base, el trabajo proyecta una serie de reflexiones para frenar el anunciado «asalto». Así, se afirma la necesidad de una urgente «salida a la crisis fiscal del Estado mediante la reestructuración del gasto público» y se apunta una respuesta a las tensiones reprivatizadoras tanto de signo negativo (satisfacción de las necesidades «desocializadas» del mercado) como positivo (penetración de la iniciativa privada en las áreas de gestión pública social). Una estrategia reprivatizadora que se proyecta sobre diversos ámbitos de lo social: la financiación (con un claro estancamiento de la participación en la Seguridad Social); en el área de pensiones (una política de mínimos que, instrumentada mediante una redistribución coactiva de la masa de pensiones, tiende a producir un efecto de igualación en la miseria); en el sector sanitario (la prestación farmacéutica se hace recaer sobre los beneficiarios y el sistema hospitalario se ve limitado) y, en fin, en la gestión (con la liquidación de la participación social en los órganos de gobierno de los organismos gestores).

El asalto también se materializa, a juicio de nuestro autor, desde la perspectiva laboral en la degradación de los niveles de protección del sistema español de cobertura del desempleo (un tema recurrente en los trabajos de Aurelio y en el que tuve la fortuna de acompañarle en alguna señalada para mi ocasión y que trataría con más extensión en este mismo período en *Las prestaciones de desempleo ante la crisis*, en el mítico número de Papeles de Economía Española, 1982, núm. 12/13, pp. 317 a 334 y *Crisis y protección del desempleo. La evolución del sistema español*, RL, 1985, II, pp. 359 a 380) y en la destrucción de las garantías de estabilidad en el empleo. No sorprende por ello la referencia al trabajo ya clásico de Antonio Ojeda, «El fin de un «principio», el de estabilidad en el empleo».

El trabajo concluye con una inteligente advertencia: «Ante esta política de desmantelamiento de las instituciones de protección social y de fortalecimiento del poder empresarial, el movimiento obrero en su conjunto debería formular, por encima de querellas, más o menos sectarias, por la hegemonía, un proyecto de acción común a nivel institucional. De lo contrario, las conclusiones para el futuro son claramente pesimistas, porque como recuerda una cita tan repetida como olvidada: «el que no sabe defender las conquistas existentes, nunca hará otras».

3. Los «ecos» del asalto

El sentido que se apunta en el «asalto» se continúa en un trabajo posterior que manifiesta ya desde su título un sentimiento crítico: La estructura del sis-

tema español de Seguridad Social entre el clientelismo y la irracionalidad, *Revista de Seguridad Social*, 1982, núm. 14, pp. 237-242, una reseña al libro colectivo en el que participaron personas esenciales en la construcción del modelo actual de Seguridad Social (Bernardo Gonzalo, Fidel Ferreras, Emilio González-Sancho, Paloma de la Peña o Juan Ignacio Tejerina), *La estructura actual de la Seguridad Social y su reforma*, publicada por el Ministerio de Trabajo en 1981. En él aparece una idea de enorme calado y que, desde entonces, todos aprendimos de Aurelio Desdentado: la proyección del Efecto Mateo a la normativa de Seguridad Social. En realidad, dice nuestro autor, «es el carácter universal o cuasi universal de la oferta de prestaciones sociales el que permite paradójicamente una utilización diferencial más alta por parte de los grupos sociales privilegiados que son los que, además, dominan las decisiones políticas sobre la producción de los bienes sociales. El efecto Mateo («al que tiene se le dará y abundará, pero a quien no tiene, aun lo que tiene se le quitará», según la parábola de los talentos, Mateo 25-29) se convierte en la regla de oro de funcionamiento de la Seguridad Social».

Las reflexiones sobre el modelo de protección social se continuaron en obras posteriores como *El sistema español de Seguridad Social ante la crisis. Análisis institucional*, en I. Cruz Roche, A. Desdentado Bonete, G. Rodríguez Cabrero, *Política social y crisis económica aproximación a la experiencia española*, Madrid, Siglo XXI, 1985, pp. 183-184; «La reforma del régimen de pensiones y su conexión con los niveles no contributivos de protección. Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley de Medidas Urgentes para la racionalización de la estructura y la acción protectora de la Seguridad Social», *RSS*, 1985, núm. 25, pp. 77 a 94 o, en fin, en la obra colectiva que dirigió, *La reforma de las pensiones de la Seguridad Social: un comentario sistemático de la Ley 26/1985*, de 31 de julio, publicado por la editorial Civitas en 1986.

No hay espacio para más. Pero esa reflexión integrada que apuntaba en las primeras páginas debería, a mi juicio, contar necesariamente con dos trabajos esenciales. Por un lado, la extraordinaria reflexión, «La nostalgia del sistema: reflexiones sobre el derecho de la Seguridad Social en una época de crisis», en AA. VV., *Reforma Laboral, Tutela judicial y Derechos Fundamentales. Estudios en Homenaje a Juan Antonio Linares Lorente*, Madrid, CGPJ, 1996, pp. 379 a 399. Y, por otro, en «Un sistema en busca de identidad. Notas para una aproximación histórica a la crisis de la Seguridad Social española», en AA. VV., *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, 2008, pp. 63 a 92.

IV. APUNTE FINAL

El «asalto» lo firma Aurelio Desdentado como «Profesor de Universidad». Todos cuantos conocemos a Aurelio y hemos tenido la suerte de compartir nuestra vida con él le consideramos un referente y un Maestro del Derecho. Su vocación universitaria es incuestionable. Profesor Asociado durante muchos años de la Universidad Autónoma y de la Universidad Carlos III de Madrid. Tras su jubilación, se incorporó como Profesor Honorífico a la Universidad Carlos III de Madrid y con este título nos honró a todos los que allí trabajamos firmando todos los estudios que realizó a partir de ese momento. Dice Henri Bergson («La energía espiritual») que «cuando hablamos de nuestros recuerdos pensamos en algo que nuestra conciencia posee o que siempre puede recuperar tirando del hilo». A lo largo de estas páginas he tirado del hilo de algunos de esos recuerdos. Cuando concluyo estas líneas escucho el primer acto de «Lakmé» y recuerdo, tirando otra vez del hilo, lo mucho que Aurelio amaba la música...

LA CONTRADICCIÓN DE SENTENCIAS COMO FILTRO DE UN RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA SELECTIVO

MARÍA LUISA MOLERO MARAÑÓN
Catedrática de la Universidad Rey Juan Carlos

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

Desdentado Bonete, A., «La contradicción de sentencias en unificación de doctrina (2). El alcance de la contradicción», *Revista la Ley* núm. 1/1996.

II. INTRODUCCIÓN. ¿CUÁNDO Y CÓMO SE FORJÓ MI RELACIÓN CON D. AURELIO DESDENTADO?

El comentario de dicho estudio me permite recordar los inicios de mi carrera académica, puesto que es la elaboración de mi tesis doctoral, la secuencia temporal que me permite coincidir e iniciar mi relación profesional y personal con nuestro querido Magistrado Aurelio Desdentado. Corrían los años 1990, y la que suscribe este escrito se hallaba inmersa en los inicios de su andadura profesional, y en la ardua tarea de la realización de la tesis sobre «El recurso de casación para la unificación de doctrina en la jurisdicción social» (edit. Lex Nova en 1997). Desde la osadía que caracteriza a la juventud, me encontré por primera vez con D. Aurelio en las dependencias del Tribunal Supremo, y pude disfrutar de la conversación con él, en este caso conversando

sobre este complejo recurso que comenzaba a funcionar a raíz de la implantación del Estado de las Autonomías en nuestro país. Desde el principio, me llamo la atención que hubiera leído mis escritos, y que tuviera la posibilidad de discrepar con él, de forma tan amigable, y sin que impusiera la distancia que le confería la posición de Magistrado del Alto Tribunal frente a una recién doctora. Todavía más con el paso de los años, me sorprende más, si cabe, su cercanía, su tono, y su respeto con una profesora tan joven que comenzaba a dar sus primeros pasos en la carrera investigadora, y que se atrevió a manifestar posiciones distintas sobre el funcionamiento del recurso de casación para la unificación de doctrina en aquel momento.

Desde esa primera ocasión en la que coincidimos hasta fechas relativamente recientes, siempre fue así, una relación muy cordial, próxima y afectuosa, en la que tuve la fortuna de recibir las enseñanzas de su gran sabiduría jurídica, escuchando sus ponencias, sus sesiones en el curso de doctorado sobre el despido al que venía siempre que le invitaba, o simplemente en una comida. Después llegaría, la Ley concursal de 2003 (Ley 22/2003, de 9 de julio), cuyos aspectos laborales tuve la oportunidad de comentar con él, y que sin duda me ilumino sobre el significado del concurso que respaldaría mi ejercicio de cátedra, y, finalmente, el enriquecimiento fue absolutamente fructífero con ocasión de su magistral dirección del Memento de Procedimiento Laboral por la editorial Francis Lefevre. Desde las primeras ediciones en que compartí la coautoría de un capítulo con él sobre el «Error judicial», hasta cuando me encomendó el estudio de la compleja modalidad procesal de impugnación del despido colectivo [art. 124 LRJS], tuve de nuevo la suerte de examinar los vericuetos de ese nuevo proceso colectivo con el gran jurista que era. Afrontar dicho proceso en las sucesivas actualizaciones me brindó la ocasión de conversar con él sobre una modalidad de relevancia sustancial y de gran complejidad técnica, aprendiendo de nuevo de sus magistrales enseñanzas sobre el proceso laboral y el despido.

Al margen de lo anterior, ahora me centrare en el tema que ocupa este comentario que lo primero que quiero advertir es que he seleccionado este estudio, pero podía haber seleccionado una pluralidad de ellos que versan sobre dicha temática, puesto que realmente Aurelio Desdentado se ocupó y preocupó mucho por la configuración procesal de ese nuevo recurso y de modo especial por el alcance de la contradicción. Dentro de los numerosos artículos de su trayectoria, llegó a escribir varios estudios doctrinales que sirvieron para la delimitación de su régimen jurídico, demostrando su finura jurídica, y su responsabilidad en su diseño que podía llegar a condicionar el buen funcionamiento del orden jurisdiccional social. A este respecto, es im-

portante advertir en estas consideraciones introductorias que el Magistrado Desdentado en este caso escribía, no sólo desde la cómoda postura de quien estudia y examina una institución jurídica, sino desde la perspectiva de «quien aplica» las normas rectoras de un recuso muy complejo en su articulación procesal, cuyo modo de interpretar iba a condicionar la eficiencia de una jurisdicción, o dicho de otro modo, el derecho a la tutela judicial efectiva de los litigantes en este orden jurisdiccional [art. 24 CE]. Pero vayamos por partes.

III. COMENTARIO

En este estudio, el autor pretende fijar el alcance de todas y cada una de las exigencias que conforman la presencia de la contradicción judicial entre dos sentencias para poder apreciar este requisito que permite a la Sala Cuarta del Tribunal Supremo entrar a cumplir su función institucional relativa a la unificación de doctrina. Como se sabe, la instauración de este recurso se atribuyó al Alto Tribunal con la finalidad de salvaguardar la unidad interpretativa ante la presencia de pronunciamientos judiciales contradictorios frente a una legislación laboral única (art. 149.1.7.^a CE), o predominantemente única en el ámbito de la Seguridad Social (art. 149.1.17.^a CE). Desde el principio, el requisito de la contradicción judicial se convirtió en la puerta de entrada al recurso o en el presupuesto previo, sin cuya presencia el recurso era inadmitido, frustrándose la posibilidad de estimación de la casación contra la sentencia de suplicación. Consecuentemente, desde los primeros pasos del funcionamiento de este novedoso instrumento procesal en la jurisdicción social se va a poner de relieve la trascendencia que tiene dicho requisito para que pueda prosperar la impugnación del recurrente. Y desde esta óptica, hubo una tensión latente en el modo de su interpretación por el peligro de que se generalizase su utilización en una jurisdicción social fundamentada en el principio de instancia única y de doble grado, descansando en un régimen de recursos de naturaleza extraordinaria, que no se quería quebrar.

Y, así, el Alto Tribunal tuvo que abordar la difícil tarea de equilibrar ambos intereses en juego: por una parte, cumplir la misión institucional que persigue la casación unificadora de restablecer la unidad en la interpretación judicial de una legislación única, y, por otra, evitar la generalización de los tres niveles de decisión en la jurisdicción social que haría peligrar uno de los principios esenciales que distinguen a esta jurisdicción relativo al principio de celeridad procesal. Con el fin de cumplir dicho objetivo, la Sala Cuarta

defendió una interpretación restrictiva de la presencia de la contradicción judicial que salvaguardará no solo la naturaleza extraordinaria del recurso, sino también la excepcional.

Como indicará Aurelio Desdentado, años más tarde, «la exigencia de la contradicción ha cumplido la función que la ley le ha atribuido de garantizar el carácter selectivo de la utilización del recurso» «este es el activo de la contradicción»¹. De acuerdo a dicha funcionalidad que el magistrado defendió con contundencia y rigor, se configuró dicho presupuesto que afectaba a la plenitud de los elementos de comparación de los dos pronunciamientos judiciales objeto de contraste. De esta forma, el gran jurista Desdentado construyó el delicado juicio de la identidad de las controversias, delimitando el alcance de los «hechos, fundamentos (u objeto) y pretensiones» (art. 217 LPL, actual artículo 219.1 LRJS), que obligaba a distinguir los aspectos sustanciales y accidentales del conflicto en una operación jurídica que requiere un conocimiento profundo del planteamiento de la contienda, no exento de complejidad, cuando se trata de seleccionar los elementos relevantes. Superado dicho juicio, el examen de la contradicción todavía no podía ser estimado, sino que se requería la existencia de los «pronunciamientos distintos» (art. 217 LPL), sin que se admitiera exclusivamente la contradicción o divergencia doctrinal. A través de sucesivos estudios, entre los que se encuentra el susceptible de análisis, el magistrado Desdentado fue elaborando toda una teoría general de recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que la pieza clave o maestra era la presencia de la contradicción judicial.

A este respecto, ha de valorarse sin duda el esfuerzo de construcción jurídica que realizó, que como advirtió el autor no era tan brillante como otros estudios realizados, pero fue notablemente útil para comprender el sentido del recurso casacional, cumpliendo también una función pedagógica para todos aquellos justiciables que se enfrentaban a la interposición de un recurso que reclamaba y reclama para su interposición una avanzada técnica jurídica, solamente para superar su trámite de admisión. En suma, el análisis objeto de comentario pretendió elaborar desde una perspectiva teórico-práctica el conjunto de requisitos que permiten el cumplimiento de la contradicción judicial, cuyo legado llega hasta nuestros días, pese a la crucial reforma que sufriría el recurso con posterioridad, cuyas modificaciones no alteraron la esencia del cumplimiento de la contradicción judicial en su modalidad común (art. 219.1 LRJS).

¹ DESDENTADO BONETE, «De nuevo sobre la contradicción de sentencias en el recurso de casación para la unificación de doctrina», en *El proceso laboral. Estudios en homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Valladolid (Lex Nova), 2001, pp. 200-201.

En efecto, en aquel momento el propio Aurelio Desdentado reconoció los déficits que podía provocar la exigencia estricta de la contradicción, fundamentalmente cuando se trataba de infracciones procesales o de procesos en los que la configuración casuística (calificación del despido disciplinario o valoración de incapacidades, etc.) impedía el cumplimiento de la identidad de las controversias a efectos de unificación de doctrina, quedando sin resolver en ocasiones problemas de alcance general (despidos objetivos, prevención de riesgos laborales, etc.). No obstante, dichas limitaciones que imponía esa exigencia estricta de la contradicción le estimuló a buscar alternativas que con posterioridad recogerían en parte la reforma del recurso de casación para la unificación de doctrina por la Ley procesal. Con el transcurso de los años se ha podido comprobar el acierto de sus razonamientos en el propio diseño de la contradicción judicial que ha conducido a que el proceso laboral no se prolongue por sistema hasta un tercer grado jurisdiccional, reservándose de forma nuclear para las controversias que reclaman una respuesta unificada, siempre por la presencia de la contradicción de los pronunciamientos judiciales.

IV. APUNTE FINAL

A propósito de lo anterior, quiero destacar, su honestidad que quedó puesta de manifiesto, cuando reconoció que «las críticas tenían su parte de razón», y «resultaban siempre estimulantes, aunque no se compartieran de forma plena»², contestando así a quienes esgrimieron en esos momentos iniciales de puesta en marcha del recurso, que la interpretación de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo era excesivamente estricta sobre el cumplimiento de la contradicción judicial. Dicho último pensamiento ponía al descubierto el talante del gran jurista Aurelio Desdentado, que escuchaba las posiciones contrarias, y dialogaba verdaderamente con el discrepante, con el fin de buscar alternativas, argumentos que te convencieran, defendiendo sus tesis con vigor y entusiasmo. El gran jurista D. Aurelio tenía claro que la postura de la Sala Cuarta debía ser esa defensa estricta de la contradicción judicial, porque realmente estaba en juego el propio funcionamiento de la jurisdicción social por entero, debiendo guardar un delicado equilibrio entre todos los intereses en juego. Y hay que reconocer con honestidad que tuvo razón, porque él quiso ver más allá del propio presupuesto del recurso casacional.

² DESDENTADO BONETE, A., «De nuevo sobre la contradicción de sentencias en el recurso de casación...», cit., p. 202.

Pero no quiero terminar estas líneas sin apuntar lo que me hizo siempre sentirme tan cómoda con D. Aurelio que fue su calidad humana, su cercanía, su escucha y su campechanía que cortaba la distancia y lograba que estuvieras tan a gusto con él, hablando de la última sentencia, de «los negocios», o del último libro que habías leído. En suma, era un lujo conversar con él sobre cualquier tema jurídico, aprender, dialogar y compartir lo que la vida me dio la oportunidad de disfrutar durante mi carrera académica con un jurista en mayúsculas que se fue de forma discreta, sin que muchos de nosotros tuviéramos la oportunidad de despedirnos.

Para mí, fue un ejemplo de jurista y de persona cercana y generosa. Le echaremos de menos.

LA NOSTALGIA DEL «SISTEMA» EN EL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
Catedrático de la Universidad de Granada
Presidente de la AESSS

«La técnica social que llamamos «derecho» consiste en inducir al individuo por un medio específico a abstenerse de la intervención por la fuerza en la esfera de intereses de los demás [...]. La paz garantizada por el derecho no es una situación de completa ausencia de la fuerza, de anarquía. Es una situación de monopolio de la fuerza, es decir, el monopolio de la fuerza de la comunidad jurídica»

Hans Kelsen¹

Aurelio Desdentado Bonete (Elche, 29 de marzo de 1944-Madrid, 19 de marzo de 2021) fue, sin la menor sobra de duda, un gran jurista y un hombre de cultura jurídica. Esto explica su extraordinaria trayectoria como investigador y como Magistrado del Tribunal Supremo. Su dominio intelectual del Derecho Social en su conjunto fue amplísimo. Su fallecimiento ha sido una pérdida irreparable para nuestra disciplina en la teoría científica y en la práctica

¹ KELSEN, H., *Principios de Derecho Internacional Público*, Trad. H. Caminos y E. Hermida, revisión, edición y estudio preliminar, «Soberanía y Derecho Internacional en Hans Kelsen: Mito y realidad» (pp. IX-LVII), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2013, p. 12.

jurídica. Pero, no se olvide, que nos queda para siempre su imprescindible obra como jurista².

Con su dominio del Derecho de la Seguridad Social, demostrado en numerosos trabajos de investigación y en las mismas sentencias en las que fue Ponente, reflexionó sobre las dificultades de construcción de un «sistema» de Seguridad Social; y no solo por ser extraña a ella la concepción iluminista³ de algo siquiera parecido a un verdadero «Código de la Seguridad Social», sino también para la labor, aparentemente más simple, de «racionalización» de esta complejísima disciplina y sector diferenciado del ordenamiento jurídico general. No son pocos los ensayos en los que investigó sobre esta materia, pero el que más resulta significativo es el que lleva por título «La nostalgia del sistema: reflexiones sobre del derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del «Código de la Protección Social», publicado en la revista «Relaciones Laborales», núm. 1 de 1996. Subraya que el problema de la complejidad no reside solo en la ordenación jurídica de la Seguridad Social, sino también, y más ampliamente, en la creciente complejidad de un universo jurídico sometido a investidas continuas y con la «atracción irresistible del caos»⁴.

En una «edad de la descodificación»⁵, que invade todos los sectores o ramificaciones del orden jurídico⁶, el aparente proceso de desconstrucción del

² Quedará para siempre el innovador –en un enfoque interdisciplinar– *Manual de Seguridad Social*, con la ambición académica de una «obra total» de arte del Derecho, realizado junto a ese gran Maestro que es Luis Enrique de la Villa Gil. Cfr. DE LA VILLA GIL, L. E., y DESDENTADO BONETE, A., *Manual de Seguridad Social*, 2.ª ed. (1.ª ed., 1977), Pamplona, Aranzadi, 1979, 758 pp.; y desde luego los trabajos suyos, como DESDENTADO BONETE, A., «El sistema normativo de la Seguridad Social», en *Revista de Derecho Social*, núm. 18 (2002), pp. 9-54; DESDENTADO BONETE, A., «La responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo. Estado de la cuestión y reflexión crítica sobre el desorden en el funcionamiento de los mecanismos de reparación», en *El futuro de la jurisdicción social*, 2007, pp. 401-500; y los que se citan en las notas de este breve trabajo realizado en su homenaje.

³ Para la concepción ilustrada, la ideología del racionalismo jurídico que inspira la codificación, los fines, y la estructura de los Códigos de Derecho privado y, asimismo, la noción del Derecho como «sistema», véase, por todos, TARELLO, G., *Cultura jurídica y política del Derecho*, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2002, pp. 43 ss., y 135 ss..

⁴ DESDENTADO BONETE, A., «La nostalgia del sistema: reflexiones sobre del Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del «Código de la Protección Social», en *Relaciones Laborales*, núm. 1 (1996), pp. 473-486. Aquí Desdentado parece evocar la teoría del caos de PRIGOGINE, I., *Las leyes del caos*, Barcelona, Crítica, 2019. Asimismo, DESDENTADO BONETE, A., «Un sistema en busca de su identidad. Notas para una aproximación histórica a la crisis de la Seguridad Sociales española», en *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Monereo, J. L., Molina, C. y Moreno, M. N. (Coords.), Granada, Comares, 2008, pp. 63-92.

⁵ IRTI, N., *La edad de la descodificación*, Barcelona, Bosch, 1986, pp. 1 ss.

⁶ Que comprende –y de manera especialmente intensa– al propio Derecho del Trabajo, estrechamente vinculado al Derecho de la Seguridad Social, MONEREO PÉREZ, J. L., *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 64 ss. («La edad de la diversidad normativa: el problema de la unidad del Derecho del trabajo en la sociedad fragmentada del

Derecho contemporáneo –con la consiguiente crisis de la ley– encuentra razones no simplemente técnicas, sino profundas razones de carácter eminentemente político (la política del Derecho, se inserta de suyo en el espacio de lo político que le sirve de presupuesto al orden jurídico y de impulso para su permanente transformación dinámica). La crisis del Derecho tradicional se hace visible externamente por una proliferación de las normas y por la rápida sucesión de éstas, que se pone de manifiesto en la expresión schmittiana del «legislador motorizado»⁷ o de las «leyes desbocadas»⁸. A ello se añade, con Zagrebelsky⁹, la crisis de la abstracción/generalidad de la ley, la pulverización del Derecho legislado, como consecuencia de la multiplicación de las leyes de carácter sectorial y temporal. Pero también la tendencia a la contractualización de la ley (legislación negociada), resultante de la mediación política entre intereses de grupos diversos. Lo cual conduce, finalmente, a la crisis de la estabilidad del sistema jurídico, planteando problemas de gobernabilidad de los procesos políticos y jurídicos¹⁰. La complejidad de las exigencias de regulación jurídica en la sociedad contemporánea requiere un uso más generalizado –y no simplemente excepcional como antaño– de las llamadas «leyes-medida»¹¹ para hacer frente a exigencias de regulación concreta y también de carácter sectorial, en continua transformación y adaptación.

En ese contexto se inserta el desarrollo del Derecho de la Seguridad Social, expresando esas tendencias, dentro de su propia peculiaridad, pero en una línea expansiva que provoca una desorganización jurídica y una crisis del principio de seguridad jurídica inherente a la forma de Estado de Derecho

capitalismo avanzado»); MONEREO PÉREZ, J. L., *Introducción al nuevo Derecho Flexible del Trabajo. Una crítica del Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996, *passim*.

⁷ SCHMITT, C., *Die Lage der europäische Rechtswissenschaft*, Tubinga, 1949. Véase MEHRING, R., «Carl Schmitts Schrift «Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft», en *ZaöRV* 77 (2017), 853-875. Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. https://www.zaoerv.de/77_2017/77_2017_4_a_853_875.pdf.; SCHMITT, C., *Legalidad y legitimidad, edición y estudio preliminar*; «La tensión entre los principios de legalidad y legitimidad», a cargo de J. L. Monereo Pérez, y C. Monereo Atienza, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006, pp. 66 ss. («El legislador extraordinario *ratione necessitatis*. La mera significación: la medida del Estado Administrativo suplanta la ley del Estado legislativo parlamentario»); SCHMITT, C., *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomás Hobbes* (1938), trad. de Francisco Javier Conde, revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004, pp. 59 ss.

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad en un tiempo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, 1999.

⁹ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 29 ss..

¹⁰ DESDENTADO BONETE, A., «La nostalgia del sistema: reflexiones sobre del Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del «Código de la Protección Social», en *Relaciones Laborales*, núm. 1 (1996), pp. 475-476.

¹¹ SCHMITT, C., *Legalidad y legitimidad, edición y estudio preliminar*, «La tensión entre los principios de legalidad y legitimidad», a cargo de J. L. Monereo Pérez, y C. Monereo Atienza, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006.

(art. 9.3 CE). Así, constata Desdentado que desde los inicios del nuevo sistema normativo de la Seguridad Social de los años sesenta predominaba la legislación delegada, que expresaba una cierta incapacidad de legislador para abordar la regulación completa de una materia tan compleja; se recurría a la formulación genérica de las «bases» que tendrían luego que ser articuladas o a la adopción de medidas concretas que serían posteriormente refundidas. A ello se añadiría el uso abusivo de la técnica de la «legislación en cascada» (el legislador delegante remitía al Gobierno la elaboración de la legislación delegada, pero ésta, a su vez, encomendaba su desarrollo a los reglamentos generales que deberían ser aprobados por decreto y que, de nuevo, prevenían que el Ministro de Trabajo dictaría las pertinentes Órdenes de aplicación. Éstas, por su parte, autorizaban a los órganos administrativos inferiores para resolver las cuestiones que pudieran plantearse en su aplicación, abriendo así la vía para el «Derecho subterráneo» de la Seguridad Social). Con la crisis económica¹² y la expansión del sistema proliferan los procesos de fragmentación del sistema en grupos normativos no siempre bien ensamblados, la subsistencia total o parcial la vigencia de los reglamentos de leyes derogadas, la aprobación de normas de Seguridad Social deslocalizadas por un incorporación en leyes reguladoras de muy distinta materia, el recurso abusivo a la legislación de urgencia, entre otras anomalías de la correcta técnica normativa. Todo ello enlaza con la expansión de la legislación coyuntural, contingente, y con las leyes-medida, en ambos casos operantes como legislación motorizada. La desorganización es palpable con las leyes de acompañamiento, las leyes de presupuestos, las leyes «ómnibus», etcétera; y ello a pesar de algunas limitaciones a su abusivo llevadas a cabo por el Tribunal Constitucional. En muchos casos, se aprecia –señala Desdentado– una el dominio directo e inmediato de la orientación legislativa por la economía y la ideología política del momento, en el eterno retorno de Friedrich Nietzsche del ciclo mejora–reducción de la protección social dispensada. Si el Derecho se somete a estas variables dominantes, sus destinatarios –incluso los operadores jurídicos– no estarán en condiciones de pronosticar de qué nivel de protección se podrá disponer en el futuro. Exponentes de ello, son las reformas de la legislación sobre las pensiones¹³, el desempleo, la incapaci-

¹² CRUZ ROCHE, I., DESDENTADO BONETE, A., y RODRÍGUEZ CABRERO, G., *Política social y crisis económica. Aproximación a la experiencia española*, Madrid, Siglo Veintiuno de España Editores, 1985, espec., los capítulos 4 y 6 redactados por Aurelio Desdentado.

¹³ DESDENTADO BONETE, A., «Reflexiones sobre el factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones», en *Documentación Laboral*, núm. 99 (2013), pp. 9-20.

dad temporal, etcétera, pero también el debate sobre las técnicas de financiación (el permanente debate reparto–capitalización)¹⁴.

Más adelante, en una línea tan disfuncional y propiciatoria de la inseguridad jurídica como las anteriores, Desdentado haría referencia a la proliferación de la «legislación simbólica» a propósito del La Ley 29/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo, con normas retóricas, «normas replicantes», directrices programáticas son consecuencias prácticas sustancialmente relevantes en caso de incumplimiento, declaraciones de intenciones o declaraciones redundantes y encomiendas de desarrollo de diversa índole. De manera que las innovaciones con auténtica realidad normativa quedaban reducidas –en su opinión– tan solo a algunas disposiciones en materia de Seguridad Social y a la invención del régimen jurídico de los trabajadores autónomos dependientes, y con todo utilizando una técnica y un contenido decepcionante. En este sentido este fenómeno de legislación simbólica recuerda al cuento de Hans Christian Andersen, «El traje nuevo del Emperador», pues allí como aquí «el traje no existía, pero la magia de su aceptación dependía de la previa condena de la visión crítica. Nadie quería ver que el emperador estaba desnudo, porque esa visión le clasificaba como incompetente o desleal». Así termina en cuento legislativo, pero con el cansancio de verte «trajes» que no existen en la realidad jurídica¹⁵.

En realidad, con estos procesos de política disgregadora y de déficit de técnica legislativa e inseguridad jurídica se conjugan con la relativa pérdida de coherencia de la ordenación de la Seguridad Social y acaban por traducirse en una «pérdida de identidad» subyacente a su crisis permanente. Al respecto, Desdentado aludiría al futuro problemático e incierto de la Seguridad Social Española y el riesgos de su degradación progresiva, al apreciarse, entre otras cuestiones, los problemas de viabilidad y de degradación de la protección; la tendencia hacia la asistencialización; y el peligro de disgregación, pues las nociones de unidad y de sistema fueron básicas en la reforma de la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963 y expresaban una concepción unitaria de la política de Seguridad Social. Pero él pensaba, ya por entonces (año 2008) que existe un futuro para la Seguridad Social (pues su decadencia no sería inevitable como pilar básico del Estado constitucional) siempre que se atienda y se tome conciencia de los problemas reales y se aborden a través de reformas no

¹⁴ DESDENTADO BONETE, A., «La nostalgia del sistema: reflexiones sobre del Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del «Código de la Protección Social», en *Relaciones Laborales*, núm. 1 (1996), pp. 477 ss.

¹⁵ DESDENTADO BONETE, A., «“El traje nuevo del emperador”». Sobre la legislación simbólica en el Estatuto del Trabajo Autónomo», en *Revista de Derecho Social*, núm. 44 (2008), pp. 13-35.

simplemente superficiales, sino de carácter radical, aunque puedan tener un coste muy elevado¹⁶.

Desde el punto de vista de técnica de legislar su punto de vista era cuando menos escéptico, sino decididamente pesimista. Hasta tal punto es así, que Aurelio Desdentado se interrogaba sobre si se puede construir la Seguridad Social sobre la inseguridad jurídica. Ante una situación de inseguridad y de dificultades de racionalización en la práctica legislativa –y desde el punto de vista de un neopositivismo crítico y abierta–, la idea de un «Código de Seguridad Social» o de un «Código de la Protección Social»¹⁷, solo puede aspirar –y no es poco– a ser una recopilación sistemática de la profusa e inorganizada normativa vigente en esta materia. No podrá superar el desorden jurídico, pero podrá permitir una cierta racionalización doctrinal del mismo y ser una herramienta útil para conocer y aplicar el Derecho vigente por los operadores jurídicos.

Por lo demás, la referencia al «Código de la Protección Social», plantea el problema inquietante, a su vez, del creciente riesgo de una desmembración de la Seguridad Social, que se despliega en una crisis de la estatalidad de la Seguridad Social en el marco del Estado Social Autónomico; una crisis funcional con la tendencia expulsiva del Sistema normativo de la Seguridad de algunas materias que le son típica (por ejemplo, salud, servicios sociales) o que podrían serlo (paradigmáticamente esto surgiría más adelante: la inserción o externalización de la protección social de la dependencia, y en su momento las llamadas rentas mínimas de inserción autonómicas; actualmente, sin embargo, y reflejando que no estamos ante una tendencia lineal e irreversible, la creación reciente (2020) del Ingreso Mínimo Vital como prestación no contributiva del Sistema de la Seguridad Social¹⁸), o la fragmentación interior del Sistema en regímenes especiales (señaladamente, la resistencia a la unidad de los regímenes de los funcionarios públicos); y, por último, la promoción de las formas de cobertura

¹⁶ DESDENTADO BONETE, A., «Un sistema en busca de su identidad. Notas para una aproximación histórica a la crisis de la Seguridad Sociales española», en *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Monereo, J. L., Molina, C. y Moreno, M. N. (Coords.), Granada, Comares, 2008, pp. 63-92. Se trata de un ensayo de diálogo con el trabajo del gran Maestro del iuslaboralismo que fue José Vida Soria. Cfr. VIDA SORIA, J., «¿Qué fue eso de la Seguridad Social?», en *Relaciones Laborales*, núm. 22 (2001).

¹⁷ Desdentado hace referencia, como se sabe, a la publicación realizada por GONZALO GONZÁLEZ, B., TEJERINA ALFONSO, J. I., y FERRERAS ALONSO, F., *Código de la Seguridad Social*, Madrid, BOE, 1987, 1989 y 1991.

¹⁸ Véase MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ INIESTA, G., y TRILLO GARCÍA, A. R., *El Ingreso Mínimo Vital en el sistema de protección social. Estudio de su configuración y régimen jurídico*, Murcia, Laborum, 2020; MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ INIESTA, G., y TRILLO GARCÍA, A. R., *El Ingreso Mínimo Vital*, Murcia, Laborum (Col. Trabajos de Investigación), 2021.

privada con medidas de apoyo estatal (casos significativos son los planes y fondos de pensiones privados; la remercantilización de espacios funcionales de las pensiones; o la remercantilización de espacios prestacionales de la asistencia sanitaria, entre otras manifestaciones de esta tendencia de política del Derecho). De este modo, se manifestaría el fenómeno de la disgregación o dispersión que generan inquietud, tanto en términos de unidad para los fines de la Seguridad Social, como en términos de inseguridad jurídica y desgobierno de la nueva perspectiva normalizadora del Sistema de Protección Social¹⁹.

¹⁹ DESDENTADO BONETE, A., «La nostalgia del sistema: reflexiones sobre del Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del «Código de la Protección Social», en *Relaciones Laborales*, núm. 1 (1996), pp. 484-486.

LÍNEAS DE TENDENCIA DEL DERECHO DEL TRABAJO Y PERSPECTIVAS DE FUTURO: REFLEXIONES DESDE EL PODER JUDICIAL

DAVID MONTOYA MEDINA
Profesor Titular de la Universidad de Alicante

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

«¿Qué hacer con el Derecho del Trabajo? Una reflexión sobre el futuro desde la práctica judicial». *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 118: «El Derecho laboral del siglo XXI», CGPJ (Madrid), 2007, pp. 19 a 50.

II. INTRODUCCIÓN

Probablemente estemos todos de acuerdo en que, durante los últimos veinte años pocas ramas de nuestro ordenamiento jurídico han experimentado cambios tan notorios y, sobre todo, tan rápidos como los que ha experimentado el Derecho del Trabajo al calor de la coyuntura económica, política y social. El número 118 de la revista de Estudios de Derecho Judicial, da cuenta sobrada de esa realidad, con un interesantísimo monográfico presidido por el sugerente título *Derecho laboral del siglo XXI*. Dicho monográfico condensa las ponencias de distintos magistrados del orden social en un precedente encuentro auspiciado por el Consejo General del Poder Judicial en el que tuvieron la oportunidad de reflexionar sobre la temática señalada y que terminaron compartiendo con los lectores en este número de 2007 de la revista.

El número arranca con una sugerente aportación de Aurelio Desdentado: «¿Qué hacer con el Derecho del Trabajo?». Con la maestría que caracteriza su pluma, Desdentado expone con brillantez los problemas que viene aquejando nuestra disciplina y que dificultan claramente el despliegue de su función tuitiva. Junto a ello, da cuenta, asimismo, de las singularidades estructurales de nuestro mercado de trabajo que vienen condicionando la actuación del marco jurídico laboral. También nos brinda interesantes reflexiones sobre las líneas de tendencia de nuestra disciplina, que efectúa desde una visión crítica, sustentada, por tanto, más en las directrices que debiera seguir el ordenamiento laboral y no en las que de hecho viene siguiendo muchas veces de manera errática.

El lector especializado debe saber que, pese al transcurso de catorce años, desde la publicación de este artículo de Desdentado, el análisis y reflexiones contenidos en el mismo no han perdido un ápice de actualidad. En ello ha contribuido, sin duda, el hecho de que los cambios que ha experimentado, desde entonces, nuestro sector del ordenamiento jurídico, si bien han sido importantes, no han tenido tanta entidad como para hacerlo irreconocible. También que los males estructurales de nuestro mercado de trabajo (desempleo, precariedad) y alguno de los defectos más visibles del marco jurídico laboral (segmentación), por desgracia, siguen siendo ahora los mismos que entonces. Por último, la actualidad, pese al transcurso del tiempo, la obra que se comenta es, sin duda, tributaria de las magistrales cualidades visionarias de su autor que entonces ya tuvo la capacidad de vislumbrar los factores que iban a condicionar el Derecho del Trabajo del futuro y que vienen condicionándolo en la actualidad.

III. COMENTARIO

El estudio arranca con una pregunta retórica que, sin duda, el autor formula con intención provocadora. ¿hay que quemar el Derecho del Trabajo? Con clara perspectiva crítica y no sin cierto pesimismo, Desdentado termina respondiendo a la citada cuestión con una contundente negativa: «no; no hay necesidad de quemar el Derecho del Trabajo, porque se está consumiendo solo».

Confiesa el autor tener la sensación de que el ordenamiento laboral se está quemando en el sentido de vivir una crisis de adaptación. Dicho fenómeno en buena parte es atribuible a la falta de valentía de los responsables políticos. Lejos de abordar sin complejos las reformas que el ordenamiento laboral pre-

cisa, han venido refugiándose en la legislación pactada a la que Desdentado reprocha el hecho de constituir una vía escapista por cuanto el acuerdo de la concertación social es fruto de recíprocas concesiones que acaban anulando la eficacia de la acción normativa. Con ello se da la sensación de que se están solucionando los problemas cuando en realidad éstos ni se abordan ni se solventan. Así, señala Desdentado no se puede reformar la contratación temporal porque los empresarios se molestan ni tampoco es viable modificar el despido porque los sindicatos se revuelven.

A partir de esta premisa, el estudio analiza las transformaciones que está sufriendo el Derecho del Trabajo a consecuencia de las convulsiones de la realidad socioeconómica sobre la que opera, aquejada por los problemas de paro elevado y precariedad. En efecto, siguiendo las aportaciones de Forrester y de Rifkin, Desdentado apunta que en una sociedad en la que el trabajo constituye un vínculo fundamental de socialización, el alto nivel de desempleo genera, cada vez en más personas, un sentimiento de marginación, alienación y exclusión social. Por otra parte, el paro elevado debilita la capacidad negociadora de los trabajadores generando condiciones de trabajo más precarias mientras se mejora la posición de una pequeña élite profesional. Si no el fin del trabajo, sí estamos afrontando su escasez y la incapacidad de nuestro país (y otros de nuestro entorno) de generar de manera natural niveles de empleo de cierta calidad. Como consecuencia de ello, nace en el mercado de trabajo una subclase de individuos caracterizada bien por su inempleabilidad, bien por aspirar solamente al empleo marginal.

Ante dicha difícil coyuntura económica y social, las cuestiones que surgen a colación no pueden ser otras que las que el propio Desdentado plantea: 1. ¿El actual Derecho del Trabajo se corresponde con la situación de crisis del empleo? 2. ¿tiene el ordenamiento laboral alguna responsabilidad en dicha crisis?, 3. ¿Cómo debería transformarse el Derecho del Trabajo para afrontar esa nueva situación?

Pues bien, el autor de manera deliberada no contesta de forma directa a dichas cuestiones, pero, a través de interesantes reflexiones, facilita al lector la labor de alcanzar por sí mismo algunas de las respuestas posibles. Dichas reflexiones entroncan, por una parte, con la identificación de los rasgos característicos de nuestro mercado de trabajo y, por otra, con los fenómenos de dualización y huida del ordenamiento laboral.

En cuanto a los rasgos característicos de nuestro mercado de trabajo, como se ha adelantado, estos son el desempleo masivo de larga duración y precariedad. El alto nivel de desempleo nos ha situado de forma sostenida en el tiempo en niveles inaceptables, muy por encima de la media de la Unión

Europea. Resulta significativo, en este sentido, que nuestro país no haya sido capaz de generar empleo neto y estable ni siquiera durante las fases alcistas de los ciclos económicos.

En cuanto a la precariedad, la preferencia institucional por la contratación indefinida no se compagina bien con el tradicional y excesivo protagonismo que en nuestro modelo ha venido teniendo la contratación temporal como medida de fomento de empleo. A resultas de ello, nuestro país ha alcanzado tasas de temporalidad en torno al 30 %, alejándose de los niveles de otros países europeos que no han superado el 15 %. Por no hablar del conocido agravamiento de dicho indicador entre colectivos vulnerables al desempleo como las mujeres y los jóvenes.

La excesiva temporalidad es causa directa de una degradación de la posición contractual del trabajador. Se abre así camino la denominada «dualización» o «segmentación» del mercado de trabajo, esto es, la coexistencia dentro de un mismo ordenamiento jurídico de dos estatutos laborales distintos. Uno con plenas garantías para los trabajadores fijos con cierta antigüedad y otro desprovisto apenas de garantías para los trabajadores temporales. Desdentado subraya la incoherencia en la que incurre el legislador cuando parece partir de la idea de que con la legislación laboral ordinaria es imposible crear empleo y, en lugar de modificar dicha legislación, instaura otra regulación de carácter especial para los nuevos contratados, pero con una reducción notable de las garantías. Se produce, así, una distribución desigual de los costes de la flexibilidad, que pesan íntegramente sobre los nuevos trabajadores manteniendo incólumes a los ya instalados. Las reducciones de plantilla se ejecutan a costa de los trabajadores temporales que constituyen una suerte de «ejército industrial de reserva» de utilización flexible.

La denunciada por el autor «dualización» del estatuto laboral no solamente se manifiesta en la relación desigual entre trabajadores temporales e indefinidos. También en materia retributiva. Las manifestaciones de doble escala salarial incorporadas por algunos convenios colectivos evidencia también la necesidad para la negociación colectiva de establecer regímenes distintos para los trabajadores ya empleados con respecto a aquellos que lo serán en el futuro. Este tipo de regulaciones, a juicio de Desdentado, esconden dos mensajes implícitos: por una parte, que el régimen laboral aplicable a los trabajadores antiguos no sirve para generar empleo. Por otro, que dicho régimen debe permanecer incólume y, puestos a introducir reformas regresivas, ello debe hacerse sobre los trabajadores futuros.

Junto a la dualización, el estudio apunta a los fenómenos de huida del Derecho del Trabajo como una vía adicional de escape frente al modelo clásico

co de Derecho del Trabajo. Con acierto, señala Desdentado a las nuevas tecnologías y a las nuevas formas de organización empresarial como elementos responsables de la aceleración de esas tendencias de huida que, a su vez, se manifiestan en dos fenómenos.

En primer lugar, en la difuminación de la empresa como centro imputación de responsabilidades laborales. Como es sabido, el modelo tradicional de empresa ha dado paso a la empresa red o empresa flexible. Un modelo de empresa integrado por un conjunto coordinado de pequeñas y medianas unidades empresariales cuya relación se articula a través de fórmulas diversas como los grupos de empresa, la subcontratación y la franquicia. Como resultado se produce un desvanecimiento de la empresa que se ha venido instrumentando a través de mecanismos como la interposición en el contrato de trabajo y las sucesiones de empresas, especialmente aquellas instrumentadas a través de escisión de sociedades, la filialización y el *outsourcing*.

En segundo lugar, la huida del Derecho del Trabajo se manifiesta en los fenómenos de deslaboralización. Dicho fenómeno se ha venido produciendo, unas veces, de la mano de la propia ley que ha llegado a rectificar determinadas orientaciones jurisprudenciales. Así aconteció, por ejemplo, con la exclusión de laboralidad de los transportistas con vehículo propio de la mano de la Ley 11/1994 y antes con los agentes comerciales a partir de la Ley 12/1992, del contrato de agencia. También la propia negociación colectiva en algún caso puntual ha dado muestras de intentos de deslaboralización. Así ha acontecido, por ejemplo, con los convenios colectivos de agencias de viajes de los años 1991 y 1996 que vinieron a declarar dispositiva la naturaleza laboral de la relación de trabajo de los guías de turismo. Por último, señala el autor oportunamente que la autonomía privada ha venido siendo la vía más importante de deslaboralización. Acertó plenamente Desdentado apuntando en su estudio al trabajo autónomo económicamente dependiente (que por aquel entonces no contaba con marco legal en vigor) como una importante vía de escape. Transcurridos más de diez años de aquel importante vaticinio, todos hemos visto su materialización a la luz del debate generado por el trabajo de reparto para plataformas digitales.

Cierra la publicación comentada una interesante reflexión sobre los desafíos para nuestro sistema de Seguridad Social. Un sistema que, al hallarse concebido para situaciones de empleo indefinido, a tiempo completo y estable, no ha podido hacer frente eficazmente a las distorsiones generadas por el elevado nivel de desempleo, la proliferación del trabajo temporal y a tiempo parcial y la consiguiente reducción de las carreras de seguro. El efecto es perverso por cuanto los trabajadores con carreras de seguro cortas no solamente no tendrán

acceso a una prestación, sino que deben cotizar para financiar la protección de los más favorecidos por el sistema. Aboga Desdentado por reconsiderar los largos periodos de cotización, las carencias cualificadas y la exigencia rigurosa de alta como condicionantes de acceso a las prestaciones para establecer un sistema más proporcional de atribución de derechos. Apunta, por ejemplo, que el individuo que no reúna el periodo de carencia necesario para la pensión de jubilación pueda percibir la que le corresponda por el tiempo cotizado, pero no nada como acontece actualmente. Aboga también por priorizar las prestaciones por desempleo y dispensar mayor atención a los mecanismos no contributivos de protección.

IV. APUNTE FINAL

Como se ha adelantado al comienzo de este comentario, el transcurso del tiempo no ha restado ni un ápice de actualidad a las importantes reflexiones sobre los problemas actuales de nuestro sector del ordenamiento y su futuro contenidos en esta genial aportación de Desdentado.

Las nuevas tecnologías facilitan la transformación de los sujetos de la relación laboral. Emergen autónomos, pequeños empresarios y profesionales libres, por una parte, y, por otra, se abre paso la empresa flexible o empresa-red con un soporte organizativo y patrimonial muy ligero. A su vez, el Derecho del Trabajo se fragmenta. Junto al clásico sistema garantista, emerge otro con garantías mínimas que es fuente de precariedad. Junto a ello concurren más muestras de fragmentación: relación laboral común frente a relaciones laborales especiales, contrato a tiempo completo y contrato a tiempo parcial, contratos típicos y modalidades contractuales.

Ante este contexto, ¿cómo debe afrontar el futuro el ordenamiento laboral? Descartando de plano las posturas rupturistas y las meramente conservacionistas, hay que compartir con Desdentado la utilidad de las reformas legislativas con objeto de conservar nuestro marco jurídico mejorándolo y adaptándolo a la realidad de los nuevos tiempos. Y cuando dichos procesos de reforma impliquen mayor flexibilidad, ésta no debe concentrarse en las nuevas contrataciones, sino que su coste sobre las garantías legales debe ser distribuido de forma más igualitaria. El Derecho del Trabajo habrá de ser un ordenamiento más flexible considerado en su conjunto y sin albergar un régimen de menor protección para aquellos que no estén dentro. Al tiempo, el ordenamiento laboral debe ser más un ordenamiento del empleo, luchando contra la discriminación en el mismo y garantizando su reparto y su promoción.

DESDENTADO, MESALINA Y LAS «OTRAS» VISITADORAS

MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO
Catedrática de la Universidad Autónoma de Madrid

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

«De nuevo, sobre trabajo y prostitución», *Revista Labos*, vol. I, núm. 2/2020, pp. 135-147 (<https://doi.org/10.20318/labos.2020.5543>).

II. INTRODUCCIÓN

Con la valentía que siempre caracterizó el pensamiento de Aurelio Desdentado, el Magistrado, Maestro y amigo, aborda un tema complejo, enormemente sensible, como es el de si la prostitución como actividad puede reconducirse al ámbito de las relaciones laborales y configurar de algún modo un contrato de trabajo. Probablemente en el año que se publica el artículo que comentamos, un año antes de su sorpresivo y desolador fallecimiento, se trataba ya de una materia abordada por la doctrina laboralista desde distintas perspectivas. Pero Aurelio ya se había enfrentado al tema con publicaciones diversas como su aportación en el libro *Mujeres y Derechos: una discusión jurídica sobre reproducción, sexualidad y género*, con un capítulo sobre «Prostitución y contrato de trabajo: una crítica y una propuesta» (2020, Marcial Pons, pp. 155-207); su comentario titulado «De “Mesalina” a “Otras”: la prostitución como trabajo ante los tribunales del orden social», en la *Revista de Jurisprudencia de Francis Lefebvre*, en marzo 2020 o, su comentario más conocido

sobre el «Contrato de trabajo y prostitución. Una reflexión sobre la sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2009» publicado en el Diario La Ley núm. 7238/2009. E, incluso, mucho antes de las publicaciones ya le había escuchado hablar del tema en apasionantes conferencias. De hecho, en los inicios de mi carrera profesional fui a un seminario sobre prostitución que se celebró en la Universidad Autónoma básicamente porque Aurelio impartía una ponencia. Y fue en ese momento cuando me di cuenta de la relevancia laboral de un tema del que, como máximo, yo solo habría intuido la causa ilícita. Su mano recta, diseccionando los complejos problemas y las distinciones elaboradas por la Sala de lo Social en los años 80 y advirtiendo cómo los casos controvertidos cada vez resultaban menos claros, nos mostró las artistas, las dificultades y, sobre todo, los efectos que tendría la proyección del principio tuitivo laboral para con aquellas personas que ejercen la prostitución de modo libre y absolutamente voluntario o cuya actividad se limita al alterne. Algunos años después de su charla, me animé a comentar una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia que precisaba el concepto de alterne, diferenciando en su seno el de por cuenta propia o en régimen laboral, pero que, tras señalar que concurrían las notas de ajenidad y dependencia en la actividad consistente en participar en un porcentaje en la venta de copas, concluía que en el caso concreto no era posible declarar la relación laboral al constar en hechos probados que las mujeres ejercían la prostitución (*Relación laboral de alterne versus prostitución ilegal*. STSJ Galicia, Sala de lo Social, de 12 de marzo de 2008, núm. 459/2008. *Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Justicia Laboral, Lex Nova, núm. 36, noviembre, 2008, pp. 148-151). El caso examinado ponía ya de manifiesto muchos de los problemas advertidos por Aurelio en sus conferencias y escritos relativos a la conexión negocial entre prostitución y alterne.

III. COMENTARIO

El artículo que se comenta consta de dos partes. La primera expone la relación entre trabajo y prostitución como problema. La segunda examina la posición de los tribunales laborales sobre la prostitución como trabajo.

En línea de su imparcial acercamiento a los temas, comienza exponiendo en una brillante síntesis los problemas de examinar jurídicamente un hecho real complejo escasamente conocido en su realidad fáctica y estadística «obstáculo importante a la hora de abordar correctamente los problemas y de encontrar soluciones». Con educación, en definitiva, rechaza los apriorismos o el

espiguo de argumentos basados en un único y apriorístico posicionamiento respecto de esa desconocida realidad. Aurelio es un jurista, no un político ni activista. Por eso «con el necesario relativismo y el absoluto respeto a las opiniones contrarias» avanza que se limitará «a una exposición de algunos datos y reflexiones que puedan contribuir al necesario debate sobre una situación que no es satisfactoria y que no parece tener una solución clara». Tras sintetizar los datos existentes a partir de los informes de las organizaciones que han estudiado el tema: increíble volumen de negocio que supone al año la actividad, pero la grave situación económica de las personas que ejercen la prostitución, el claro componente de género y de emigración ilegal, o la destacada presencia de mafias, expone los argumentos a favor de una tesis abolicionista de la prostitución (incremento de la trata, colisión de la actividad con nuestros derechos laborales, atentado contra la dignidad humana, imposible concurrencia de una situación de igualdad para ejercer la libertad sexual en una situación de abuso de poder), pero señalando que existen discrepancias con dichas consecuencias e, incluso, con los datos estimados de los que se parte. Asimismo, pone de relieve que otro de los puntos de enconado desencuentro en esta materia es el del carácter forzoso o voluntario de la prostitución, en tanto para los abolicionistas toda prostitución es forzada y los índices de voluntariedad serían tan extraordinariamente limitados que no justificarían su reconocimiento laboral. Finalmente, aborda si se trata de un trabajo, como actividad humana dirigida a la producción de bienes y servicios mediante un esfuerzo personal, a fin de obtener los bienes materiales para subsistir, lo que ha reconocido incluso el TJUE, al declarar que la prostitución (por cuenta propia) es una actividad económica porque constituye una prestación de servicios remunerada, con independencia de la posición moral en tanto corresponde a los legisladores nacionales. Fuera de la prostitución por cuenta propia, la prostitución por cuenta ajena, realizada a través de un tercero que organiza y dirige la actividad, como señala Aurelio, al margen de su actual prohibición, presenta problemas jurídicos por la especial naturaleza de la prestación y los obstáculos para definir la posición empresarial y la normativa laboral (¿dependencia, subordinación, formación, promoción, inspección?), así como por el hecho de que las modalidades de ejercicio presenten vínculos con la trata y otras formas de explotación sexual, y los papeles del proxeneta y el rufián (chulo) se camuflen a veces en tercerías locativas no ilegales (actividad hotelera que proporciona a cambio de un precio el local donde la prostitución se desarrolla). Por ello, considera que la prostitución es «un espejo oscuro como subraya una imagen literaria». Los modelos no suelen darse en estado puro. Y en España, jurídicamente, el Código Penal no penaliza la explotación de la prostitución voluntaria

de adultos cuando no sea abusiva (art. 187 CP) y, sobre todo, al margen del ámbito penal, el artículo 1255 CC para Aurelio tampoco contiene una exclusión clara pues la moral como límite a la autonomía de la voluntad no parece concluyente desde el momento en que existen países que la permiten y la noción de orden público, para el autor, no parece estar en juego «sin perjuicio puedan adoptarse medidas administrativas clásicas para eliminar o corregir externalidades».

Además, otra de las críticas al contrato de trabajo se centra, como se dijo, en la imposibilidad de admitir el juego de poderes empresariales de dirección control y disciplina en tanto vulnerador de la libertad, intimidad e integridad personal. Pero, solo desde la perspectiva jurídica, entiende que podría solventarse con una relación laboral de carácter especial atenuando la dependencia o, incluso adaptando interpretativamente la legislación vigente, limitando los poderes empresariales a través de la prohibición e discriminación y el derecho a la integridad física [art. 4.2.d) y c) ET], el derecho a una protección eficaz de la salud y seguridad en el trabajo (19.1 ET), el deber de buena fe y de consideración debida a la dignidad y capacidad de los trabajadores (art. 20.2 y 3 ET) o la posibilidad de dimisión sin preaviso, en definitiva «una interpretación respetuosa con las normas podría dar respuesta a las exigencias que se derivan del reconocimiento de los derechos fundamentales en cuestión». En caso contrario, de considerar existente un contrato nulo, la solución laboral podría venir de la mano del artículo 9 ET que garantiza al menos la remuneración del trabajo que ya se hubiere prestado y entiende implícitamente que una futura regulación debiera en tal caso equiparar la solución a la prevista en la LO extranjería que otorgaría también las responsabilidades en materia de Seguridad Social.

La segunda parte se centra en la realidad práctica y *la respuesta que el orden social de la jurisdicción* ha dado sobre la prostitución como trabajo. Varias sentencias de los años 80 aceptaron la laboralidad del contrato, pero en puridad se referían a supuestos de alterne por cuenta ajena. En la famosa sentencia del TS de 27 de noviembre de 2004 en el caso *Mesalina*, se abordaba la impugnación de la denegación del registro como empresarios «laborales» de la L. 19/1977 a la asociación denominada «Mesalina» porque su actividad, aunque referida a establecimiento hoteleros, era la de prestar servicios a terceros ajenos que «ejerzan el alterne y la prostitución». Las relaciones colectivas a las que podría dar lugar una hipotética negociación colectiva no se refería las personas que ejercen la prostitución sino al personal laboral propio de los establecimientos hoteleros. Por ello el TS falló favorablemente la inscripción de la asociación advirtiendo que si en el futuro pudiera apreciarse un fomento de

la prostitución «habrán de adoptarse medidas oportunas a quien corresponda». Con ello, como pone de relieve Aurelio, aunque no se diga expresamente, se reconoce el alterne laboral pero no la prostitución laboral. La dificultad no es ya determinar si existe contrato laboral en el alterne por cuenta ajena sino, como se señala, las zonas grises entre éste y la prostitución: los «negocios complejos o coaligados: alterne laboral por cuenta ajena o propia y prostitución también por cuenta ajena o por cuenta propia, combinada en ocasiones con el arrendamiento de habitaciones en el propio establecimiento». Es en este marco donde hay que decidir si prevalece la relación principal, si cada una de las relaciones se puede considerar independientemente, o si la prostitución siempre desplaza al alterne. Para la doctrina de suplicación, la existencia de prostitución impide la relación laboral. La SAN de 19 de noviembre de 2018, p. 258/18 sobre el sindicato «Otras», cuyos estatutos se anulan por considerar que en su ámbito se incluye la prostitución por cuenta ajena, contiene una síntesis clara de este tipo de argumentos. Siendo esta la postura laboral mayoritaria, se destaca alguna resolución de instancia que admite la posible laboralidad en la prostitución por cuenta ajena cuando no se aprecia ningún elemento de coacción o presión por parte de la empresa o de terceros, razonando la inexistencia de vulneración de la libertad intimidad o dignidad al tratarse de un contrato libremente aceptado y la falta de prohibición penal de la prostitución sin condiciones abusivas, concluyendo que mientras que el Estado español no opte por el modelo nórdico abolicionista, no cabe rechazar la laboralidad del vínculo en la actual situación de alegalidad so pena de agravar la igualdad y dignidad de las mujeres que la ejercen.

En fin, el artículo termina con una toma de posición o mejor, ante la síntesis de las acciones posibles en una materia tan compleja y sensible en relación con la propia concepción de moral. Partiendo de que es necesario un nuevo debate y un estudio de la realidad fáctica tan difícil de conocer, pone de relieve que la dificultad de llegar a un acuerdo deriva de uno de los viejos dilemas a los que la Filosofía del Derecho ha tenido que hacer frente tantas veces, cual es la de la «imposición legal de la moral». Para Aurelio, la situación de alegalidad tantas veces criticada puede verse como «una situación moderada de equilibrio antes unas posiciones que no son fácilmente conciliables» y las opciones posibles solo pueden ser, mantener la alegalidad actual tratando de evitar situaciones de desprotección; adoptar un abolicionismo decidido en línea con el modelo sueco; o proceder a una regulación laboral de la prostitución y definir un ámbito de legalidad no forzada de personas adultas adaptando algunas instituciones laborales.

IV. APUNTE FINAL

El artículo de Aurelio no hace sino sintetizar con mano de cirujano experto un tema enormemente complejo. Y lo hace con los rasgos que le definen: honestidad, agudeza intelectual, respeto y una capacidad de síntesis sin merma de una ingente información y proposición, solo a la altura de mentes privilegiadas como fue siempre la inalcanzable de Aurelio. A estos rasgos, en mi experiencia, añadiría otro, para mí más inteligente todavía: su humildad y la capacidad de impulsar y valorar a quien comienza su carrera universitaria. Siempre dije que a mí dos personas me dieron un cheque en blanco. Una de ellas, sin duda, fue Aurelio Desdentado, quien me ofreció colaborar con él para hacer un libro sobre la unificación de doctrina en materia de Seguridad Social. En su elaboración me dirigió con bondad, paciencia y magisterio dentro del enmarañado mundo de la Seguridad Social haciendo que pareciera algo simple y evidente. Pude comprobar su pasión y la ingente conexión de datos, e incluso de anécdotas de los casos, que retenía y combinaba para intentar este ámbito de la disciplina me sedujese. Pero sin ti, Aurelio, ni este ámbito, ni muchos otros, van a dejar de estar en el arcano sin tu ayuda y sabiduría. Por cierto, acaba de fallar en junio el Supremo el caso de las «Otras» e, inesperada y desgraciadamente nos has dejado sin conocer tu opinión. Descanses en paz.

HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UN RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL DE LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

SOFÍA OLARTE ENCABO
Catedrática de la Universidad de Granada

I. INTRODUCCIÓN

La monografía *Los problemas generales de la acción protectora de la Seguridad Social en la Unificación de doctrina* (Aranzadi 2009), es el objeto de mi contribución a este homenaje colectivo al amigo, compañero y maestro, Aurelio Desdedentado Bonete. Pero, a la vez, es el vehículo o el medio para reflexionar también sobre su persona y su huella.

Y en ese orden de consideraciones, el motivo de esta elección, porque no ha sido asignación, es que esta obra, además de reunir toda una serie de cualidades –interés, claridad, orden, rigor y exactitud–, que son el sello de todos sus trabajos, este libro se refiere a una temática y adopta un planteamiento o perspectiva en la que trabajé y, lo que es más importante, de la que me siento tributaria, pese a la paradoja que supone que mi libro se publicara doce años antes que éste, lo cual tiene una explicación como a continuación explicaré.

Pero antes de referirme a esa intrahistoria más personal y de adentrarme en la estructura, contenido y aportaciones de esta obra, resulta de interés aludir a las personas, con nombres y apellidos, que se mencionan en ella. Es claro que no me refiero a la bibliografía citada, sino a la portada, donde aparece el

nombre de Carmen Murillo García –coautora– y a esa página que a veces contiene una dedicatoria o alguna otra mención, donde aparecen Aurelio Desdentado Moldero –«A la memoria de»– y Francisco Murillo Ferrol –«Para». Sobre la coautora no sabía mucho, pero su apellido me hizo pensar que se trataba de la hija de Francisco Murillo y así es. En cierto modo, pensé que se trataba de dos autores que dedicaban esta obra sus padres respectivos, pero pronto intuí que entre el autor y el padre de la autora existiría también alguna otra conexión, como así ha resultado ser.

Carmen Murillo García es letrada del gabinete técnico del Tribunal Supremo –Social–, por lo que, dada la temática de la obra, resulta lógico pensar en una fructífera e intensa colaboración profesional, lo que se deja entrever en muchas páginas. Además, Aurelio Desdentado disfrutaba de la dimensión compartida del trabajo intelectual, que, en cierto modo, consideraba más fructífero y enriquecedor, como pone de manifiesto el hecho de que una parte de sus monografías hayan sido realizadas en coautoría, como su *Manual de Seguridad Social* (1977) y *La Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos* (2004) con Luis Enrique de la Villa (1977), *La Seguridad Social en la unificación de doctrina* (1997) con Magdalena Noguera, *Comentarios de urgencia a la reforma del sistema de protección por desempleo* (2002) con Ignacio García Perrote o el de *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*, con su hija Elena Desdentado, entre otros.

Pero en este caso, creo haber encontrado motivos para afirmar que concurre un elemento adicional, la admiración y la amistad entre Aurelio y Francisco Murillo Ferrol. En las numerosas ocasiones que Aurelio visitó la Universidad de Granada, al subir la escalera del patio de la calle Duquesa, mencionaba algunas de sus vinculaciones con Granada, como el escudo nobiliario con el nombre Daroca, cuando me contó que él y Lola Daroca eran compañeros de carrera, que la coincidencia de la letra D de sus apellidos les uniría toda la vida y que Francisco Murillo Ferrol, tras su período en la Universidad de Valencia, fue catedrático de Derecho Político en la Universidad de Granada, antes de marchar a la Universidad Autónoma de Madrid, por eso siempre que pasábamos por la puerta del ahora Departamento de Derecho Constitucional –entonces, Derecho Político– me decía con admiración «y aquí impartió Murillo Ferrol». En la bibliografía de Aurelio y de Murillo solo he podido encontrar un trabajo, he de decir una auténtica joya, en la que los dos participaron (también Luis Enrique de la Villa), se trata de *El reparto de la carga fiscal en Anales de Moral Social y Económica*, del Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos (Madrid, 1975), en el que Murillo Ferrol analizaba los cambios sociales y la evolución del sistema fiscal y Aurelio las técnicas de fi-

nanciación de los servicios sociales, con visible coincidencia de planteamientos. El comentario entre pasillos sobre Francisco Murillo y la dedicatoria en esta obra me hicieron pensar que también era un homenaje a un amigo y a un pensador social admirado, convencimiento, que no certeza plena, que nos ilustra acerca de un hombre de ciencia y de sentimiento hondo.

Pero no acaba aquí el elenco de personas a las que hace expresa alusión el libro, ya que al final de la nota introductoria se deja constancia del agradecimiento a Ignacio Tejerina —«maestro de Seguridad Social»—, a Carmen Alarma —«desde la biblioteca del Tribunal Supremo»—, a Maria Dolores Daroca —«ha leído y corregido, con paciencia y con su habitual eficacia»—, a Antonio Vicente Sempere —«ha apadrinado con comprensión y afecto esta publicación»— y a Magdalena Nogueira «ha estado siempre presente en este libro, que continua aquél con el que, con tanto entusiasmo comenzamos este camino»—.

En cuanto a la intrahistoria personal de la obra que pasamos a comentar, recuerdo que Aurelio me hizo partícipe de ella cuando estaba en estado avanzado, pero lo hizo con cierto misterio, nunca me dijo sobre qué era, solo, me anticipó, que me iba a gustar mucho, como así fue. Cuando me entregó el libro con dedicatoria, me explicó que otro mío de 1997 le animó a seguir en una idea que le andaba rondando desde hacía mucho tiempo, que ya había iniciado en otra publicación y que, dadas las coincidencias de planteamiento, esa obra mía era la mas citada en este libro. Realmente la modestia y la humildad de este hombre me dejó sobrecogida, porque, la verdad, se refería al libro en el que publiqué mi segundo ejercicio para el cuerpo de profesores titulares de universidad (*El derecho a prestaciones de Seguridad Social. Un estudio del régimen jurídico general de las prestaciones de la Seguridad Social*, 1997). La realidad es que yo seguí sus líneas o claves a partir del *Manual de Seguridad Social* suyo y de De la Villa (1977). De hecho, las aportaciones fundamentales de la obra que ahora se va a comentar culminan una construcción del maestro que viene de muy de atrás: su empeño por dar coherencia —y alcanzar un sistema— al complejo sistema normativo de la Seguridad Social, lo que hoy, con el nuevo texto refundido de la LGSS, estamos más cerca de alcanzar.

II. EL CONTEXTO

El libro que comentamos constituye la culminación de una línea de estudio emprendida en 1996 con la publicación de «La Seguridad Social en la unificación de doctrina. Una síntesis de la jurisprudencia 1991-1996», ya mencionado, y que tuvo su continuación en un artículo de actualización del mismo

publicado en la revista *Relaciones Laborales* –número 8 de 1998–. En estos dos trabajos aparentemente primaba la perspectiva profesional, aportando un análisis pormenorizado de los criterios jurisprudenciales más relevantes en el campo de la Seguridad Social, sin embargo, más allá de ello, ya se contenía toda una metodología y sistemática en la que latía una voluntad de construcción de una teoría general del Derecho de la Seguridad Social.

Con la obra «Los problemas generales de la acción protectora de la Seguridad Social en la unificación de doctrina», la perspectiva teórico–conceptual gana en protagonismo y visibilidad, porque los problemas generales de la acción protectora pasan a ser el núcleo y el hilo conductor del estudio. Así en la nota introductoria se afirma expresamente que «El tipo de análisis jurisprudencial que aquí se aborda quiere ser una introducción a las instituciones básicas de la Seguridad Social», objetivo que efectivamente consigue, utilizando como instrumento el caso, es decir, reconstruyendo el Derecho de la Seguridad Social desde la jurisprudencia.

De otro lado, destaca en la obra una metodología esencialmente crítica y realista, al abordar los principales problemas aplicativos de las normas, sus insuficiencias, escasa capacidad de adaptación a la realidad e, incluso, los puntos débiles de algunas interpretaciones. Magistral es en este sentido su análisis sobre la situación en la que se encontraba –y aun se encuentra– el régimen jurídico sobre la responsabilidad en orden a prestaciones, la evaluación de los daños derivados de accidentes de trabajo (recurriendo al baremo de accidentes de tráfico) y en aquel momento el régimen de revisión de prestaciones y de los reintegros.

En definitiva, una obra de intenso calado teórico, útil desde la perspectiva aplicativa y crítica, con propuestas dirigidas al legislador.

III. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

El libro *Los problemas generales de la acción protectora de la Seguridad Social en la Unificación de doctrina* se compone de siete capítulos, que abordan las grandes cuestiones de la acción protectora del sistema de Seguridad Social. Y es que basta con una lectura del índice para que el lector se percate de un objetivo –y logro– más ambicioso que el que exhibe el título. El análisis jurisprudencial sistematizado según un orden lógico se centra sobre todo en el período comprendido entre los años 1998 y 2009, pero, a la vez, incluye referencias y remisiones a la doctrina anterior, lo que permite identificar líneas de continuidad y de cambio en el proceso de unificación de doctrina.

El primer capítulo se dedica un estudio teórico y conceptual de la relación jurídica de protección, como una de las relaciones jurídicas –la principal, junto a las instrumentales de financiación y encuadramiento– que conforman la compleja relación jurídica de Seguridad Social. En él se dedica una especial atención a la distinción entre contingencias profesionales y comunes y entre la enfermedad y el accidente común.

El capítulo segundo está dedicado al estudio de los requisitos de acceso a la protección, esto es la incidencia de la afiliación, el alta y la cotización en las prestaciones contributivas del sistema, deteniéndose en los aspectos más complejos, como las situaciones asimiladas al alta y el cómputo de cotizaciones ficticias o asimiladas.

El capítulo tercero analiza la cuantía de las prestaciones y su determinación, también, partiendo de lo general, descendiendo al análisis pormenorizado y detallado de aspectos muy técnicos, como la integración de lagunas en la base reguladora de las pensiones y las vicisitudes de la doctrina del «paréntesis». Siendo de especial interés las cuestiones que plantea el cómputo de la base reguladora. El capítulo cuarto analiza la compleja e insatisfactoria situación normativa, así como la relevante respuesta jurisprudencial, sobre la responsabilidad empresarial en orden a prestaciones. En su análisis evidencia cómo esta situación provoca importantes disfunciones, que no duda en calificar como «uno de los puntos oscuros del régimen actual de la acción protectora», dada la vigencia de una norma reglamentaria preconstitucional y la inacción del legislador, lo que difícilmente puede suplir la jurisprudencia social.

En el capítulo quinto se agrupan una serie de aspectos del régimen jurídico de las prestaciones que son consideradas como las garantías de éstas y que incluye el estudio de la compatibilidad, la prescripción y la caducidad, evidenciando una evolución normativa regresiva en este campo.

El capítulo sexto, sin duda uno de los más críticos, contiene un estudio sobre la revisión de los actos declarativos de prestaciones –reconocimiento del derecho– y el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas, evidenciando un marco normativo insuficiente y una evolución normativa correctora de la doctrina jurisprudencial moderadora de los excesos de la Administración de la Seguridad Social en el ejercicio de un derecho de autotutela teóricamente muy limitado, pero claramente expansivo. Excesos que, de nuevo, ante la existencia de lagunas legales, sigue corrigiendo la doctrina.

El capítulo séptimo se aparta de la estructura sistemática anterior porque trata el recargo de prestaciones y la indemnización civil adicional, que son técnicas de reparación, pero no propiamente prestaciones de la Seguridad Social. Sin embargo, se justifica su estudio aquí por la necesidad de aportar un

análisis completo de las formas de reparación de las contingencias profesionales, sin el que no se tendría una visión completa del sistema de cobertura en su conjunto. Es decir que, si bien, en un capítulo de cierre, se cede aquí en el esfuerzo de sistematizar de forma coherente en favor de la visión de totalidad.

IV. APUNTE FINAL

Tras releer la obra que se ha comentado, transcurridos doce años, se tiene la certeza de que es un trabajo intemporal o imperecedero, pese a la constante evolución de la doctrina jurisprudencial. En ella están las principales cuestiones que plantea la ordenación del sistema de Seguridad Social, entonces y ahora. Es una obra de interés aplicativo y, a la vez, y fundamentalmente, una obra clásica de instituciones básicas de la Seguridad Social, reflejo de su ser como jurista, a caballo entre el ámbito académico y el forense judicial, privilegiada visión y atalaya desde la que pensar y reconstruir la lógica jurídica y la justicia social.

La aprobación del vigente Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social mediante el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, comportó un gran avance desde la perspectiva sistemática. Ciertamente, la habilitación concedida al Gobierno mediante la Ley 20/2014, de 29 de octubre por la que se delega en el Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos, en su artículo 1.c), optó por una delegación amplia –ex art. 82.5 CE– permitiendo al Gobierno, más allá de una mera refundición, regularizar, aclarar y armonizar. Por ello el nuevo texto refundido acometió una reestructuración ambiciosa, respondiendo a las necesidades acuciantes de armonización y sistematización. Durante el período transcurrido desde la aprobación del anterior texto refundido –aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994–, hasta 2015, se deformó en exceso el texto original –incluyendo artículos de numeración ininteligible–, adicionando una lista interminable de disposiciones adicionales, a lo que se añadía la adopción de nuevas normas que quedaron extramuros de la LGSS/94. Era clara la necesidad de una simplificación y sistematización, pero a la vez, era preciso dotar a la norma de coherencia como ley vertebradora de todo el sistema normativo de la Seguridad Social. El nuevo texto refundido de 2015, hubo de dar un salto cualitativo, rompiendo con la inercia de mantener la numeración del articulado y el número de títulos, capítulos y secciones; baste recordar que el texto refundido pasó de tener 234 artículos a 373 y de tres títulos a seis –incorporando por fin la regulación del Régimen de Trabajadores Autónomos en el título cuarto, la prestación por cese de actividad en el título quinto y las prestaciones no contributivas en el último de los títulos, el sexto–. Sistemática mucho

más clara y representativa de la realidad del conjunto normativo que compone del sistema de la Seguridad Social.

Pues bien, de este pequeño excursos y hasta cierto punto digresión, vemos que el legislador acogió algunas de las sutiles orientaciones de la obra que comentamos. Imagino que cuando se aprobó el nuevo texto refundido, aun no plenamente contento, Aurelio Desdentado experimentó cierta satisfacción, que no conformismo, dispuesto a seguir trabajando en esa labor constructiva desde la «razón jurídica» en el sentido que lo entiende Alejandro Nieto, es decir, buscando comprender el Derecho, mejorar sus normas y orientar su práctica. Sin embargo, no vio cumplido su anhelo de contar con un reglamento general de las prestaciones de la Seguridad Social que aborde las cuestiones pendientes de las que nos advierte esta obra.

ACCIDENTE LABORAL DEL EXTRANJERO EN SITUACIÓN IRREGULAR

FRANCISCO RAMOS MORAGUES
Profesor Contratado Doctor de la Universitat de València

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

«El accidente de trabajo del extranjero «sin papeles», *Diario La Ley*, núm. 5974, Sección Doctrina, 12 de marzo de 2004, Año XXV, Ref. D-63 (La Ley 475/2004).

II. INTRODUCCIÓN

El artículo referenciado aborda una cuestión de enorme relevancia práctica y de gran calado doctrinal como es la situación del trabajador emigrante que, careciendo de la preceptiva autorización para trabajar, sufre un accidente laboral. Dicho estudio tiene como referente dos resoluciones dictadas por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de fechas, 9 de junio y 7 de octubre, ambas del año 2003, en las que el Alto Tribunal se pronuncia sobre las consecuencias que derivan de haber sufrido el accidente laboral; y, al mismo tiempo, sobre la calificación del vínculo laboral; más concretamente, si el contrato de trabajo ha de reputarse nulo o no¹.

¹ Un estudio sobre la STS de 9 de junio de 2003 (rec. núm. 4217/2002), en SEMPERE NAVARRO, A. V., «Accidente laboral de extranjero sin permiso», *Repertorio de jurisprudencia*, núm. 13, 2003, Aranzadi. Texto disponible *on line* en: insignis.aranzadidigital.es (BIB 2003/998).

El interés de estas resoluciones es indiscutible pues modificaron la doctrina mayoritaria mantenida hasta la fecha amén abrir el camino a otras resoluciones jurisprudenciales posteriores en el tiempo que han profundizado en esta línea. Sin entrar ahora en mayores detalles, será suficiente con señalar que el Tribunal Supremo considerará en estas sentencias que existía base jurídica para extender la protección dispensada por nuestro ordenamiento jurídico —en materia de seguridad social— al extranjero no autorizado, cuando se trataba de contingencias profesionales. Y ello aun cuando todavía no se había introducido la reforma de la Ley de Extranjería promovida por la Ley Orgánica 14/2003.

Pero al margen de la trascendencia que estas cuestiones jurídicas tienen *per se*, no puede obviarse que muchas veces el trasfondo en este tipo de conflictos nos lleva a una dimensión superior, al vincularse directamente con una cuestión capital como es el tratamiento normativo que ha de darse por los Estados al fenómeno de la inmigración ilegal. Políticas migratorias que buscan un difícil equilibrio entre la protección de las personas y evitar una emigración descontrolada; políticas que, además, dependiendo del contexto económico en el que se implementan suelen tener una visión muy distinta en la opinión pública.

Para concluir con estas breves líneas introductorias e incidiendo sobre a idea ya expuesta de que nos movemos en un terreno que trasciende el Derecho del Trabajo en sentido estricto del término, debemos subrayar que al margen de la normativa propia de esta rama del Derecho, la Ley que va a resultar clave para valorar el alcance de la protección que se dispensa a estos trabajadores no será (o al menos, no solo) una norma laboral, sino la encargada de regular los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, esto es, la Ley Orgánica de Extranjería.

III. COMENTARIO

El artículo que constituye el objeto del presente comentario, antes de afrontar los cambios protagonizados por las resoluciones jurisprudenciales citadas, parte de esa dimensión superior a la que se aludía párrafos atrás. En tal sentido, el autor pone de relieve, con gran acierto, no solo que la inmigración ilegal es uno de los grandes desafíos que tiene la política contemporánea sino la enorme dificultad que existe para el legislador a la hora de confeccionar un marco normativo que sea, «protector» en relación con las personas que pueden ser víctimas de explotación laboral y marginación; y, al mismo tiempo, «repre-

sivo», en el sentido de evitar un no deseado efecto llamada. Y es precisamente ese difícil equilibrio lo que hace que las normas, en ocasiones, adolezcan de cierta ambigüedad.

Pues bien, un ejemplo de esa ambigüedad se observa, como indica el autor, en la normativa de Seguridad Social. Y es que, por un lado, el artículo 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social a la hora de determinar su campo de aplicación afirma, textualmente, que están incluidos en la Seguridad Social «[...] los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional [...]». *Sensu contrario*, si el emigrante no reside ni se encuentra legalmente en territorio nacional, se sitúa extramuros de nuestro sistema de Seguridad Social.

Sin embargo, la Ley Orgánica de Extranjería (en adelante, LO 4/2000) en versiones previas a la actualmente vigente, si bien requería permiso para trabajar en nuestro país; a continuación, disponía que carecer de la autorización, no invalidaba el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero. Esta expresión, como bien afirma el autor en su artículo, resultaba un tanto desafortunada y abría dos posibles interpretaciones: bien considerar que el contrato de trabajo del extranjero sin permiso ya no era nulo; o bien entender que sí lo era pero que dicha nulidad no afectaba a los derechos ya devengados a favor del trabajador por la prestación de trabajo. En todo caso, esta última interpretación incorporaba nuevas incógnitas: ¿A qué derechos se refiere? ¿Se incluye los derechos en materia de Seguridad Social?

Sentado lo anterior, el resto del artículo se centra en la solución ofrecida por la jurisprudencia en las sentencias antedichas y los principales argumentos defendidos para sustentar su tesis. De entrada, de las dos posibles interpretaciones en punto a la calificación del vínculo laboral, el TS se decanta la primera de las interpretaciones. Es decir, conforme a la legislación expuesta, el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no podría considerarse un contrato nulo. Como consecuencia de ello, un trabajador que se encuentre en dicha circunstancia no podría negársele la protección que es inherente al contrato de trabajo. De esta forma, se cambiaba radicalmente el criterio que venía defendiéndose por la jurisprudencia unificada hasta ese momento².

² Por todas, STS de 21 de marzo de 1997. Esta tesis, en extrema síntesis, consideraba que en la medida en que constituía un requisito obligatorio para el trabajador extranjero disponer de los permisos de trabajo y residencia, si se carecía de los mismos el contrato de trabajo así celebrado era nulo al contradecir el artículo 6 del Código Civil, en relación con el artículo 1275 del mismo texto normativo. En todo caso, nótese que esta tesis era previa a la modificación legislativa del artículo 36.3 de la LO 4/2000.

A mayor abundamiento, el argumento se refuerza con la alusión al se completa con la referencia al Convenio núm. 19 de la OIT, de 1925³, sobre la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros frente a los accidentes del trabajo. Dicho Convenio, que en el caso se estimará aplicable, dispone, de un lado, «Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro Miembro que lo haya ratificado, y que fueren víctimas de accidentes del trabajo ocurridos en el territorio de aquél, o a sus derechohabientes, el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo»; y, del otro, que «Esta igualdad de trato será otorgada a los trabajadores extranjeros y a sus derechohabientes sin ninguna condición de residencia. Sin embargo, en lo que se refiere a los pagos que un Miembro, o sus nacionales, tengan que hacer fuera de su propio territorio en virtud de este principio, las disposiciones que hayan de tomarse se registrarán, si fuere necesario, por acuerdos especiales celebrados con los Miembros interesados». En todo caso, como destacará el autor, es importante destacar que cuando el convenio internacional alude a la exclusión de la condición de residencia se está refiriendo probablemente a los supuestos de trabajo legal del extranjero no residente (caso de los trabajadores fronterizos, por ejemplo).

Sea como fuere, lo cierto es que esta tesis jurisprudencial fue acogida, incluso sobrepasada, tras la siguiente modificación legislativa de la Ley de Extranjería, operada por la Ley Orgánica 14/2003 (*BOE* núm. 279, de 21 de noviembre de 2003). Y es que, se añadió un nuevo inciso al artículo 36.3 2 de la LO 4/2000 en el que no solo se indica que la falta de permiso de trabajo no solo no invalidará el contrato respecto a los derechos laborales del trabajador, sino que se añade que tampoco será «obstáculo para la obtención de las prestaciones que puedan corresponderle». Por tanto, como concluye el autor en su estudio «el empresario tendrá que cotizar por los extranjeros irregulares y que esas cotizaciones serán válidas a efectos de las prestaciones. Es decir, que estamos ante unas relaciones de Seguridad Social «normales», aunque claro cuando emerjan de la clandestinidad».

Ahora bien, que se tutele al trabajador extranjero que presta servicios de manera irregular en relación con el acceso a prestaciones derivadas de contin-

³ En relación a esta cuestión recuérdese que el artículo 42 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, afirma que a los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de países que hayan ratificado el Convenio número 19 de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1925, que presten sus servicios sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se considerarán incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

gencias profesionales, en este caso, accidente de trabajo; no despeja todas las incógnitas que en el ámbito labora plantea la prestación de servicios por ciudadanos extranjeros en situación irregular, pues sigue discutiéndose doctrinalmente respecto a que ocurre respecto a las prestaciones que tienen su origen en contingencias comunes. O, incluso, la jurisprudencia ha rechazado el acceso a otras prestaciones como el desempleo en su modalidad contributiva⁴.

IV. APUNTE FINAL

Estamos ante un artículo que trata de un forma rigurosa y clarividente, características siempre presentes en la obra de uno de los más prestigiosos juristas que ha dado nuestra historia reciente, una temática enormemente compleja y que, como suele ocurrir en estos casos, presenta una gran trascendencia práctica. Su lectura es absolutamente recomendable para quienes afrontan el estudio de la protección social del trabajador extranjero que presta servicios en situación irregular, pudiendo identificar los aspectos más relevantes a tener en cuenta y el papel tan esencial que, una vez más, ha desempeñado la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en la defensa de los derechos de los trabajadores.

⁴ SSTS de 18 de marzo (rec. núm. 800/2007) y de 12 de noviembre (rec. núm. 3177/2007) de 2008. Más recientemente, STS de 31 de enero de 2017 (rec. núm. 2017/648).

LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL

IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO

Profesor Titular de la Universidad de Oviedo
Experto Nacional en la European Labour Law Network

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

«La protección social en el nuevo contrato a tiempo parcial», *Relaciones Laborales* núm. 19, La Ley, 1999, pp. 10-42.

II. INTRODUCCIÓN

La regulación del trabajo a tiempo parcial, tanto en su dimensión laboral como en la de Seguridad Social, ha sido una constante preocupación del legislador en las últimas décadas, con modificaciones sucesivas que han provocado la intervención de los tribunales y la atención de la doctrina científica. Aurelio Desdentado abordó esa problemática en su doble condición de magistrado y estudioso del Derecho. En esta segunda faceta ofreció agudos análisis de la normativa vigente, anticipando problemas futuros. La obra que aquí se glosa es un claro ejemplo, porque no sólo daba las claves precisas de la reforma legal que acababa de tener lugar, sino que además venía a cubrir en cierto modo una

laguna doctrinal, ya que hasta finales de la década de los 90 la seguridad social de los trabajadores a tiempo parcial era un terreno prácticamente inexplorado.

III. COMENTARIO

Este estudio fue realizado en coautoría con Jesús Mercader Uguina –con quien ya había colaborado previamente dando lugar a investigaciones de enorme valor–, pero se precisa de forma explícita que constituye una actualización y revisión de otro trabajo precedente del propio Aurelio Desdentado, con el fin de incorporar las novedades introducidas por el Real Decreto 144/1999. Es, pues, una muestra evidente de la generosidad de Aurelio Desdentado y de su permanente propósito de enriquecimiento personal y profesional compartiendo reflexiones con personas que podían aportar una perspectiva distinta y cualitativamente muy valiosa.

El artículo se inicia con una breve, pero incisiva y atinada, panorámica histórica, que clarifica por qué era necesaria una reforma de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial –el sistema de cómputo proporcional dificultaba el cumplimiento de los períodos de carencia–, y continúa con un análisis estrictamente técnico del ámbito de aplicación (subjeto, objetivo y temporal) y del contenido de esa reforma, poniendo de manifiesto, desde el principio, que la ausencia de reglas particulares en relación con los actos de encuadramiento provocaría dificultades prácticas de entidad en ausencia de mayor precisión normativa.

No obstante, el grueso del estudio se dedica a tres cuestiones principales. En primer lugar, el contenido de la acción protectora de la Seguridad Social para los trabajadores a tiempo parcial. En segundo lugar, las reglas particulares para los trabajadores fijos discontinuos. Y, en tercer lugar, la jubilación parcial, que desde luego no era una modalidad novedosa, pues contaba con más de una década de existencia, pero en la práctica no había tenido éxito, lo que llevó al legislador a reconfigurar la institución para proporcionar un nuevo impulso.

En el marco de la acción protectora, y advirtiendo de las dificultades que había generado la regulación precedente, los autores diseccionan las nuevas normas, no limitándose a reproducir y sistematizar los distintos preceptos, sino que abordan la cuestión con una eminente perspectiva práctica, que se traduce incluso en cálculos matemáticos ejemplificativos para ilustrar con precisión las diferencias que se introducen con esta nueva regulación en comparación con la precedente. Esa vertiente práctica, en combinación con la precisión téc-

nica y dogmática de la que siempre hizo gala Aurelio Desdentado, es uno de los rasgos característicos de su obra.

El segundo de esos bloques temáticos antes anunciados se ocupa del trabajo fijo discontinuo, ofreciendo un completo panorama sobre la protección social de esta clase de actividad. En cualquier caso, los autores advierten que esa reforma de 1998-1999 no se ocupó como debiera del trabajo fijo discontinuo, que solo modificó en aspectos puntuales, de forma tal que seguía siendo considerado como trabajo a tiempo parcial, pese a que, en su opinión, lo procedente habría sido introducir las especialidades que permitieran atender los rasgos singulares de esa modalidad. Pese a ello, ofrecen un detallado análisis de la acción protectora que se dispensa a ese colectivo, con atención especial a la incapacidad temporal y al desempleo.

Finalmente, el estudio aborda la jubilación parcial, que ocupa casi un tercio de su extensión, buena muestra de que los autores consideraban muy relevante esta modalidad. Desde luego, no se equivocaban, porque en los siguientes siete años la jubilación parcial contaría con un crecimiento de tamaño intensidad que el legislador se vería obligado a endurecer sus requisitos para evitar que una medida originariamente concebida con el propósito de favorecer la incorporación de los jóvenes al mercado de trabajo derivara en una modalidad de jubilación anticipada sin penalización alguna en la cuantía de la pensión.

De entrada, el estudio pone de manifiesto, a partir de fuentes estadísticas, el «rotundo fracaso» hasta entonces de la jubilación parcial, de uso «anecdótico» debido a que la rigidez de la regulación desincentivaba su uso. En particular, la jubilación parcial carecía de atractivo para el empresario por la «complejidad que para la dinámica empresarial representa la coexistencia de dos trabajadores en un mismo puesto con diferentes grados de experiencia o el carácter estanco de la actividad desarrollada por ambos trabajadores sin que exista nexo de unión que permita una cierta actividad formativa del trabajador relevado sobre el relevista».

A continuación, los autores efectúan un riguroso y extenso análisis de la nueva regulación, dotada de más flexibilidad, pero también más compleja. Pese a la proximidad en el tiempo de la reforma legal, el estudio detecta diferentes lagunas o zonas grises, ofreciendo propuestas interpretativas de notable valor, que posteriormente serían acogidas por los tribunales. En todo este proceso de análisis destaca la conexión permanente con otras parcelas, con el fin, por un lado, de comparar las respuestas legales al mismo fenómeno en distintas prestaciones (reglas sobre incompatibilidad con el trabajo de la jubilación parcial y de la incapacidad permanente), y, por otro, de explicar el motivo de

determinadas novedades (incompatibilidad entre jubilación parcial y gran invalidez, que derivaba de la Ley 13/1982, como advierten los autores).

IV. APUNTE FINAL

Basta un repaso superficial a la obra científica de Aurelio Desdentado Bonete para comprobar su enorme espíritu colaborativo, a la par que su generosidad. Muchas de sus publicaciones, que globalmente superan las doscientas, cuentan con su única autoría, pero un número significativo fue fruto de su permanente interés en trabajar conjuntamente con juristas de academia. En su condición de magistrado del Tribunal Supremo, qué duda cabe, disfrutaba de amplias posibilidades de elección de «pareja científica» para la elaboración de esas publicaciones conjuntas, pero la plaza que en ese momento ocupaba su compañero de publicación nunca fue un factor decisivo para Aurelio Desdentado, que ha firmado obras científicas con profesores universitarios de muy distinta condición, desde catedráticos a personas que aún no habían accedido a la función pública, pues lo relevante para él era lo que esas personas podían aportar y no tanto el dato formal de su categoría administrativa.

El estudio que se glosa se convirtió en una referencia ineludible en el momento de su publicación y, pese al tiempo transcurrido y las reformas operadas en esa materia, sigue ofreciendo una información imprescindible sobre los problemas y avatares de la regulación de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial. No en vano, algunas de las deficiencias que se ponen de manifiesto, como la insatisfactoria configuración de las reglas de proporcionalidad, han seguido generando dificultades muy notables, con expreso rechazo del TC y del TJUE. Las diferentes reformas legales no parecen haber cerrado completamente la cuestión, y por ello revisitar las agudas y sugerentes valoraciones de Aurelio Desdentado ofrece una oportunidad para seguir reflexionando sobre el mejor modo de tutelar y satisfacer todos los intereses en juego.

UNO DE LOS ASPECTOS MÁS COMPLEJOS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL: LA NOCIÓN DE HECHO CAUSANTE

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
Profesor Titular de la Universidad de Murcia

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

«Una noción enigmática: el hecho causante en las prestaciones de Seguridad Social (I y II)», *Revista Actualidad Laboral* núm. 21 y 22, 2002¹.

II. INTRODUCCIÓN

El estudio que se comenta tiene tres grandes partes diferenciadas y unas conclusiones finales. La primera, comienza con un reconocimiento expreso de que «el hecho causante es una noción difícil de aprehender y quizás más difícil de aplicar» y ello debido a que la propia expresión es engañosa y por un uso impreciso o poco riguroso en la legislación de Seguridad Social. Continúa analizando una serie de pistas para su correcto conocimiento que entiende como erróneas, proponiendo como camino más seguro en su determinación el del inicio de la situación protegida. Finaliza esta primera parte comentando las

¹ También se publicó, con el mismo título, en *Estudios de Derecho Judicial* 38-2001, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2001.

funciones básicas que tiene el hecho causante en la acción protectora del sistema de Seguridad Social. La segunda parte la dedica a la identificación del hecho causante en la incapacidad permanente y en la protección social complementaria. Finalmente nos ofrece algunas conclusiones, que se inician con un interrogante ¿sirve para algo el hecho causante? terminando con una frase «... Mientras tanto habrá que seguir dando vuelta alrededor del hecho causante». El enigma sigue estando todavía sin resolver.

III. COMENTARIO

1. Contexto del estudio

Si se leemos detenidamente el estudio se puede apreciar que su preocupación por un correcto entendimiento de la noción de hecho causante no es nueva, si no que ha venido siendo objeto de su atención tiempo atrás. Por ejemplo, desde la reforma introducida en el sistema de Seguridad Social por la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social (más conocida como Ley de reforma de las Pensiones de la Seguridad Social), que es citada en varias ocasiones en este estudio. En este sentido es interesante recordar la monografía de Aurelio Desdentado junto con Bernardo Fernández Fernández y Emilio González Sancho «La Reforma de las Pensiones de la Seguridad Social»². En ella, ya se puede ver, como en el capítulo II, cuando analiza los requisitos de la invalidez permanente³ crítica a las remisiones al hecho causante, posicionándose en favor de tomar en cuenta el inicio de la situación protegida. Y si se quiere uno remontar a tiempos anteriores, véase entonces el *Manual de Seguridad Social* en coautoría con Luis Enrique de la Villa⁴ cuando plantea los numerosos problemas que en la dinámica de la invalidez permanente plantea la noción de hecho causante.

² DESDENTADO BONENTE, A., FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, B., y GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E., *La reforma de las pensiones de la Seguridad Social. Un comentario sistemático a la Ley 26/1985, de 31 de julio*. Madrid. Editorial Civitas, S.A., 1986, ISBN 84-7398-406-4.

³ Ob. cit., pp. 74 ss.

⁴ DE LA VILLA GIL, L., y DESDENTADO BONETE, A., *Manual de Seguridad Social*, Navarra, Editorial Aranzadi, 1979, pp. 527 ss.

2. Contenido y estructura del estudio

Nos dice Aurelio Desdentado que el hecho causante es uno de los conceptos básicos en los que se funda la acción protectora del sistema, junto con los de contingencia, situación protegida y prestación y se plantea cuál es su papel en el esquema conceptual. Ofrece dos pistas legales. La primera es la que se recoge en la DT. 1.^a párrafos primero y segundo de la LGSS⁵, relativa a los derechos transitorios derivados de la legislación anterior a 1967, en la que el hecho causante se nos presenta como prestación causada y que eso quizás haya llevado erróneamente a sectores reputados de la doctrina científica a identificar hecho causante como la especificación de la contingencia protegida que llevará a la protección. Especificación que se llevará a cabo con la exigencia de reunir determinados requisitos a tal momento⁶. Señala hábilmente, que si se identifica hecho causante con prestación causada, el apartado 1 de la DT.1 LGSS, no podría aplicarse pues si se identifica hecho causante con prestación causada sería necesario primero sabe que legislación debe tomarse en consideración para saber qué requisitos han de exigirse. De aquí que la doctrina judicial entienda como prestación causada algo distinto del cumplimiento de los requisitos exigidos para acceso a la protección. La segunda pista es si cabe identificar hecho causante con contingencia determinante, como parece que así se desprende de la rúbrica del artículo 99 «hecho causante» de LGSS/1974⁷ y que parece a tenor del texto, que para el legislador contingencia determinante es lo mismo que hecho causante y ya adelanta que no es así, ya que si se sigue leyendo el texto legal en otras ocasiones hecho causante se confunde con la situación protegida (art. 94.1 LGSS/1974).

El camino que nos propone para una correcta inteligencia es acudir a la dinámica de la protección y concretarlo en el inicio de la situación protegida. Y así va reseñando las distintas prestaciones del sistema para concluir que el hecho causante tiene a identificarse con el comienzo de la situación protegida en la medida en que ésta no se confunde como la mera actualización de la contingencia determinante. Y ya nos adelanta algo que será luego uno de los puntos de discusión más brillantes el que el hecho causante tiene una especial relevancia en los supuestos de sucesión en el tiempo de situaciones protegidas,

⁵ Por la fecha de la publicación de este estudio se está refiriendo al Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. El actual texto refundido de la LGSS de 2015, recoge también esta Disposición Transitoria 1.^a

⁶ Tal posicionamiento es el de ALARCÓN CARACUEL, M. R., y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, 4.^a edición renovada, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 115 y ss.; y Almansa Pastor, José María, *Derecho de la Seguridad Social*, 5.^a edición, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 318 ss.

⁷ Entiende que está en vigor a tenor de la disposición derogatoria única de la LGSS/1994.

en muchos casos derivadas de la misma contingencia, en las que el hecho causante sirve de límite para indicar el comienzo de una situación y la terminación de otra (sería el caso de incapacidad temporal, invalidez permanente y muerte, consecuencia de un único accidente).

Prosigue el estudio analizando las distintas funciones que el hecho causante tiene: en el derecho transitorio; como indicador del momento en que han de cumplirse los requisitos; como determinante de la responsabilidad prestacional; de la determinación de la cuantía de la prestación; de la dinámica de la protección; y de la prescripción extintiva de las prestaciones.

El estudio como antes se dijo, se centra principalmente en la identificación del hecho causante en la incapacidad permanente. Destaca la especial dificultad de su determinación ya que estamos ante una situación protegida que se articula en una secuencia compleja pues una misma contingencia puede producir a lo largo del tiempo en diversas situaciones protegidas, destacando principalmente el paso de una situación de incapacidad temporal a una incapacidad permanente. La respuesta que ha dado el legislado ha sido primar un concepto formal de hecho causante que resulta artificioso y manipulable. Lo que ha dado lugar a repuestas judiciales que han apostado por un concepto material en lugar del formal normativamente establecido, siendo ejemplo de ello, por ejemplo: a) la aplicación temporal de la Ley 26/1985 en orden a determinar cuándo han quedado objetivadas las dolencias o padecimientos tributarios de una incapacidad permanente; b) la consideración o valoración de dolencias previas a la incorporación al sistema de Seguridad Social; c) los requisitos de estar en alta o situación asimilada a ella; d) en relación con los períodos de cotización exigibles, genéricos o específicos y el establecimiento de «doctrina del paréntesis»; e) sobre la determinación de los períodos a computar en la base reguladora, evitando lagunas de cotización o bases cero; f) en relación a la cobertura y responsabilidad prestacional entidades gestoras y colaboradoras, singularmente en la enfermedad profesional; y h) las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de alta y cotización y desde que momento debe tomarse en cuenta distinguiendo si estamos ante contingencias comunes o profesionales, sobre todo para evitar conductas estratégicas.

El estudio finaliza con el análisis del hecho causante en la protección social complementaria. Aquí se destaca la complejidad del mismo por la concurrencia y superposición de diversos órdenes normativos: el laboral (convenio colectivo o contrato de trabajo), el mercantil (ya que el instrumento que se establece para su protección será un seguro) y el propio de la Seguridad Social. La alternativa de tener en cuenta hecho causante o contingencia determinante, además de los problemas ya analizados para la protección social básica, surgen

otros, por ejemplo: vigencia del contrato de trabajo o de la póliza al momento de los efectos que son relevantes para la protección, etc. Aquí nos destaca los vaivenes en la doctrina jurisprudencial, pues unas veces se ha acudido como termino de referencia el de la actualización de la contingencia determinante, otra que se inclina por atender al momento del hecho causante identificado formalmente con el dictamen EVI y posteriormente –a partir de 2000– que vuelve a preferir el de la actualización de la contingencia determinante. También nos hace una síntesis de la doctrina científica cuestionando con detenimiento aquella que se inclina por atender al hecho causante.

IV. APUNTE FINAL

La aportación de Aurelio Desdentado Bonete a la Seguridad Social desde su condición de Magistrado del Tribunal Supremo es muy relevante, sin ánimo de ser exhaustivo (limitándonos a las relacionadas con el «enigmático» hecho causante y sus efectos) y con el probable riesgo de omitir otras, recuérdense sus elaboradas ponencias en relación con temas tan relevantes como: a) Trabajadores a tiempo parcial, hecho causante posterior al RD 2319/1993 (STS de 30 de abril de 1997, rec. 3168/1997); b) Situación asimilada al alta a efectos de lucrar prestaciones de incapacidad temporal (STS de 18 de septiembre de 2002 rec. 3184/2000); c) Efectos de la reforma en la incapacidad temporal tras la reforma de 2001 (STS de 26 de abril de 2005, rec. 2274/2004); d) Técnica del paréntesis, en casos de base reguladora de la incapacidad permanente (STS de 1 de octubre de 2002, rec. 3666/2001); e) Sobre efectos económicos de la incapacidad permanente absoluta y hecho causante (STS de 7 de julio de 1992 rec. 738/1990); f) Lesiones anteriores a la afiliación y hecho causante STS de 27 de julio de 1992 rec. 1762/1992); g) Legislación vigente en casos de sucesión normativa (STS de 1 de febrero de 2000, rec. 200/1999); h) Hecho causante en el momento de la baja y no en el momento de la solicitud (STS de 9 de octubre de 1995, rec. 1238/1995); i) Complemento de pensión fijado en convenio colectivo para invalidez STS de 4 de mayo de 2005 1899/2004); j) Plan de pensiones y cese del trabajador después del acuerdo en que se plasma, pero antes de iniciarse el período de adhesión (STS de 2 de julio de 2007 rec. 2572/2006).

CRÍTICA AL ASEGURAMIENTO DEL RECARGO DE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

EMMA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Profesora Titular (acreditada) de la Universidad de Vigo

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

«El recargo de prestaciones de la Seguridad Social y su aseguramiento. Contribución a un debate», *Revista de Derecho Social*, núm. 21, Bomarzo, 2003, pp. 11-27.

II. INTRODUCCIÓN

En este estudio crítico sobre la controvertida figura del recargo de las prestaciones de la Seguridad Social, Aurelio Desdentado deja entrever su cariz más crítico y provocador como jurista riguroso que era en la aplicación del derecho.

Su análisis no se limita a la descripción de la institución jurídica concreta, va mucho más. Se plantea la naturaleza jurídica del recargo, pero también la verdadera finalidad de su aseguramiento y las ventajas e inconvenientes para las partes de la relación laboral, especialmente para el trabajador, como parte más débil.

Este comentario ha resultado profundamente satisfactorio para mí porque, aunque a Aurelio Desdentado no lo traté tanto como me hubiese gustado, con su hija Elena compartí unos años muy importantes de mi vida académica, en los que las dos estábamos «acogidas» en el Campus de Ciudad Real y vivíamos en Madrid, por lo que el tren era nuestro segundo despacho. La UCLM es muy extensa y, más de una vez, nos tocó el autobús desde Albacete o Cuenca, y otros transportes nada ágiles en los que hablábamos de todo y de nada, pero muy frecuentemente Aurelio salía en la conversación. La admiración y cariño que Elena profesa por su padre es muchísimo, por eso para mí es un placer y un honor poder participar en esta obra que honra su memoria.

III. COMENTARIO

El estudio que se comenta se estructura en dos grandes apartados. Ambos se plantean en forma de interrogante para interpelar directamente la atención del lector y, simultáneamente, delimitar desde el comienzo las cuestiones a abordar.

El primero de esos interrogantes se refiere directamente a la institución jurídica del recargo, al preguntarnos «¿Qué es el recargo?». Ya desde el inicio Desdentado es pragmático: «Entre muchos inconvenientes, el recargo de prestaciones que regula el artículo 123 de la LGSS tiene, al menos, un mérito: confundirnos a todos». Esta contundencia en la premisa de partida es un rasgo definidor de los artículos de Aurelio. Además, él podía afirmarlo sin riesgo de equivocarse al conjugar en su día a día la docencia, investigación y la práctica jurisdiccional.

Volviendo al concreto artículo doctrinal que nos ocupa, Aurelio Desdentado ahonda en el análisis de la figura del recargo de prestaciones, a modo de contextualización jurídica respecto del tema central del estudio, es decir, las ventajas e inconvenientes de su aseguramiento. En esta parte introductoria el autor ahonda en los orígenes del recargo a partir de «dos instrumentos complementarios que se explican recíprocamente» (...): «el principio de inmunidad y el recargo de las indemnizaciones o prestaciones».

Sobre el principio de inmunidad, supone que la indemnización objetiva prevista en el sistema legal por accidente de trabajo excluye toda posibilidad de acción civil por culpa para la reparación del daño. En la práctica, esto implica que la víctima renuncia al diferencial del importe del daño total y el de la indemnización. Justamente el germen del recargo de prestaciones se encuentra

en la necesidad de compensar esta circunstancia, lo que determina que su carácter indemnizatorio se encuentre tan extendido.

Ahora bien, en su origen, esa indemnización que se prevé en la ley cuando las «máquinas o artefactos carezcan de los aparatos de precaución», únicamente entrará en juego cuando se pruebe la culpa del empresario. Sin embargo, con la modificación legislativa de 1966, se instaura la triple vía indemnizatoria por accidente de trabajo, siendo todas compatibles con las prestaciones de Seguridad Social. Así, un accidente laboral puede ser origen del propio recargo, así como de la responsabilidad civil adicional, junto con la correspondiente prestación del sistema público de pensiones.

Llegados a este punto, Desdentado se pregunta por la naturaleza del recargo de prestaciones, para lo que acude a la jurisprudencia y analiza con cierta profundidad la STS de 2 de octubre de 2000, dictada en Pleno y que cuenta con un voto particular (rcud 2393/1999) en la que se aclara el «carácter sancionador del recargo y su independencia de la reparación que pueda obtener el trabajador por otras vías». Asimismo, lo que destaca de esta sentencia es la función «fundamentalmente preventiva» del recargo, al contemplarse como un «plus de peligrosidad» del empresario que se anularía si pudiese compensarse o anularse con otras cuantías.

Eso sí, se subraya que no es «una sanción penal o administrativa», pues ni está sujeto al principio de tipicidad ni tampoco se impone como consecuencia de una resolución de un órgano administrativo sancionador. Insiste Desdentado en descartar el carácter meramente sancionador del recargo y explica de manera crítica que la confusión procede de erróneos pronunciamientos en los que «el recargo actúa materialmente con un efecto punitivo, al indemnizar en un importe superior al daño». Esto podría dar lugar a una «indemnización punitiva» —«nunca a una sanción punitiva»—, por lo que habrá que determinar hasta qué punto resultan aplicables las garantías del régimen sancionador y, «en particular, la prohibición non bis in ídem».

Llegados a este punto, el autor aborda directamente el núcleo del estudio: «¿Es asegurable el recargo?». Para contestar a esta pregunta el autor explica cuáles son las dificultades del aseguramiento del recargo. Como describe claramente Desdentado, la normativa del procedimiento laboral vigente entonces concebía el recargo como una responsabilidad en sí misma inasegurable por su naturaleza de sanción punitiva, a la vez que constituye una garantía para preservar un efecto preventivo. El consenso interpretativo que existía se rompió, en cierta manera, cuando la Ley de Prevención de Riesgos Laborales califica el recargo como indemnización y declara, en términos generales, el carácter asegurable de los riesgos derivados del trabajo. Esto llevó a parte de la

doctrina a afirmar la posibilidad de asegurar el recargo, mientras que la mayoría parecía decantarse por entender que continuaba vigente la prohibición del aseguramiento, afirmando que lo contrario tendría repercusiones negativas para la propia prevención de riesgos.

Aurelio Desdentado, en este trabajo, se decanta a favor del aseguramiento del recargo, y lo hace a través de «cuatro argumentos». El primero cuestiona que la prohibición del aseguramiento contenida en la LGSS –antes, art. 123.2; ahora, art. 164.2– en tanto que se trata de un texto refundido y esta regulación se recoge del Decreto 907/1966, que carece de rango legal. Igualmente, se incorpora parte de lo estipulado en la normativa de accidentes de trabajo. Por todo ello, remontándose «en el túnel del tiempo», el autor concluye se trata de una normativa *ultra vires*.

En segundo lugar, se apoya en el carácter aperturista hacia el aseguramiento que apunta la LPRL, al no recoger su prohibición. Realiza un exhaustivo y riguroso análisis de las normas en juego y deja plasmado el conflicto contradictorio que se plantea entre la legislación de Seguridad Social, prohibitiva del aseguramiento del recargo de prestaciones, frente a la relativa a la prevención de riesgos laborales. Como explica magistralmente el autor «estos textos muestran la vacilación del legislador a la hora de definir su política de aseguramiento del recargo: por un lado, se remite a la prohibición del artículo 123.2 LGSS, pero sin ratificarla; por otro, insiste –con toda razón– en que el seguro hace más eficaz la protección». Esto conduce a una conclusión sobre la ambigüedad legislativa y sus criterios interpretativos, pero que determinan que «la LPRL no ha ratificado la prohibición de aseguramiento y que la calificación del recargo como indemnización refuerza la posibilidad de su aseguramiento».

El tercero de los argumentos expuestos va en la línea de considerar el recargo independiente del ámbito laboral y se circunscribe a su naturaleza aseguradora del riesgo, para lo que se analiza la legislación mercantil, conforme a la cual sí resulta asegurable. Es cierto que el dolo o la culpa no son conceptos asegurables, tampoco en este caso, pero el recargo ya hemos visto que no es una sanción punitiva, pero tampoco administrativa. Desdentado se decanta sin tapujos: «en mi opinión, el recargo es una vía especial de indemnización que debe coordinarse con el resto de las vías de reparación».

Lo cierto es que la institución del recargo no puede considerarse tampoco una sanción administrativa (STS de 2 de octubre de 2000). Únicamente cabe entender que se trata de una indemnización punitiva, es decir, «una indemnización a la que su contenido normal resarcitorio se añade otro que tiene una finalidad preventiva, pero que actúa incrementando el importe de la indemnización

por encima del límite del daño». Esta cuestión elimina la problemática referida al principio de tipicidad de las sanciones, pero incide directamente sobre el principio *non bis idem*. En cualquier caso, una indemnización punitiva no se encuentra sometida a la prohibición de aseguramiento porque lo que prima no es el carácter sancionador, sino el efecto preventivo en el marco del contenido patrimonial de la indemnización.

Finalmente, Desdentado argumenta que «el aseguramiento del recargo no elimina necesariamente su efecto preventivo y éste puede además lograrse por otras vías que no perturben el funcionamiento de la reparación». El autor insiste en deslindar la función preventiva de la reparadora, considerando que la segunda debe prevalecer sobre la primera, según sus antecedentes legislativos. No obstante, esto tampoco implica un abandono del daño, pero supone que ha de mantener un equilibrio con la reparación, pero el aseguramiento «permite ‘internalizar’ el coste del accidente». Además, diferenciando dos grandes tipos de seguro, hay que tener en cuenta que el efecto del seguro sobre la responsabilidad dependerá, de si se trata de un seguro «perfecto» o «imperfecto», en el sentido de poner en relación y en proporción las primas en función de diligencia del asegurado.

El autor concluye que la función reparadora también comparte ciertas características o efectos preventivos «de manera natural», por lo que lo que «no parece lógico es que la prevención se realice perturbando la reparación», en la medida que esto puede verse afectado por la insolvencia empresarial y subordinarse al ejercicio colectivo de los propios afectados.

Para terminar, Desdentado se decanta por «simplificar» el sistema legal que se pone en marcha en caso de accidentes de trabajo: acepta la responsabilidad objetiva que se plasma a través de la prestación de Seguridad Social, compatible por su parte con la responsabilidad civil por culpa empresarial, y otras sanciones penales y administrativas, en su caso. Así se aclararía el plano procesal en estos asuntos que, para Aurelio Desdentado, suponen una enorme complejidad técnica y carecen de demasiada repercusión práctica.

IV. APUNTE FINAL

El estudio analizado incide en los aspectos básicos y clarifica enormemente la materia abordada. El seguro de la responsabilidad empresarial por recargo, sin duda presentaría ventajas en la praxis y, en épocas de crisis como las recientes, supondría una garantía de cobro para los trabajadores afectados. Ahora bien, la normativa descarta el aseguramiento como fórmula de «descar-

gue» de esa responsabilidad empresarial en materia de riesgos laborales, precisamente porque su naturaleza preventiva, como destaca también el autor, resulta fundamental y no puede limitarse, ni obviarse.

En fin, este artículo de Aurelio Desdentado, además de tratarse de un estudio extremadamente didáctico y bien estructurado que atrapa al lector en su planteamiento, resulta tan dinámico como era habitual en todos sus trabajos. Estas características infieren a las reflexiones escritas mayor virtualidad expositiva, hasta el punto de que casi podemos imaginárnoslo en una de sus conferencias y seguirlo perfectamente, manejando con ductilidad la temática abordada y transmitiendo su interés al resto de interlocutores.

SOBRE EL LLAMADO DESPIDO COLECTIVO DE HECHO

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER
Catedrático de Universidad.
Presidente emérito del Tribunal Constitucional

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

«La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho», en *Tratado de Despido Colectivo*, Martín Godino, dir., Tirant lo Blanch, 2016.

II. INTRODUCCIÓN

Este amplio estudio es el capítulo introductorio de un ambicioso «Tratado» en el que un selecto grupo de prestigiosos estudiosos y operadores jurídicos han examinado, de forma «completa y exhaustiva», la regulación del despido colectivo en sus diversos aspectos sustantivos, procesales y de protección social. El director de la obra tuvo el acierto de encomendar a Aurelio Desdentado la redacción de su capítulo inicial, «La delimitación legal del despido colectivo», una materia difícil y compleja que con notable esfuerzo el autor ha llevado a cabo con un resultado altamente satisfactorio.

La expresión «delimitación legal» indica el propósito de no llevar a cabo una construcción dogmática del concepto de despido ni de los elementos que

permiten su calificación como colectivo, sino un propósito más operativo, la «delimitación» de los supuestos extintivos del contrato de trabajo que obligan a aplicar la normativa del despido colectivo. Esta cuestión necesitaba ser objeto de revisión una vez eliminada la autorización administrativa, que había servido de referencia para la delimitación del supuesto. Aclarar el ámbito de aplicación del artículo 51 ET era necesario, además, para superar o resolver los contrastes y antinomias entre el marco normativo nacional y el de la Directiva 98/59 CE, cuyos enfoques no son siempre coincidentes y en algunos casos compatibles, lo que obliga a reinterpretar y aplicar el precepto estatutario a la luz de la Directiva, especialmente para el cómputo numérico y temporal de los umbrales para hacer aplicable el régimen procedimental y sustantivo de los despidos colectivos.

Esta delicada tarea la ha realizado con acierto el autor combinando la jurisprudencia del TJUE y nuestra doctrina judicial, con apoyo de amplio material bibliográfico. Desdentado examina detenidamente qué extinciones de contratos de trabajo a iniciativa del empleador, cualquiera que sea su forma, pueden ser consideradas como despido colectivo o cuáles han de «asimilarse» a despidos colectivos pero a los solos efectos de la necesaria aplicación por el empleador del procedimiento previsto en el artículo 51 ET (extinciones por encima de cuatro por iniciativa del empleador según el artículo 1.b) de la Directiva). En ese detenido análisis destaca la prevalencia del elemento material sobre el formal desde una definición negativa de la causa y su imputación a la iniciativa del empleador. Ello da un particular valor normativo al resultado fáctico y ha permitido recalificar como despidos extinciones del contrato de trabajo canalizadas a través de otras formas. Ello justifica el subtítulo del estudio, «el despido colectivo de hecho» tema al que se dedican las páginas siguientes.

III. COMENTARIO

El despido dogmáticamente es un acto o negocio unilateral recepticio del empleador que tiene como efecto constitutivo la extinción del contrato de trabajo y no cambia de naturaleza ni por la causa o motivo (subjetiva u objetiva) que lo origina o por su dimensión, aunque una y otra puedan determinar su sometimiento a una regulación legal distinta.

El entrecruzamiento del elemento causal y el elemento numérico ha dado lugar a configurar un régimen específico para los despidos colectivos, «en masa», que supone normalmente reducción de puestos de trabajo e incide en

los niveles de empleo. Esta idea de defensa del empleo ha estado, como destaca Desdentado, en las primeras normas específicas sobre la materia, que durante la dictadura franquista justificaron una intervención pública en esos despidos, bajo la forma de una autorización administrativa, en un principio discrecional sin control judicial de fondo. Más tarde, junto a ello, la afectación de intereses colectivos va a justificar la intervención en esos despidos de las representaciones colectivas de los trabajadores, en especial tras la promulgación de la Constitución. Esas intervenciones externas, ya sean públicas ya sean colectivas, han incidido en el plano de la autonomía contractual individual en la que se desarrolla el poder empresarial del despido.

Desaparecida la autorización administrativa, el condicionamiento del ejercicio del poder de despido queda afectado solo por esa intervención colectiva de los representantes de los trabajadores, una intervención que en nuestro ordenamiento se ha establecido ante todo con base en un elemento causal, además de cuantitativo, pero que en la Directiva se realiza mediante una delimitación negativa, la de causas no atinentes a la persona del trabajador. Esos dos enfoques, el positivo del artículo 51 ET y el negativo de la Directiva, no están sin embargo tan alejados, como se comprueba en el Convenio núm. 158 OIT y en las regulaciones nacionales de otros países que hablan de despidos económicos, objetivos, por redundancia o en interés de la empresa. Lo peculiar es que el artículo 51 ET ha tratado de tipificar y definir exhaustivamente esas causas para condicionar su calificación judicial, pero con el riesgo de excluir supuestos extintivos a los que resulta aplicable la Directiva y de crear espacios de inseguridad jurídica al depender de interpretaciones judiciales muy divergentes.

Ello ha acentuado las dificultades de coordinar nuestro régimen legal con el de la Directiva, que parten de enfoques muy diferentes. La disciplina eurounitaria no ha tratado de poner trabas a las reestructuraciones de empresas ni a los despidos que pueden generar sin, en cierto sentido, de facilitarlos o, al menos, canalizarlos procurando la protección de los inevitablemente despedidos, imponiendo una consulta no vinculante sobre las posibilidades de evitar o de reducir los despidos y de atenuar sus consecuencias y, además, informar a la autoridad pública competente. El precepto estatutario, pese a las últimas reformas, aún se resiente del modelo originario de bloqueo y su aplicación «dificulta» estos despidos mediante una protección no tanto de los despedidos sino contra los despidos, desde la idea de la «última ratio». La Directiva no establece «un mecanismo general de compensación económica a escala de la Unión en caso de pérdida de empleo, ni tampoco armoniza el régimen de cese definitivo de las actividades de una empresa» (ATJUE de 4 junio de 2020, Bal-

ga, C-32/20, STJUE 652/19, 17 de marzo de 2021, *Consulmarketing*) y, por ello, es compatible que conviva con ordenamientos nacionales en los que se parte de la libertad de ese despido y con otros en los que ha de ser justificado y se admite un control judicial de los motivos pero de distinta intensidad, especialmente en nuestro ordenamiento, aunque ese control tanto colectivo como judicial, de acuerdo a la última jurisprudencia del Tribunal Supremo, se trata de reducir a la racionalidad o razonabilidad de la medida (STS de 29 de enero de 2020), respetando así un margen de la libertad del empleador de acuerdo a conocida jurisprudencia del TJUE.

Según Desdentado, el elemento causal es relevante para calificar procedente o no el despido acordado, pero no lo es para aplicar la obligación de consulta a la representación de los trabajadores y la información a la autoridad. Por ello, al delimitar las causas asimilables para el cómputo y las causas equiparables al despido y recalificables como tal ha señalado las dificultades que en la práctica existen para separar los supuestos extintivos «asimilables» para el cómputo y los equiparables, una distinción con consecuencias muy relevantes para los trabajadores y para el empleador que corre el riesgo de que se declare la nulidad de esas extinciones consideradas de hecho como despidos en masa, o sea los llamados despidos colectivos de hecho.

No es una cuestión nueva en cuanto existe la figura del despido fraudulento, lo novedoso es, primero, que tanto por parte de la autoridad administrativa como por parte de la representación de los trabajadores se aceptaban pacíficamente «bajas voluntarias» que permitían reducir el número de despidos colectivos formalizados, y ahora esas bajas se tratan de controlar colectivamente en el procedimiento de despido colectivo. En segundo lugar, porque se pone el acento no en la existencia de un propósito consciente elusivo del empleador sino en el resultado, la existencia de extinciones en masa que no son consecuencia de despidos procedentes ni de terminaciones de contratos temporales. En palabras de Desdentado, se trataría de un fraude en sentido objetivo, bastaría que se den las condiciones de la norma para que el despido se califique como colectivo «con los efectos previstos con independencia de la intención real del empresario», aunque el propio Desdentado también utilice la expresión «desenmascaramiento».

La noción de despido colectivo de hecho de origen jurisprudencial, ha tenido sobre todo una finalidad procesal, la de permitir en la nueva vía del artículo 124 LRJS de la «decisión empresarial» por los representantes legales o por los representantes sindicales con implicación en el ámbito del despido colectivo. La Audiencia Nacional, y luego el Tribunal Supremo, han estimado que en esa «decisión» se incluyen extinciones de contratos de trabajo «por

iniciativa del empleador», «avenidas» en acuerdos conciliatorios o allanadas en el acto del juicio con posterior sentencia condenatoria, coincidentes o no en el tiempo con despidos formalmente colectivos de otros trabajadores del centro de trabajo, que en conjunto superen en número y tiempo superior al umbral previsto en el artículo 51 ET. Como acuerdos individualizados, la representación colectiva o el sindicato no tendrían legitimación para impugnarlos pero aplicando la noción de despido colectivo de hecho se les reconoce esa legitimación, que puede llevar a determinar «con efecto declarativo» la nulidad no de un despido colectivo que formalmente nunca existió, pero sí de unas extinciones individuales plurales con una dimensión cuantitativa y temporal colectiva. De acuerdo al artículo 124 LRJS, esa declaración de nulidad tiene efecto de cosa juzgada en el posterior proceso de despido individual. Esta doctrina se consagró en la STS del Pleno, de 25 de noviembre de 2013, de la que precisamente Desdentado fue ponente. Una doctrina que se puede considerar consolidada en otras Sentencias posteriores como la de 2 de diciembre de 2016 o la de 26 de septiembre de 2017, que precisamente deniega esa recalificación por no cumplirse la dimensión colectiva temporal de las extinciones a computar en las que no se pueden incluir, además, las extinciones de contratos de duración determinada por agotamiento de su duración.

La figura del despido colectivo de hecho no deja de plantear dudas, no solo dogmáticas sino también de aplicación práctica. Genera situaciones de inseguridad jurídica en el marco de un proceso colectivo en el que también puede haber conflictos dentro de la parte social, y no son raros los casos en los que un sindicato minoritario utiliza la vía del artículo 124 LRJS. El tema de fondo es decidir si la coincidencia en el tiempo de varias extinciones de contratos de trabajo pactadas con el trabajador afecta al ejercicio de la autonomía individual y, en particular, al juego del artículo 49.1.a) ET, pues no es infrecuente que el mutuo consenso preceda a la formalización de la extinción, y que por razones fiscales y de protección social se canaliza a través del reconocimiento de la improcedencia del despido, un mutuo acuerdo de las partes que la STS de 25 de noviembre de 2013 expresamente admite. Además, esos acuerdos individuales pueden no ser ocultos y conocidos cuando no apoyados por los representantes de los trabajadores, al poder conseguirse a través unas indemnizaciones muy superiores a las legalmente previstas para los despidos colectivos, y reducir externamente la cifra total de despedidos. Desde el punto de vista constitucional se plantea, además, el problema clave de indefensión, puesto que en el procedimiento no intervienen los trabajadores afectados por una sentencia que tendrá efectos de cosa juzgada para el caso de que esos trabajadores, pero como también la tienen, o al menos fuerza ejecutiva, los acuer-

dos conciliatorios (art. 84.5 LRJS) intenten ante los tribunales defender la validez de las extinciones aceptadas por ellos frente a esa declarada nulidad. Es llamativo que el tema se haya eludido en la Sentencia y se haya remitido a un posterior proceso individual de despido en el que trabajador y empresario difícilmente podrían cuestionar el acuerdo originario y su efecto vinculante ya judicialmente constatado.

Estas reflexiones no llevan a rechazar la figura del despido colectivo de hecho pero sí a acentuar la necesidad de un uso comedido de esta figura para casos, como el propio Desdentado indica, que estén cercanos a la figura del fraude objetivo que evoca. Lo que sí que hay que aceptar de la STS de 25 de noviembre de 2013 es la necesidad de cómputo para que opere la obligación de consulta e información de todos los despidos disciplinarios u objetivos no declarados judicialmente como procedentes, incluidas las extinciones por mutuo acuerdo o las dimisiones en cuanto se puedan considerar adoptadas por iniciativa del empresario por motivos no inherentes a la persona del trabajador, aunque puedan operar solo como datos a tener en cuenta y no necesariamente a renegociar en cuanto cerrados.

IV. APUNTE FINAL

Este amplio y excelente estudio nos demuestra no solo la amplitud de conocimientos y el buen sentido jurídico de Aurelio Desdentado sino también su capacidad pedagógica y no es casualidad que lo firme como Profesor Emérito de la Universidad Carlos III. Su análisis sobre el ámbito de aplicación del artículo 51 ET es hoy indispensable para el conocimiento de la figura algo «líquida» del despido colectivo. De su lúcido análisis se deduce la necesidad, e incluso urgencia, no de una mera relectura sino de una reforma del artículo 51 ET para hacerlo compatible con la Directiva y con la indisponibilidad del procedimiento de consulta cuando se superen los umbrales fijados por la Directiva, incluido este tema procesal/sustantivo del despido colectivo de hecho. Es lamentable que el inesperado fallecimiento del gran jurista y cordial amigo no nos permita poder contar con su acertada colaboración para llevar a cabo esa imprescindible tarea.

LA NOCIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL POR UN HOMBRE SABIO¹

MARÍA JOSÉ ROMERO RÓDENAS

Catedrática de la Universidad de Castilla-La Mancha

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

«El sistema normativo de la Seguridad Social», *Revista de Derecho Social* núm. 18, 2002, pp. 9 a 53.

Este estudio constituye el capítulo introductorio del libro Seguridad Social, Manual de Formación, que, coordinado por el autor, aparece publicado por el Consejo General del Poder Judicial en 2002.

II. INTRODUCCIÓN

Las razones por las que me ha llevado a elegir esta obra son variadas y profundamente analizadas. La primera de ellas tiene su causa en las frecuentes visitas que con ocasión de la invitación de Joaquín Aparicio y mía, Aurelio participaba en los muchos seminarios y jornadas que organizábamos en la extinguida Escuela U. de Relaciones Laborales, hoy Facultad de Relaciones Laborales y RRHH de Albacete, la mayoría en materia de Seguridad Social. Y la segunda de las razones es personal, en 2002 entusiasmada con el estudio com-

¹ Comentario al estudio de Aurelio Desdentado «El sistema normativo de la Seguridad S

plejo de la Seguridad Social, el discurso de Aurelio me cautivaba, su sabiduría y su noción de Seguridad Social asociada al concepto de Sistema de Seguridad Social resultan excelentes, su dialéctica enamoraba a la vez que resumaba bondad.

La materia abordada por Aurelio Desdentado tras 19 años sigue siendo relevante, original y de actualidad, el tratamiento del Sistema español de Seguridad Social, formación y estructura lo desarrolló no solo desde una perspectiva jurídica y principio de acción política. Creo que hay una asignatura pendiente en un mejor y mayor desarrollo de la formación histórica del Sistema de Seguridad Social desde 1900, Aurelio nos ha dejado su legado en esta materia, su visión desarrollada y además crítica de la estructura del Sistema de Seguridad Social en sus modelos contributivo y no contributivo, la organización pluralista profesional en sus diferentes regímenes, su ordenación jurídica interna, las reglas de articulación del sistema normativo de la Seguridad Social, sin olvidar nunca el Derecho internacional y el Derecho europeo de la Seguridad Social, constituyen sin duda una obra de referencia y sobre todo una gran contribución científica en el derecho de la Seguridad Social y un referente de obligada lectura para los iuslaboralistas.

III. COMENTARIO

La obra publicada en la Revista de Derecho Social de la Editorial Bomarzo se contextualiza como bien señala en el capítulo introductorio del libro «Seguridad Social. Manual de Formación». La estructura de la obra desarrolla en tres grandes apartados: 1. El Sistema español de Seguridad Social; formación y estructura. 2. La ordenación jurídica de la Seguridad Social. Las normas de Derecho interno, y 3. Derecho internacional y Derecho europeo de la Seguridad Social.

En relación al desarrollo del Sistema español de Seguridad Social; formación y estructura, Aurelio cita las obras de Venturi, Durand, Persiani, para analizar la propia noción de Seguridad Social asociada al concepto de sistema, presente en la «Social Security Act» de 1935 y el informe Beveridge de 1942. La Seguridad Social se vincula «a una superación de los dos instrumentos tradicionales de la protección social: la asistencia pública –protección sometida a la prueba de carencia de medios y sin contribución previa de los beneficiarios– y el seguro social –protección mediante una técnica de aseguramiento “socializada” para adaptarla a las necesidades de cobertura de la clase obrera»-. Son pocas las obras científicas que tienen por costumbre analizar la acción política

de Seguridad Social a través de la percepción de los principios inherentes a la construcción del Sistema de Seguridad Social y la obra de Aurelio Desdentado lo hace no solo con efectos prácticos y críticos y hoy resultan tan imprescindibles en un contexto donde la Seguridad Social está en constantes reformas muchas de ellas desoyendo los principios programáticos que ha presidido la evolución de los sistemas desde 1945: «el principio de generalidad en cuanto a las situaciones de necesidad protegidas, con la finalidad de incluir la cobertura de todos los riesgos sociales posibles; el principio de universalidad en relación con las personas protegidas; el principio de igualdad en la protección otorgada; el de solidaridad en la financiación y el de unidad de gestión. A Aurelio no le faltaban razones para señalarnos que entre la idea de Seguridad Social y sus realizaciones prácticas hay, por tanto, una distancia crítica, al mantener que el progreso hacia la Seguridad Social se ha producido en dos direcciones: en primer lugar, «hay una comprensión más clara de las respectivas limitaciones del seguro social y de la asistencia como mecanismos de protección y se trata de superarlas mediante su coordinación» no llegando a constituir una autentica integración. Y en segundo lugar entiende que se ha producido un perfeccionamiento de las técnicas de ordenación jurídica.

Aurelio realiza un análisis cronológico en la formación histórica del sistema español abordando en primer lugar la protección inicial de los riesgos profesionales, los seguros sociales generales y los seguros sociales complementarios (1900-1966). En segundo lugar, es clave en su desarrollo la configuración del sistema español de Seguridad Social en la LBSS (1963) y la LASS (19667) recordándonos los siete principios de la reforma de la LBSS que en opinión de Aurelio han tenido una proyección práctica moderada. En tercer lugar el análisis de las reformas posteriores en materia de Seguridad Social (1972, 1990, 1985 y 1997) introduce en su análisis el factor economicista, sus previsiones correctores del gasto como el incremento de las cotizaciones y la ampliación del periodo de cómputo y aborda el nuevo sistema de prestaciones no contributivas. Será la Ley 24/1997 fruto del Pacto de Toledo la que fije una asignación adecuada de los recursos financieros en función de la naturaleza de la prestación, esto es las de naturaleza no contributiva y extensión universal se financiara a través de los PGE mientras que las prestaciones contributivas se financiaran por cotizaciones de empresas y personas trabajadoras. Este apartado se cierra con un análisis clarificador de la estructura actual del sistema de Seguridad social sus modalidades y el régimen general, regímenes y sistemas especiales.

Con gran extensión Aurelio realiza un riguroso análisis de ordenación jurídica de la Seguridad social, las normas de derecho interno. De su excelente

argumentación bien puede interpretarse que Aurelio entendía que el Derecho del Trabajo y Seguridad Social podría constituir dos ordenamientos jurídicos diferenciados y por ende comprender dos ramas científicas diferenciadas, pues por «muchas servidumbres de paso» que el Derecho del Trabajo mantenga en materia de Seguridad Social desde el concepto de trabajador hasta el de salario, lo cierto es que el sistema normativo de aquella es el propio del Derecho Administrativo o, incluso, del Derecho Financiero, y no el del Derecho del Trabajo». Sus argumentos son incluso jurisprudenciales, pero dos son claramente decisivos en su argumentación, la autonomía privada también está limitada como consecuencia del carácter imperativo de las normas de Seguridad Social y del principio de irrenunciabilidad y el carácter imperativo del ordenamiento de la Seguridad Social «constituido por normas de derecho necesario absoluto, excluye en este ámbito el juego del principio de norma más favorable, aplicable en el ámbito laboral».

Ningún jurista ha realizado el riguroso análisis dogmático del principio de legalidad y las reglas de articulación vertical y horizontal: los principios de jerarquía y competencia, el principio cronológico y los problemas de régimen transitorio en el derecho de la Seguridad Social vinculados por la previsión del artículo 9.3 CE sobre la prohibición de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, el principio de especialidad. Analiza los distintos tipos de normas en materia de Seguridad Social, ordenado en sus planteamientos va descendiendo desde el análisis de la CE a la delimitación de competencias Estado y CCAA, en especial, las competencias normativas como el régimen económico, legislación estatal y desarrollo legislativo autonómico, no podía faltar el análisis del principio de igualdad y su proyección en la doctrina constitucional, especial mención realiza sobre la doctrina del TC en cuanto a las diferencias de trato entre regímenes y las aplicadas a las uniones de hecho en la pensión de viudedad, objeto de estudio en otras aportaciones doctrinales de Aurelio publicadas en revistas de reconocido prestigio. Navega como un excelente marinero en el análisis de la legislación delegada, textos refundidos y articulados, las leyes y disposiciones del gobierno con fuerza de ley con contenido en Seguridad Social, así menciona no con cierta crítica el uso del RDL en esta materia recordando la STC 29/1982 que anula algunos preceptos del RDL 10/1981 por entender que no se cumplía el presupuesto habilitante de extraordinaria y urgente necesidad. Con igual propósito analiza el reglamento y sus clases, la titularidad de la potestad reglamentaria y la legislación «en cascada», los principios generales, la costumbre y la jurisprudencia.

Por último aborda las normas internacionales de Seguridad Social, declaraciones internacionales de derechos, convenios multilaterales y bilaterales con una proyección sustantiva y no meramente descriptiva. El énfasis que trata el derecho de la Unión Europea en materia de Seguridad Social es importante porque por un lado Aurelio parte de la adhesión de España a las Comunidades Europeas en 1986 y luego su integración en la Unión Europea a través del artículo 93 CE –cláusula de transferencia de soberanía– la incorporación a un sistema normativo supranacional –ordenamiento europeo– que tiene sus fuentes específicas propias que afectan a la Seguridad Social. No pasa por alto el derecho originario y el derecho derivado y resalta el reconocimiento de la libertad de circulación de las personas trabajadoras, al igual de se prevé el desarrollo de acciones que favorezcan la «armonización de los sistemas sociales» en diversas materias, entre ellas la igualdad entre mujeres y hombres y la Seguridad Social, la protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario y el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas.

Aurelio finaliza su estudio con una breve referencia a las relaciones entre el derecho europeo y el derecho interno a través de los principios de supremacía y de efecto directo del primero con mención a la doctrina del TJCE.

IV. APUNTE FINAL

La obra comentada es extensa e intensa, Aurelio realiza un análisis completo del sistema normativo de la Seguridad Social, su desarrollo dogmático y crítico junto con otros elementos de ordenación jurídica hace que su obra constituya, en mi opinión, un estudio de consulta obligada no solo para los iuslaboralistas sino también para los estudiantes y futuros juristas, sin duda tras su lectura se comprende mejor la estructura del sistema español de Seguridad Social, su ordenación jurídica, las normas internas y se inicia en la comprensión del derecho internacional y derecho europeo de la Seguridad Social.

No quiero finalizar sin agradecer al profesor Sempere la invitación a participar en este sentido homenaje, los que le hemos conocido, escuchado y leído nos apena enormemente su pérdida por lo que me uno al sentimiento de tristeza y dolor de mis colegas y desde luego de su familia, especialmente de su hija Elena colega y compañera en la UCLM.

EL CONTRATO DE TRABAJO DEPORTIVO A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA

REMEDIOS ROQUETA BUJ

Catedrática de la Universitat de València

Este libro fue elaborado por Aurelio Desdentado Bonete en colaboración con la profesora Ana Belén Muñoz Ruiz. Se trata de una obra publicada en el año 2015 en la editorial Francis Lefebvre.

Si tuviéramos que hacer un elenco ordenado de las principales virtudes de la obra realizada por Aurelio Desdentado Bonete y Ana Belén Muñoz Ruiz en torno al régimen jurídico laboral de los deportistas profesionales, habría que referirse cuando menos a las siguientes: En primer lugar, en ella se abordan todos y cada uno de los aspectos de la regulación de la relación laboral especial de los deportistas profesionales. En segundo lugar, el análisis de dicha regulación se realiza en clave de comparación con la normativa laboral común, pero sin obviar el entramado normativo y organizativo en el que se desenvuelve el deporte profesional, lo que ha permitido a los autores valorar las soluciones ofrecidas por la doctrina y la jurisprudencia a los diferentes problemas que plantea el régimen jurídico laboral general y ponderar correctamente su extrapolación a los deportistas profesionales, situando en sus justos términos las peculiaridades de estos últimos y su justificación. En tercer lugar, y enlazando con lo anterior, esta obra, aunque sigue una ordenación sistemática tradicional, se articula en torno a la jurisprudencia, cuyo análisis se convierte en el hilo conductor de la exposición y en la mejor garantía de su atención a la práctica.

Entre las principales aportaciones de esta obra, cabe destacar las siguientes:

— En cuanto a los problemas de rango y de agotamiento de la regulación, no hay una delegación legislativa y la deslegalización –hasta que no se declare inconstitucional– lleva a la configuración de la norma como un reglamento sometido a un régimen especial. La especialidad consiste en una «congelación» del contenido normativo que podrá ser modificado por ley, pero no por otro reglamento de acuerdo con la regla general de modernidad, salvo que se abra por la ley otro plazo de regulación.

— En ocasiones no es fácil delimitar en la práctica el alcance de la compensación permitida en el supuesto de los deportistas aficionados. La compensación cubre, desde luego, los abonos que no tienen una función remuneratoria de la actividad deportiva en sí misma. El problema es determinar si la compensación puede cubrir también el lucro cesante y, en particular, el que deriva de la pérdida de salarios y otros ingresos profesionales, como, por ejemplo, lo dejado de ganar como consecuencia de un permiso por asuntos propios para participar en concentraciones, desplazamientos y actividades similares. En principio, hay que entender que, salvo supuestos de fraude, podría entrar en la compensación, siempre que no convierta el deporte en una ocupación alternativa –por ejemplo, el pago como compensación de la retribución de un viernes por un permiso sin sueldo para ir a una concentración–. Pero no si se trata de compensar lo perdido por dejar el trabajo o pasar a un trabajo a tiempo parcial para dedicarse al deporte. En cualquier caso, es difícil trazar la línea divisoria entre un deportista aficionado que puede recibir determinadas compensaciones («amateurismo compensado») y la desviación que se conoce como «amateurismo marrón».

— Los criterios o pautas de la STS de 2 de abril de 2009 en torno a la delimitación entre los deportistas aficionados y los profesionales son, en general acertados, pero tienen un interés más teórico que propiamente jurisprudencial!, pues en realidad lo que se debatía era un problema más simple, a saber: si un deportista que percibe del club una cantidad inferior al salario mínimo (230 al mes) puede ser considerado un deportista profesional. La respuesta de la sentencia es correcta cuando excluye la necesidad de un mínimo retributivo como «consustancial a la práctica del deporte profesional», razonando que la norma no exige la percepción mínima del salario interprofesional, dado que, aunque se trate de un medio de vida, no es necesario que opere «como medio exclusivo y suficiente», como ocurre también con determinadas retribuciones ligadas al trabajo a tiempo parcial en el marco de una relación laboral común. Pero hay probablemente un exceso de argumentación porque no se había plan-

teado que lo que se abonaba bajo el concepto de honorarios fuese una compensación a efectos del RD 1006/1985.

— La solución más idónea sería bien la regulación de una relación laboral específica para los árbitros o bien establecer por ley una exclusión constitutiva de los mismos del ámbito laboral con una relación adecuada, aunque ésta no tuviera carácter laboral.

— El tope mínimo de la indemnización legal del despido improcedente se fija en el RD 1006/1985 atendiendo, con algunas variaciones, al criterio del ET (consideración exclusiva del lucro cesante y modulación en función de la antigüedad). Pero el sistema de determinación de la indemnización por despido en función de la antigüedad carece de sentido en los contratos de trabajo deportivos, pues opera otorgando mayor reparación cuando menor es el daño como consecuencia de la progresiva reducción de la pérdida de la retribución por el despido cuando más se acerca el contrato a su término. El esquema es a mayor antigüedad, menor daño, pero mayor indemnización, lo que puede conducir al absurdo. En la regulación anterior del RD 318/1981 se preveía un tope máximo consistente en «la suma de las retribuciones fijas a percibir por el trabajador hasta la conclusión del contrato». Pero este tope desaparece en el RD 1006/1985 y no es posible restaurarlo por vía interpretativa para la indemnización mínima. Pero el que se trate de una indemnización no excluye en principio la aplicación de un tope máximo. En realidad, para una indemnización que contempla solo el daño patrimonial la indemnización no debería superar ese daño, sin perjuicio de poder incrementar el importe mediante el recurso a la indemnización «abierta», valorando «las circunstancias concurrentes».

— Para valorar las cláusulas de rescisión hay que examinar: 1.º Si el cumplimiento del término pactado puede garantizarse mediante el recurso a penalizaciones pecuniarias que van más allá de la indemnización del daño. 2.º Si el exceso de las indemnizaciones «desmesuradas» puede moderarse en sede judicial. 3.º Si es lícito, a través de estas cláusulas, limitar el derecho constitucional a la libertad de trabajo.

— El artículo 13.f) del RD 1006/1985 ha quedado desfasado. El ámbito del precepto parece limitarse al despido colectivo, pero hay que incluir los despidos económicos del artículo 52.c) del ET, porque, si no es así, se producirán dos consecuencias disfuncionales, pues o bien hay que tramitar todos los despidos económicos por la vía del artículo 51 del ET cualquiera que sea el número de deportistas profesionales afectados o no habrá vía alguna para los despidos que queden por debajo de los umbrales previstos en este último precepto.

Como intérprete del derecho, el jurista ha de seguir el método jurídico. Este requiere un contacto con la realidad sobre la que opera, de modo que se debe tener en cuenta la doble estructura –real y formal– que existe en el Derecho del Trabajo y atender en su aplicación a ambos requerimientos, considerando los diferentes factores que concurren en la determinación de esa estructura llamada estructura real, que forma la base sobre la cual se levanta la otra estructura de tipo formal. Y, en este sentido, Aurelio Desdentado Bonete indaga con rigor y extrema honestidad la relación que existe entre ambas estructuras y, sobre todo, logra una perspectiva más amplia que le permite observar el conjunto, desde dentro y desde fuera, y su funcionamiento real.

LA DOCTRINA DE AURELIO DESDENTADO SOBRE LOS INDEFINIDOS NO FIJOS

MARÍA DE SANDE PÉREZ-BEDMAR

Profesora de la Universidad Autónoma de Madrid

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

«Los indefinidos no fijos: ¿Una Historia Interminable o una historia terminada?», *Revista Información Laboral* núm. 10, 2018, pp. 17 a 45.

II. INTRODUCCIÓN

La figura del indefinido no fijo es una figura sin cerrar que ha estado y permanece en constante evolución jurisprudencial porque concierne a los principios constitucionales que rigen el acceso al empleo público y al principio laboral de estabilidad en el empleo. En este trabajo Aurelio Desdentado realizó un estudio completo y brillante sobre la evolución de esta figura al tiempo que mostró la evolución de su razonamiento jurídico. Se trata de una aportación muy valiosa porque muestra la evolución experimentada por el indefinido no fijo en la doctrina jurisdiccional y doctrinal y al mismo tiempo, de una forma muy clara, muestra la evolución de la doctrina de Aurelio Desdentado sobre esta cuestión y cómo se planteaba si estaba cumpliendo el fin para el que fue creada: Preservar desde el ámbito laboral, el modelo constitucional de función

pública, modelo basado en la garantía de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

Leí el primer borrador de esta publicación y pude escuchar a su autor reflexionar en voz alta sobre ella cuando, en octubre de 2018, vino a la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma para impartir una conferencia sobre la figura del trabajador indefinido no fijo a los estudiantes de la 1.ª edición del Máster en Empleo Público. En otras ocasiones, con anterioridad, había podido escucharle y preguntarle acerca de esta cuestión. Por primera vez en 1996 cuando surgió el reconocimiento como indefinido no fijo de plantilla del trabajador contratado irregularmente por una administración pública¹. Ha sido importante para mí haber podido conocer la visión sobre el indefinido no fijo por parte de quien ha participado en la creación y en el debate jurídico que a lo largos de los años se ha venido manteniendo en la Sala sobre el tratamiento y la calificación de esta figura híbrida.

III. COMENTARIO

1. Contexto y estructura de la obra

El trabajo se estructura en tres partes. La primera parte, bajo la premisa de la existencia de un desconcierto general sobre los indefinidos no fijos, reseña el problema existente en el tratamiento de las irregularidades en la contratación temporal en el sector público y se adentra en las sucesivas respuestas judiciales. En la segunda parte, el autor señala como punto de inflexión el que era en ese momento el último estadio de la evolución en la jurisprudencia de la Sala 4.ª sobre la cuestión y efectúa reflexiones críticas sobre los efectos que ésta produciría sobre la figura del indefinido no fijo. De ahí el título de esta segunda parte,

¹ STS de 7 de octubre de 1996 (RJ 7492). Y seguidamente al dictarse en 1998 las célebres sentencias de Pleno del Tribunal Supremo en las que se determinaba la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada como causa lícita de extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo; SSTs de 20 y 21 de enero de 1998 (RJ 1000 y 1138). En aquella época se escribieron numerosos comentarios al hilo de la evolución jurisprudencial y la construcción de la distinción jurídica entre trabajadores fijos e indefinidos no fijos en las administraciones, Así, GOERLICH PESET, J. M., y VEGA LÓPEZ, J., «¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública?: Los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla», *Relaciones Laborales*, núm. 11/1998, pp. 14 a 32; MARTÍNEZ DE LA PEDRAJA ABARCA, A., «¿Por qué se insiste en enfrentar el Derecho Laboral con los principios constitucionales de acceso a los puestos de trabajo en la Administración Pública?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 3 de julio de 1997. Me permito citar aquí también el mío, «Trabajadores indefinidos no fijos de plantilla: la incidencia de la norma administrativa en la contratación temporal irregular de la Administración pública», publicado en 1998, en uno de los primeros números, el núm. 4 de la *Revista de Derecho Social*.

que sugiere «el principio del fin» de la citada figura. La tercera y última contiene una reflexión general que sirve de colofón. Volviendo a los orígenes de esta institución y a la vista de su evolución, se extraen conclusiones que plantean la conveniencia de terminar la historia del contrato indefinido no fijo.

2. Contenido

Como se ha advertido, la primera parte del trabajo no se limita a describir la evolución del tratamiento jurisprudencial de esta figura. Lo verdaderamente interesante de esta parte es que se trata de un diálogo argumentativo entre el autor y la fundamentación de las principales sentencias y de los votos particulares. Este es el principal valor: que se puede conocer, no solo cuál ha sido la evolución de la controversia jurídica sino cómo se ha canalizado la respuesta a lo largo del tiempo y de la evolución normativa. Otro aspecto que destaca en esta primera parte es que asistimos a la propia evolución del pensamiento jurídico del autor sobre esta figura.

La STS de 7 de octubre de 1996, en la que se consideró que la contratación en la administración al margen de un sistema adecuado de mérito y capacidad impide equiparar a los trabajadores afectados a trabajadores fijos de plantilla, continuó con las SSTS del Pleno de 20 y 21 de enero de 1998 en las que se establece que la Administración afectada estaba obligada a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular de la plaza, circunstancia que, una vez producida, será causa lícita para la extinción del contrato.

Entiende el autor que en esta doctrina estaba implícito el reconocimiento del contrato indefinido no fijo como un vínculo sometido a condición resolutoria, como se declaraba explícitamente en la STS de 27 de mayo de 2002 que contaba con un voto particular². En esta sentencia se declara que la extinción de los contratos indefinidos no fijos se producirá, no solo por la cobertura reglamentaria de la plaza sino también por su amortización, sin tener que seguir los trámites de los artículos 51 y 52 ET. Ello en la medida en que ésta era la solución que el Tribunal Supremo mantenía para el contrato de interinidad por vacante. Así se aplicó a partir de 2013³. Pero esta doctrina jurisprudencial cambió con ocasión del caso de la Universidad Politécnica de Madrid, en

² STS de 27 de mayo de 2002, Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 2591/01.

³ STS de 22 de julio de 2013, del Pleno, Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 1380/2012. Con voto particular. También en las SSTS de 14, 15 o 23 de octubre de 2013 entre otras, en las correspondientes al Ayuntamiento de Parla (Recurso núm.: 68/13, 383/13 y 408/13, respectivamente).

la STS de 24 de junio de 2014⁴ en la que se declaró nulo el cese de 156 interinos por vacante por considerar que para la amortización de las plazas era necesario proceder a un despido colectivo. El razonamiento de la sentencia se extiende a los indefinidos no fijos. El autor refiere en esta parte la argumentación jurídica que sostiene el cambio de doctrina y anticipa su acuerdo con ese cambio por considerarlo acertado. Así, en coherencia, se argumenta cómo se admite la extinción a través del despido objetivo o colectivo.

Interesa leer en estas páginas la reflexión jurídica que en ellas se contiene en torno a la distinción entre la interinidad por vacante como contrato a término y las dudas en cuanto a la naturaleza del indefinido no fijo como un contrato a término o si se trata de un contrato sometido a condición resolutoria. Y cómo a continuación, cuando analiza la STS de 28 de marzo de 2017⁵ señala su carácter rupturista; el autor se muestra muy crítico con su argumentación jurídica. Se trataba de un caso en el que la extinción del contrato indefinido no fijo se había producido, no por amortización de la plaza, sino por el cumplimiento de la condición, por la cobertura reglamentaria de la vacante. En este caso el Tribunal en un argumento adicional de equidad, opta por el régimen indemnizatorio de las causas objetivas.

Finaliza aquí el desarrollo y examen crítico de la evolución jurisprudencial del indefinido no fijo y sus vaivenes y comienza la segunda parte del trabajo marcando como punto de inflexión, como principio del fin, la sentencia del caso Amaya⁶. El autor reconoce la argumentación cuidada y el interés dogmático y práctico de una sentencia que cuenta con un voto particular, algo que evidencia la permanencia de la discrepancia que desde el inicio ha rodeado esta figura. También en esta parte volvemos a tener a disposición el diálogo jurídico entre el autor y la fundamentación jurídica de la sentencia y del voto particular, en dos argumentos principales.

Por una parte, está la cuestión de la vinculación entre el contrato y la plaza desempeñada y por otra parte la cuestión relativa al juicio de igualdad. En lo tocante a la conexión entre el indefinido no fijo y la plaza, el autor es muy crítico al sostener que, si la conexión entre el contrato indefinido no fijo y el puesto de trabajo concreto se rompe, el indefinido no fijo deja de serlo o se convierte en portador «errante» de una especie de interinidad perpetua que «contamina» cualquier puesto de trabajo que desempeñe. Se podría decir que la condición de indefinido no fijo la tiene el trabajador, no la plaza/puesto que

⁴ STS de 24 de junio de 2014, Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, núm. 217/2013.

⁵ STS de 28 de marzo de 2017 Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, núm. 1664/2015.

⁶ STS de 2 de abril de 2018 Recurso de Casación para la unificación de Doctrina, núm. 27/2017.

éste ocupe/desempeñe, pero en todo caso, puede afirmarse que la figura del indefinido no fijo tiende a alejarse de la interinidad por vacante y a aproximarse a la figura del trabajador fijo, sin perjuicio de que la plaza que ocupe deba ser objeto de amortización (despido objetivo o colectivo) o de convocatoria (extinción indemnizada del contrato). En definitiva, ambas posiciones comparan una visión común: el trabajador que accede a la condición de indefinido no fijo continúa en su puesto de trabajo, puesto que debe ser objeto de convocatoria pública, salvo que se amortice. Y, por otra parte, acerca de la argumentación de esta sentencia, el autor reflexiona también sobre la doctrina constitucional en materia de igualdad y no discriminación y sostiene que no puede fundamentarse el reconocimiento del derecho de promoción profesional de un trabajador indefinido no fijo en la aplicación del principio de igualdad y no discriminación entre los trabajadores fijos y los temporales.

Por último, una vez realizado el recorrido crítico y argumentativo de la evolución de la fundamentación judicial, en la tercera parte se plantea, como se avanzaba al principio, la posibilidad de estar ante el fin de esta figura por considerar que no está sirviendo al fin para el que se creó. Plantea la necesidad de encontrar otra figura que pueda evitar la captura del empleo público por la vía de la temporalidad que pone en cuestión los principios constitucionales de acceso al empleo público.

3. Aportación

Con la creación jurisprudencial de la figura del trabajador indefinido no fijo se pretendía hacer compatibles los principios constitucionales que rigen en el acceso al empleo público con las normas laborales que regulan la contratación laboral. Desde su aparición en escena, la figura ha ido ampliando su campo, desbordando las fórmulas de la contratación temporal y proyectándose como respuesta también en supuestos de cesión ilegal en las administraciones públicas o de incorporación de trabajadores provenientes de empresas concesionarias en los supuestos de existencia de sucesión de empresa y subrogación. Incluso ha salido del marco laboral en supuestos de irregularidades en la contratación administrativa y para servir de inspiración o al menos como término de comparación para la resolución de supuestos de irregularidades en los nombramientos o en los ceses de funcionarios interinos.

La amplitud del uso de esta figura confirma la brillantez de la fórmula, pero también es patente que su profusa utilización la ha pervertido. Como se señalaba hace no mucho tiempo, hoy podemos coincidir con la afirmación de

Aurelio Desdentado acerca de que no está cumpliendo el fin para el que se creó. La propia jurisprudencia de la Sala 4.^a durante la época de los recortes y la del TJUE, llamado a pronunciarse en varias ocasiones, alguna muy reciente, ha contribuido a aumentar el desconcierto al que se refería el autor al principio de este artículo⁷.

IV. APUNTE FINAL

Cuando se escriben estas líneas se han producido algunas novedades que afectan a los indefinidos no fijos. Por una parte, el Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha dictado una importante sentencia⁸ en la que ante la incidencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19), ha declarado que, con carácter general, una duración de la interinidad por vacante superior a tres años, debe considerarse injustificadamente larga, lo que comportará que el trabajador interino pase a ostentar la condición de indefinido no fijo⁹.

Por otra parte, se está avanzando¹⁰ en la posible determinación por norma legal de un límite temporal para proceder a la cobertura de las vacantes y en todo caso, llegado el límite, el establecimiento de la extinción del contrato del interino o del cese del funcionario interino, ambas indemnizadas. Con ello se pretenden evitar temporalidades «inusualmente largas» que acaben con la conversión en indefinidos no fijos en los casos laborales.

Pero, por otro lado, es importante la inclusión de una cláusula de responsabilidad. Debe exigirse responsabilidad a los órganos competentes en materia de personal de cada una de las administraciones públicas, éstos tienen la obligación de «velar» para evitar cualquier irregularidad en el nombramiento de funcionarios interinos o en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión en indefinido no fijo.

⁷ «El empleo público a la salida de la crisis», en AA. VV., *Tiempo de Reformas. En busca de la competitividad empresarial y la cohesión social*, (A. de la Puebla Pinilla y J. R. Mercader Uguina, dirs.), Tirant lo Blanch, 2019. p. 242.

⁸ STS de 28 de junio de 2021; Recurso núm. 3263/2019.

⁹ Aunque en el Fundamento de Derecho Cuarto-1 de esta interesante sentencia se afirma, con razón, que bien por una errónea comprensión de su jurisprudencia, bien por una deficiente traslación de la misma, la STJUE de 3 de junio de 2021 no refleja correctamente la que ha sido la doctrina del Tribunal Supremo sobre la interinidad por vacante.

¹⁰ Por ejemplo, en materia de función pública, véase el Acuerdo sobre el Plan de choque para reducir la temporalidad en las Administraciones Públicas firmado el 5 de julio de 2021 entre el Ministerio de Política Territorial y Función Pública y las Organizaciones Sindicales más representativas.

Aurelio Desdentado ha estado en el origen y diseño de la figura del trabajador indefinido no fijo, ha contribuido a su desarrollo y al debate jurídico que se ha desarrollado en la doctrina y en la jurisprudencia. Y ha vislumbrado su futuro. Siento que no podamos conocer cuál sería hoy su análisis sobre las novedades jurisprudenciales y las próximas reformas, pero sí podemos seguir leyendo sus reflexiones, sí nos queda su obra y su recuerdo.

CONTROL EMPRESARIAL DE LA PRESTACIÓN DEL TRABAJADOR POR MEDIO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

JESÚS SOUTO PRIETO
Magistrado jubilado del Tribunal Supremo

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo, coautoría de Aurelio Desdentado Bonete, Magistrado del TS y Ana Belén Muñoz Ruiz, Profesora titular de Dcho. del Trabajo y de la SS. Universidad Carlos III de Madrid. Lex Nova, 2012

II. INTRODUCCIÓN

En un mundo globalizado como el actual es un hecho irreversible la invasión de las nuevas tecnologías en todas las esferas de la vida, lo cual causa una justificada inquietud en la medida en que permiten interferir en las relaciones humanas de ámbito privado y, en el campo al que ahora aludimos, un mayor control del empresario sobre el trabajador y la constatación de la propia actuación de éste, operando como un medio de prueba para acreditar las conductas irregulares, siendo necesario encontrar un punto de equilibrio entre las facultades empresariales de dirección, encaminadas a mejorar la productividad, y el respeto a los derechos fundamentales del trabajador.

III. COMENTARIO

La obra comentada constituye un estudio muy actual y necesario, en cuanto ofrece amplia información sobre la doctrina judicial surgida a raíz de la proliferación de las innovaciones técnicas en los sistemas de producción, así como sobre las resoluciones e informes de la Agencia de Protección de Datos, cada día de mayor importancia dada la poca frecuencia con la que se viene produciendo la intervención judicial en esta área concreta.

1. Estructura

Se divide en tres en tres capítulos: En el primero, se da cuenta del incremento de las nuevas tecnologías en los controles externos de la prestación de trabajo, especialmente a través de la videovigilancia, aunque se aborden también otras formas novedosas de control como la relocalización (instalación de GPS), los controles biométricos (huellas digitales, examen del iris, patrones faciales) y las etiquetas de identificación (por radiofrecuencia etc.).

En el segundo, se estudia el régimen jurídico de la protección de datos en la vida privada y en relación con el contrato de trabajo, como sistema de garantías en orden al tratamiento automatizado y a la transmisión de datos.

En el tercer capítulo se aborda el estudio del control informático y el uso personal del ordenador de la empresa, poniéndolo en relación con los conflictos que pueden surgir en cuanto a la observancia de las garantías de la esfera privada del trabajador, como el derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones y la protección de datos. Se incluye una amplia referencia a la repercusión que han tenido las nuevas tecnologías en el campo de los derechos colectivos, especialmente la libertad sindical y el uso del correo electrónico por parte de los sindicatos, así como la importancia de los convenios colectivos en la regulación del uso sindical de los medios informáticos de la empresa.

Se cierra el libro con un amplísimo anexo, dando completa información –sistemizada– sobre la doctrina judicial que se ha ido formando en relación con los temas tratados, así como de las resoluciones e informes de la Agencia Española de Protección de Datos, de importancia creciente a medida que aumenta su intervención.

2. Contenido

El núcleo central del primer capítulo lo constituye la videovigilancia, que comprende tanto la captación o grabación de imágenes durante la ejecución

del trabajo como la escucha y grabación de conversaciones durante el mismo. Se parte de que el trabajo se presta dentro del ámbito de organización del empresario, lo cual le otorga un poder de dirección en los términos que señala el artículo 20.3 del ET, con el límite que el mismo precepto señala –el respeto de la «dignidad humana»–, surgiendo así la posible colisión con los derechos fundamentales del trabajador, fundamentalmente la intimidad, pero también con el derecho a la propia imagen y a la autodeterminación informativa. Se destaca así que las técnicas de grabación y filmación audiovisual no solo permiten controlar que la prestación de trabajo se ejercita de manera regular, sino que también operan como medios de prueba a efectos de acreditar una actividad ilícita (laboral o penal).

Se destaca que en cuanto al control audiovisual y sus límites hay fundamentalmente dos posturas: según la primera (la doctrina tradicional de suplicación) ese control será siempre lícito si se produce en relación con los lugares de trabajo, entendiendo que se trata de una simple prolongación, por medio de instrumentos técnicos, de una vigilancia que podría hacerse directamente por el empresario o sus delegados; pero de acuerdo con la segunda postura, ese control no siempre será lícito, siendo necesario acudir a otros elementos de valoración, tales como la intensidad del control, su permanencia o su carácter selectivo.

Se pone especial interés en señalar que la doctrina tradicional ha quedado profundamente afectada por la recepción de la doctrina del TC (SSTC 98/2000 y 186/2000), aplicando la doctrina de la ponderación, que consiste en confrontar directamente las facultades de control del empresario con el derecho fundamental del trabajador a su intimidad, para valorar si las medidas restrictivas impuestas por el empresario superan o no el canon de constitucionalidad (juicio de «idoneidad», juicio de «necesidad» y juicio de «proporcionalidad en sentido estricto»). Destacan los autores que, aplicando la técnica casuística de la ponderación para decidir directamente si existe o no lesión del derecho del trabajador a la intimidad, lo cual depende de las circunstancias particulares de cada caso, se llega a resultados diferentes, como se evidenció en las sentencias mencionadas, pues mientras en la primera se otorgó el amparo por entender que las grabaciones vulneraban el derecho fundamental a la intimidad, a pesar de que se realizaron en el lugar de trabajo, con instalación de micrófonos a la vista, con conocimiento de los trabajadores y de los representantes de estos antes de poner en funcionamiento el sistema, en cambio en la segunda se rechaza el amparo solicitado por el trabajador despedido por existir irregularidades en la gestión de la caja, que quedaron grabadas por una videocámara instalada en el lugar de trabajo, sin aviso al afectado ni a los representantes de los trabajadores. Y con este método, se produce inseguridad, al no determinarse

previamente si existe o no una expectativa razonable de confidencialidad que provoque el conflicto con las facultades empresariales de dirección y control establecidas en el artículo 20 ET.

Los autores se hacen eco en este capítulo de la recepción de la referida doctrina constitucional por la de suplicación del orden social y de las críticas surgidas por la aplicación generalizada de la doctrina de la ponderación –unas demasiado restrictivas sobre la admisibilidad de controles genéricos de videovigilancia, salvo que concurren especiales circunstancias de justificación y otras, demasiado amplias, entendiendo que la videovigilancia oculta está justificada con carácter general cuando hay sospechas fundadas de irregularidades o incumplimientos de importancia–. Por ello, dicen, que quizá el problema más grave sea el de «la generalización automática de la ponderación en supuestos en los que propiamente no existe un conflicto entre la forma de control audiovisual aplicada y el derecho a la intimidad», pues en la práctica «cualquier forma de control audiovisual lleva a formular un juicio de ponderación, sin previo análisis de si, efectivamente, la intimidad ha sido afectada...».

Por último se hacen interesantes reflexiones en torno a la posibilidad de invocar, al margen del derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen y el derecho a la autodeterminación informativa, hoy configurado como derecho autónomo

En el segundo capítulo, sobre la protección de datos, se comienza exponiendo que no existe una regulación específica destinada a la protección de los datos personales de los trabajadores, por lo que las garantías en el ámbito laboral tienen que derivarse del régimen común, que ha tenido una gran evolución en su tratamiento constitucional y normativo. Se examina como en la doctrina del TC se pasa de su consideración como una garantía del derecho a la intimidad, a considerarlo un derecho fundamental. Destacan la especial importancia de la regulación europea (Convenio 108 del Consejo de Europa de 28/1/1981, la Directiva 95/46 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE). Sigue un amplio desarrollo de su régimen jurídico (la LOPD), mencionando los principios; la protección especial de datos sensibles; obligaciones de secreto y seguridad y derechos de las personas afectadas y la configuración de la AEPD ¿función parajurisdiccional o vía previa al orden social?.

En el capítulo tercero se aborda el tema más amplio y dificultoso del control informático. Se advierte que el aumento de estos medios en las empresas ha propiciado el incremento de los usos abusivos y la aplicación por las empresas de técnicas para controlarlos, técnicas que no solo sirven para revisar y evaluar el trabajo sino también para controlar los abusos derivados de su indebido uso personal, pudiendo afectar entonces a la intimidad del trabajador o al secreto de las comunicaciones. Se hace una extensa y certera referencia a la

doble dimensión con que el problema se presenta en la práctica judicial (prueba ilícita, por un lado, e infracción laboral sancionable, por otro). Son dos planos distintos pero evidentemente relacionados entre sí: en el primero, de carácter procesal, determinará si estamos ante una prueba simplemente ilegal (art. 283.3 LEC.) o ante la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales, con la consecuencia, en el primer caso, de que no se admita la práctica de la prueba ilegal, mientras que en el caso de la prueba ilícita, no solo debe inadmitirse sino que, de haberse practicado, el juez ignorará sus resultados, sin perjuicio de que la infracción laboral, objeto sustantivo del proceso, pueda ser acreditada por otras pruebas no contaminadas. En la mayoría de los casos el problema se ha enfocado desde el punto de vista procesal. Se da cuenta del insuficiente marco legal del Estado en esta materia (arts. 18 y 20 ET), lo que llevó a acudir a la técnica de la ponderación y a la regulación convencional o al propio contrato de trabajo.

También aquí se hace una exposición de como se presentan estos problemas en la doctrina judicial de suplicación, en donde distingue varias líneas interpretativas, que van desde la negación total del derecho de los trabajadores al uso personal del ordenador perteneciente a la empresa, sin su expresa autorización, hasta otra línea que rechaza por regla general el establecimiento subrepticio de mecanismos de supervisión, salvo sospecha previa de actuación fraudulenta, pasando por líneas interpretativas intermedias que, aun sin autorización, lo admiten cuando el uso personal responde a un uso socialmente admitido. La doctrina de suplicación concluye generalmente que para resolver la confrontación entre el derecho controlador de la empresa y el derecho del trabajador a utilizar para usos personales los medios informáticos de la empresa en condiciones de privacidad, habría de recurrirse siempre a la referida técnica de la ponderación.

A continuación se da cuenta de la unificación de doctrina llevada a cabo por la Sala IV del TS (SSTS de 26 de septiembre de 2007, rcud 966/2006 y de 8 de marzo de 2011, rcud 1826/2010). La primera sobre control del ordenador de un directivo de una empresa en el que se encontraron archivos temporales de navegación por internet que podían resultar comprometedores, y la segunda, sobre una auditoría general realizada por la empresa para controlar los ordenadores del personal. Se indica como la primera sentencia afirma que la utilización de los medios informáticos facilitados por la empresa queda dentro del ámbito del poder y vigilancia y control que el artículo 20.3 ET reconoce al empresario, control que puede ejercer respetando la «dignidad» del trabajador; que el artículo 18 ET no es aplicable al control por el empresario de los medios informáticos que se facilitan a los trabajadores para la ejecución de la presta-

ción laboral, por que el supuesto de hecho de la norma es completamente distinto; que descartada la aplicación de las garantías del artículo 18, y situados ya en el marco de aplicación del artículo 20/3 ET, es necesario identificar si existe conflicto entre el control empresarial del ordenador y el derecho a la intimidad del trabajador, y para que exista ese conflicto, descartado en principio un derecho del trabajador a ese uso personal, habrá que identificar si existe una situación de tolerancia que haya generado una expectativa razonable de confidencialidad y no da validez a la prueba por falta de advertencia previa. La doctrina se reproduce en la segunda sentencia, y no se da validez a la prueba porque no consta que la empresa hubiera establecido previamente algún tipo de reglas para el uso de dichos medios (prohibiciones absolutas o parciales) ni que se hubiera informado a los trabajadores de que se iba a proceder al control, manteniéndose así una expectativa general de confidencialidad en esos usos personales, que resulto violada por la actuación empresarial.

La recepción de esta doctrina unificada del TS por los Tribunales de Suplicación muestra la consolidación de alguno de sus criterios, como por ejemplo: que, salvo norma convencional, acuerdo o condición más beneficiosa en contrario, el trabajador no tiene derecho a un uso personal del ordenador que le facilite la empresa, que puede establecer los correspondientes controles al respecto; pero puede existir una práctica social de tolerancia que, salvo regulación en contrario, cree una expectativa razonable de confidencialidad que no puede ser desconocida, salvo que se formulen las correspondientes advertencias mediante la prohibición o limitación de estos usos.

Se alude a continuación a la STS de 6 de octubre de 2011(rcud 4053/2010) del Pleno de la Sala, que matiza la doctrina unificada de las dos anteriores. La sentencia del Pleno no da por existente, sin más, que haya un conflicto entre la facultad empresarial de control y el derecho del trabajador a su intimidad que conduciría a aplicar directamente la técnica de la ponderación, sino que se plantea la propia existencia del conflicto por que «solo si hay un derecho que pueda ser lesionado –en este caso el de intimidad del trabajador– habrá un conflicto entre este derecho y las facultades de control del empresario...». Se afirma tajantemente que «no puede existir un conflicto de derechos cuando hay una prohibición válida», que elimina cualquier situación de tolerancia y la consecuente expectativa razonable de confidencialidad. Se concluye que la actuación del empresario fue lícita aunque no hubiera una advertencia expresa de control, pues la prohibición absoluta lleva implícita tal advertencia.

Se cierra este tercer capítulo con anotaciones muy ilustrativas sobre el uso del correo electrónico y el secreto de las comunicaciones, advirtiendo de la posibilidad de que con su control se lesione este derecho fundamental y se-

ñalando el carácter formal de su protección, a diferencia de la protección de la intimidad que es de carácter material. Se hace un recorrido con la doctrina del TC desde el primer momento (STC 14/1984) hasta las más recientes, señalando que hay que distinguir entre los sujetos obligados (terceros ajenos) y titulares del derecho –no hay secreto para aquel a quien la comunicación se dirige–. Termina con unas conclusiones que varían en función de las distintas hipótesis: si el uso personal estaba autorizado habrá que atenerse a los términos de la autorización y contener advertencias de control: si dicho uso fue prohibido, no habrá derecho al secreto de las comunicaciones; y si no hubo autorización ni prohibición ni advertencia de control, dado que el secreto solo cede ante la resolución judicial que autorice la intervención, cabe colegir que el empresario pierde la facultad de control, aunque esto con dudas si se trata de controles extraordinarios.

IV. APUNTE FINAL

Espero que la descripción anterior sea lo suficientemente ilustrativa de que estamos ante una obra extraordinariamente valiosa para entender la evolución de la doctrina científica, judicial y constitucional en esta materia tan actual y compleja del control informático sobre la ejecución del trabajo en el mundo de la empresa. Estoy persuadido de que será por mucho tiempo guía imprescindible para los profesionales jurídicos (jueces, profesores, abogados, etc.), por su amplitud y meticulosidad en cuanto al tratamiento de los temas abordados, con cita profusa de la diversa doctrina a que hemos aludido y un impagable anexo con el texto completo de las sentencias comentadas y de las resoluciones de la AEPD que se citan.

Si hubiera que señalar algún mérito especial sería, a mi juicio, la matización a la doctrina de la ponderación, en el sentido de acometer antes de aplicarla, la existencia real de un derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones del trabajador para confrontarlo con el control empresarial. Felicitación a los autores y un sincero y agradecido recuerdo para el homenajeado (QEPD), inolvidable compañero, excelente Magistrado y mejor amigo.

SUCESIÓN DE EMPRESA EN LA SUCESIÓN DE CONTRATAS

MARGARITA TARABINI-CASTELLANI AZNAR
Profesora Titular de Universidad
Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

«La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 38, 2002.

II. LA SUCESIÓN DE EMPRESA POR SUCESIÓN DE PLANTILLAS EN LOS SECTORES EN LOS QUE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DESCANSA EN LA PRESTACIÓN QUE REALIZAN LOS TRABAJADORES

En su estudio sobre el nuevo artículo 44 ET de 2002, el profesor Desdentado comenzaba diciendo cómo bastaba consultar los repertorios jurisprudenciales para constatar el carácter de materia disputada de la sucesión de empresa. Y así lo he constatado en los últimos años en el Gabinete Técnico en el que no solo la sucesión de empresa, sino también específicamente la sucesión de empresa por sucesión de plantillas o los conflictos derivados de la sucesión de contratas, y en particular en los sectores que, como vigilancia y limpieza, con-

templán cláusulas subrogatorias, configuran uno de los gruesos de los recursos de casación para la unificación de doctrina.

Este estudio planteaba varios de los aspectos problemáticos que presentaba la trasposición de la Directiva 2001/23, que refunde las Directivas 77/187/CE y 98/50/CE, 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, con la reforma de la Ley 12/2001. Trataba de la sorpresa de la reforma, de las vías de transmisión de empresa y de las dos caras del artículo 44 ET en su garantía en y frente a la sucesión; de la identidad económica de la transmisión; sus efectos; las obligaciones de información y consulta y de algunas cuestiones procesales. Pero, de todos ellos, lo que en su tiempo me impactó y que, como mucha de la obra de Aurelio Desdentado, sigue teniendo plena actualidad, es el apartado relativo a la identidad económica en el que, amén de tratar sobre las transmisiones inmateriales, y de cómo el Tribunal Supremo, tras una inicial jurisprudencia en la que había aplicado el artículo 44 ET a la sucesión de plantillas, había descartado esta interpretación, desgranaba la entonces reciente jurisprudencia comunitaria que consolidaba la sucesión de plantillas en determinadas condiciones como supuesto de imputación normativa de las Directivas mencionadas.

Presentaba, así, la jurisprudencia comunitaria y sus elementos inquietantes en lo que respecta a la sucesión de plantillas, apuntados en el caso *Süzen*, evidenciados en los casos *Sánchez Hidalgo* y *Hernández Vidal*, y cristalizados en el Asunto *Temco*¹. Para el profesor Desdentado la conclusión de la sentencia *Temco*, que la Directiva mencionada se aplica a los supuestos en los que la contratista entrante se hace cargo de una parte esencial en términos de número y competencia de la plantilla de la saliente en los sectores en los que la entidad económica empresarial descansa en la actividad que realizan los trabajadores, presentaba numerosos flancos de crítica, en los planos dogmático y práctico y ponía en cuestión el futuro de las cláusulas subrogatorias de los convenios colectivos, habida cuenta del riesgo de que, como consecuencia de su aplicación, finalmente rigiese el régimen jurídico de la sucesión de empresa.

Entre los flancos de crítica anotaba los siguientes: 1) la confusión entre la causa de la sucesión, la transmisión, con el efecto de la misma, la subrogación,

¹ STJCE de 11 de marzo de 1997, C-13/95, Asunto *Süzen*; SSTJCE de 10 de diciembre de 1998, C-173/96 y C-247/96, Asuntos *Hernández Vidal* y *Sánchez Hidalgo*; STJCE de 24 de enero de 2002, C-51/00, Asunto *Temco*. A a las que siguen, por todas, las SSTJCE de 13 de septiembre de 2007, C-458/05, Asunto *Jouini*; 20 de enero de 2011, C-463/2009, Asunto *Clece*; 6 de septiembre de 2011, C-08/10, Asunto *Scattolon* y STJUE 11 de julio de 2018, Asunto *Somoza Hermo*.

pues en las sucesiones de plantilla que acababan siendo sucesiones de empresa, la subrogación era la causa de la transmisión. 2) La relevancia del consentimiento de los trabajadores en la aplicación de la previsión subrogatoria, que no tenía lugar en la transmisión de empresa del artículo 44 ET. 3) Lo extraño que resultaba a nuestra cultura jurídica que el objeto de la cesión fuera la actividad de los trabajadores, al margen de su paradójica coexistencia con la libertad de trabajo, hasta el punto de que, en los casos de dimisión, lo único transmisible sería los eventuales derechos derivados de los pactos de permanencia que, a su vez, sería dudoso que continuaran con el cambio de empresario. 4) La dificultad para precisar cuándo la plantilla transmitida es significativa para que opere la transmisión de empresa y 5) cómo la decisión del empresario de subrogarse o no podía ser determinante de la aplicación del régimen jurídico de la transmisión de empresa.

III. LOS ECOS DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA SOBRE LA SUCESIÓN DE EMPRESA EN LA SUCESIÓN DE PLANTILLAS

1. Más paradojas en el plano dogmático y práctico

Podrían, al hilo de las críticas enunciadas por el profesor, señalarse más paradojas en la calificación como una sucesión de empresa a una de contrata en las actividades de las que estamos tratando, como el hecho de que el mero traspaso de mano de obra sea una cesión ilegal y, en cambio, en los casos de sucesiones de plantillas en estos sectores, sea una transmisión de empresa; o como el hecho de que la cláusula subrogatoria que imponga determinadas condiciones devenga inaplicable –incluso ilegal– cuando, por las dimensiones de la plantilla subrogada, haya de aplicarse el artículo 44 ET que no admite condiciones a la subrogación.

2. El camino recorrido por la Sala Cuarta

El Tribunal Supremo, en ponencia de Aurelio Desdentado, manifestó la perplejidad de la jurisprudencia derivada del Caso Temco en la STS 20 de octubre de 2004, R. 4424/2003, y las que reiteran su doctrina². Pero fue también una ponencia suya, STS 12 de julio de 2010, R. 2300/2009, la que consolida el

² Por todas, SSTS 21 de octubre de 2004, R. 5075/2003 y 26 de noviembre de 2004, R. 5071/2003.

seguimiento de dicha jurisprudencia que ya se había asumido en la STS de 27 de octubre de 2004, R. 899/2002. No parecía que cupiera otra opción.

A partir de este momento pueden distinguirse dos líneas en el Tribunal Supremo en torno a la sucesión de plantillas, muy seguramente anudadas a la pretensión articulada. Por una parte, aquella que concluye la aplicación de la sucesión de empresa como consecuencia de que el contratista entrante haya asumido a una parte importante del personal de la saliente; dentro de la cual se incluyen las sentencias en las que la subrogación del personal se produce por aplicación de una cláusula al efecto en el convenio colectivo³. Por otra parte, la que se centra en el análisis de la disposición sectorial que establece la subrogación, que no se pronuncia sobre la sucesión de empresa⁴.

El cruce entre las anteriores líneas jurisprudenciales hasta entonces paralelas puede ser el origen de la iniciada por la STS de 7 de abril de 2016, R. 2269/2014⁵, que fue un intento –loable– de trazar fronteras entre la sucesión de empresa y la de contratas y en la que, con independencia de la existencia de una sucesión de plantillas, se concluía con la aplicación de la cláusula subrogatoria sectorial y no con el artículo 44 ET. Planteada la adecuación de dicha jurisprudencia a la comunitaria, la sentencia del STJUE de 11 de julio de 2018, C-60/17, Asunto Somoza Hermo, evidenció la necesidad reformularla, y fue con la STS de 27 de septiembre de 2018, R. 2747/2016⁶, cuando la Sala vuelve a la jurisprudencia iniciada entre 2004 y 2010.

3. Alternativas interpretativas

Pero el Asunto Somoza Hermo alumbra lo que podría ser una interpretación integradora en este punto, pues confirma la aplicación de la Directiva a los casos de sucesión de plantillas en virtud de un convenio colectivo, en los sectores de los que estamos tratando, cuando una parte esencial, en términos de

³ Por todas, SSTS de 17 de diciembre de 2011, R. 4665/2010; 28 de febrero de 2013, R. 542/2012; 5 de marzo de 2013, R. 4984/2011; 9 de abril de 2013, R. 1435/2012, 8, 9 y 10 de julio de 2014, R. 1741/2013, 1201/2013 y 1051/2013, respectivamente; 9 de diciembre de 2014, R. 109/2014; 12 de marzo de 2015, R. 1480/2014).

⁴ Por ejemplo, las SSTS de 23 de mayo de 2005, R. 1674/2004; 20 de septiembre de 2006, R. 3671/2005; 10 de diciembre de 2008, R. 3837/2007; 21 de septiembre de 2012, R. 2247/2011.

⁵ Seguida, por todas, SSTS de 3 y 10 de mayo de 2016, R. 3165/2014 y 2957/2014; 1 de junio de 2016, R. 2468/2014; 6 de julio de 2017, R. 1550/2014 y 1660/2016; 13 de junio de 2017, R. 2883/2016; 25 de julio de 2017, R. 2239/2016; 20 de diciembre de 2017, R. 335/2016.

⁶ A la que le siguen, por todas, SSTS de 24 de octubre de 2018, R. 2842/2016, 25 de octubre de 2018, R. 4007/2016, 8 de enero de 2019, R. 2833/2016; 5 de marzo de 2019, R. 2892/2017 y 12 de noviembre de 2019, R. 357/2017.

número y competencias, del personal que la saliente destinaba a la ejecución de dicha prestación, pasa a la entrante, pero –y esto es importante–, añade «siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas».

Lo cierto es que si el objeto de transmisión, para que pueda hablarse en términos laborales de una transmisión de empresa, debe ser un conjunto organizado de medios para llevar a cabo una actividad económica, es evidente que en los sectores donde dicha actividad reside en la mano de obra, no debería bastar con verificar que una gran parte del personal ha pasado de una empresa a otra, porque eso no es necesariamente un conjunto organizado de medios. La literalidad del Asunto Temco sobre la asunción «de una parte esencial, en términos de número y de competencia, del personal» ha de entenderse, precisamente, en este sentido. La sentencia no puede eludir la exigencia de que lo transmitido sea un conjunto organizado de medios, sino que traduce, con mayor o menor acierto, dicha exigencia para estos sectores.

No ha sido ajeno a la Sala Cuarta este planteamiento. Así, la STS 20/5/2008, R. 3617/2006, hace precisamente referencia, en un supuesto en el que una empresa ha traspasado a las limpiadoras, antes contratadas directamente, a otra empresa con la que ha concertado una contrata, a que «no puede afirmarse que se haya transmitido una entidad organizada, en cuanto que lo que se ha hecho es proceder a la cesión de un grupo de personas dedicadas a una determinada actividad dentro de una empresa, lo que por sí solo y en defecto de elementos probatorios que lo hubieran acreditado, no puede calificarse como tal, para decidir que lo transmitido constituye una entidad en el sentido en que viene requerido tanto por las Directivas comunitarias como por el artículo 44 del ET».

No tiene sentido que baste con que la contratista entrante se subrogue en la mayoría de los trabajadores, para entender aplicable el artículo 44 ET. Sería necesario exigir que dicha mayoría constituye un conjunto organizado de medios⁷, lo que pasa por una actividad probatoria en dicho sentido. Sería preciso acreditar, por ejemplo, que el personal que organiza la prestación del servicio ha pasado a la nueva contratista, o el sistema de organización de los servicios, o el de trabajo, en fin, que ha habido una sucesión de una entidad organizada, al modo en que se valora en los casos de cesión ilegal si la contratista pone en juego los elementos propios de su propia estructura empresarial. Cuando quien pretendiera la aplicación del artículo 44 ET probase que hay una entidad que

⁷ LAHERA FORTEZA, J., «La intersección entre las cláusulas convencionales de subrogación contractual y la transmisión de empresa del artículo 44 en las sucesiones de contratas (STS de 12 de julio 2010, Rec. 2300/2009 y STJUE de 20 de enero de 2011, asunto C 463/09)», *RL* núm. 19, 2011.

se transmite, dicho recepto sería el aplicable. Cuando así no fuese y se contemplara en el convenio una previsión subrogatoria, a ella habría que estar.

4. El presente de las cláusulas subrogatorias

El profesor Desdentado también ponía en el estudio comentado, lógicamente, en duda el futuro de las cláusulas subrogatorias tras el asunto Temco, pero lo cierto es que no han dejado de negociarse y no son pocos los sectores de actividad que las contemplan. La pervivencia y desarrollo de estas disposiciones revela que, al tiempo que para los trabajadores son cláusulas de empleo, son una vía de control del mercado para las empresas, y aunque de los conflictos existentes podemos deducir que, en el plano micro, las sucesiones de contratos no suelen ser pacíficas, y en este sentido representan riesgos añadidos para aquellas, en el macro proporcionan un sistema de Restauración borbónica en el que las empresas se suceden unas a otras sin que quepan nuevas en dichos «turnos» que puedan asumir los costes de la subrogación. Y, probablemente, ahí radique su éxito.

IV. APUNTE FINAL: LA TRANSMISIÓN DE LO INMATERIAL

Cuando llegué al Gabinete Técnico del Tribunal Supremo Aurelio se había jubilado para mi sorpresa y pena, porque mi idea de la Sala tenía que ver con su presencia. Los compañeros que pudieron comentar con él los recursos o los borradores de artículos que enviaba, me hablan de lo que aprendían, de cómo escuchaba, de la agudeza de sus reflexiones, de, a la par, su humildad, de su *iuris prudencia*. Una muestra de esto lo había podido percibir cuando venía a jornadas y conferencias a Mallorca. Ahora, advierto algo similar a lo que describe Julian Barnes en «Antes de conocernos», un sentimiento retroactivo respecto de lo que no se ha vivido, porque echo de menos ese Gabinete que no viví, me encantaría que mi vida contase con los contrastes con Aurelio sobre los entresijos de algunos recursos, o lo que acabo de escribir o lo que aquí no ha cupido, como, por ejemplo, los retos que enfrenta ahora la Sala Cuarta en los supuestos de reversión de servicios y la aplicación de la Directiva 2001/23, en línea precisamente con la figura de los indefinidos no fijos, tan de él. Pero, al tiempo, siento que el buen hacer, la excelencia, la humildad y el constante aprendizaje de los otros integran un patrimonio inmaterial transmitido por Aurelio y, así, el Gabinete que no viví está en el que vivo.

PROCESO LABORAL Y DESPIDOS COLECTIVOS

JUAN ALBERTO TORMOS PÉREZ
Profesor de la Universitat de València

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

La obra del profesor Desdentado Bonete escogida para el presente comentario es el artículo titulado «Problemas procesales del despido colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo», publicado en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 169, Civitas, del año 2014.

II. INTRODUCCIÓN

La contribución aborda una de las cuestiones más relevantes y conflictivas en materia de despido colectivo, como es la relativa a la impugnación judicial de dichos despidos colectivos, y los problemas procesales que se han originado al respecto. La cuestión adoptó, todavía más si cabe, mayor importancia tras la importante reforma laboral que tuvo lugar en el año 2012, a través del RDL 3/2012, posteriormente tramitado como Ley 3/2012, y el posterior RDL 11/2013, tramitado como Ley 1/2014.

En dicha reforma laboral se produjo un giro copernicano en el modelo de despido colectivo existente hasta ese momento en el Derecho laboral español. Tras muchos años de subsistencia, la discutida autorización administrativa fue

suprimida, por lo que la adopción de la medida de despido colectivo pasaba a convertirse en una decisión empresarial. Dicha decisión empresarial pasaba a ser, y es en la actualidad, directamente revisable en vía judicial, a través de la modalidad de impugnación procesal que prevé el artículo 124 LRJS. La reforma de 2012 trajo consigo, pues, un cambio muy relevante en el modelo de impugnación procesal, y dio lugar a no poca conflictividad, contexto en el que debemos situar la obra del profesor Desdentado Bonete.

La elección de esta obra tiene una relevancia también en el plano personal, si se me permite comentarlo, y es que quien suscribe dedicó su tesis doctoral a los despidos colectivos, en concreto a la cuestión de los criterios de selección de los trabajadores afectados, bajo la brillante dirección del profesor Goerlich Peset. En la tesis se dedica un capítulo a la impugnación procesal del despido colectivo, en donde se analizan algunas de las problemáticas que con acierto se destacan en esta obra.

III. COMENTARIO

Tras los importantes cambios introducidos por la reforma laboral de 2012 en relación con los despidos colectivos, no solo en el plano sustantivo, sino también en el plano procesal, la obra comentada aborda, en el año 2014, los principales problemas procesales originados tras la reforma del despido colectivo y que hasta ese momento se habían planteado o estaban planteándose ante el Tribunal Supremo. La obra debe situarse en ese contexto de elevada litigiosidad en materia de despido colectivo tras aprobarse la reforma, más aún encontrándonos en un contexto de crisis social y económica de gran envergadura. El elevado número de reestructuraciones empresariales trajo consigo un elevado número de despidos y sus correspondientes impugnaciones ante los tribunales, planteándose no pocos problemas procesales, muchas veces por la poca acertada redacción de los preceptos legales aplicables.

En ese contexto, la obra hace una sucinta pero ilustrativa presentación general del nuevo sistema de impugnación del despido colectivo surgido tras la reforma laboral de 2012 y regulado en el artículo 124 de la LRJS. Sobre ello cabe destacar dos ideas clave: la elevada complejidad del sistema de impugnación ideado por el legislador y, en segundo lugar, los problemas de coordinación entre las distintas modalidades de impugnación posibles, a saber, la impugnación colectiva por parte de los representantes legales de los trabajadores, la impugnación individual por parte de los trabajadores, junto con la impugna-

ción de oficio por la Administración y la impugnación empresarial a fin de declarar ajustada a derecho la medida.

A continuación, la obra analiza los principales problemas planteados ante el Tribunal Supremo en aplicación de la citada normativa procesal. Alguna cuestión no es tan destacable en la actualidad, como la problemática de la aplicación transitoria de las distintas normas aprobadas en esos años (RDL 3/2012, Ley 3/2012, RDL 11/2013, etc.), pero otras cuestiones siguen siendo problemáticas con gran relevancia también en la actualidad.

La primera hace referencia a las partes legitimadas para intervenir en el proceso. De ese modo, la obra analiza los problemas en relación a quién puede ser parte en cada tipo de impugnación (los representantes legales de los trabajadores, por ejemplo, en la impugnación colectiva), y las dudas planteadas ante el Tribunal Supremo. Es de destacar el reconocimiento por parte del Tribunal Supremo de legitimación activa a las comisiones *ad hoc* que hayan negociado la medida cuando no existieran órganos de representación de los trabajadores, teniendo en cuenta que los trabajadores individualmente considerados están excluidos de la legitimación en la impugnación colectiva.

A continuación, la obra analiza el objeto del proceso de impugnación del despido colectivo en sí. Por ello, destaca que la impugnación sirve para impugnar tanto la decisión extintiva unilateral del empresario como el acuerdo alcanzado con los representantes de los trabajadores con el mismo fin, con todo su contenido. Ello confiere una cierta amplitud al objeto del proceso de impugnación del despido colectivo.

Es de destacar la referencia a que la impugnación, en su modalidad colectiva al menos, debe tener una dimensión colectiva. Ello significa que la modalidad colectiva de impugnación del despido colectivo solo podrá conocer de aquellas cuestiones que afecten a la medida extintiva en su conjunto, desde una óptica colectiva. Precisamente por ello, el Tribunal Supremo se manifestó en línea de excluir de la impugnación colectiva aquellas cuestiones de afectación exclusivamente individual. Tal es el caso de la aplicación de las reglas de prioridad de permanencia, como la que reconoce el artículo 51.5 ET y 68.b) ET para los representantes de los trabajadores, o las que puedan reconocerse vía negociación colectiva en un convenio, o pactarse en acuerdo alcanzado durante el período de consultas. La aplicación de estas reglas de prioridad debe discutirse en la modalidad de impugnación individual, como por otra parte señala expresamente el propio artículo 124.2 *in fine* LRJS y artículo 124.13 LRJS.

Una cosa similar sucede con los criterios de selección: si bien la adopción de criterios claramente discriminatorios sobre el total de la plantilla puede ser objeto de discusión en la modalidad de impugnación colectiva, la

aplicación individual de unos criterios *a priori* conformes a Derecho por tener, por ejemplo, incidencia discriminatoria sobre trabajadores individualmente considerados, solo podrá ser objeto de impugnación en la modalidad individual.

El profesor Desdentado Bonete también aborda la impugnación empresarial a fin de obtener la declaración de la medida como ajustada a Derecho, o también mal llamada «acción de jactancia». Se trata de una acción plenamente legítima, que pretende aportar seguridad jurídica a una empresa que por otro lado podría verse afectada por una cascada de impugnaciones individuales cuando no ha habido una impugnación colectiva. Esta cuestión vuelve a conectar con los problemas de coordinación entre las distintas modalidades de impugnación, como se ha señalado al principio. Ahora bien, para el Tribunal Supremo, esta acción solo es admisible si hay un sujeto colectivo que se oponga a la decisión empresarial, pues de lo contrario el proceso carecería de la contradicción necesaria.

Las problemáticas planteadas no acaban ahí. La obra aborda otras cuestiones, de cierta complejidad, como es la de la naturaleza meramente declarativa o de condena de la sentencia recaída en el proceso de impugnación colectiva del despido colectivo. A la cuestión, ciertamente, no ha ayudado la desafortunada redacción dada por el legislador, ni tampoco sus modificaciones. Sobre ello, precisamente, la doctrina ha discutido largo y tendido sobre el carácter ejecutable –y sus problemas– de la sentencia recaída en la impugnación colectiva. En síntesis, habría que considerar la sentencia como meramente declarativa, teniendo en cuenta que cuando declara la nulidad del despido colectivo es posible considerarla de condena, si se incorporan los factores de individualización necesarios para concretar dicha condena, con los problemas que ello puede conllevar.

También ha sido muy intenso el debate judicial y doctrinal sobre el alcance del control judicial de la medida empresarial de despido colectivo. Tras algunas vacilaciones, no cabe duda de que no corresponde a los jueces adoptar decisiones de índole económico-empresarial, ni realizar un control sobre cuál es la medida óptima desde el punto de vista económico. En este sentido, los jueces no pueden suplir el papel del empresario, que actúa en el marco del principio de libertad de empresa reconocido en el artículo 38 de la Constitución española. Por ello, el control judicial debe circunscribirse a la verificación de la concurrencia de unas causas que facultan al empresario a adoptar la medida dentro de lo que sería razonable.

IV. APUNTE FINAL

El artículo escogido analiza de manera certera los principales problemas que en el plano procesal se plantearon en los primeros años de aplicación de la reforma laboral de 2012. Se trata de la reforma laboral más importante acontecida en España en las últimas décadas, y ha tenido un fuerte impacto tanto a nivel sustantivo como procesal. En el marco de la impugnación del despido colectivo del artículo 124 LRJS, las problemáticas no han sido pocas. Muchas veces, las dudas han derivado de los evidentes defectos de técnica legislativa, las siguientes reformas a modo de «parche», y la complejidad en sí misma de los preceptos en cuestión.

No en balde, el profesor Desdentado Bonete destaca en su obra, al igual que en otras escritas también sobre el despido colectivo y su impugnación, que la principal problemática ha sido la de la complejidad de la regulación y del modelo de impugnación del despido colectivo. Ello a su vez ha traído consigo una serie de problemas derivados. En primer lugar, al menos en los primeros años tras la reforma laboral, y debido al elevado número de reestructuraciones empresariales, el volumen de litigiosidad ha sido inmenso.

A la elevada litigiosidad ha contribuido, también, la multiplicidad de vías de impugnación para una misma medida: impugnación colectiva, impugnación individual, impugnación declarativa empresarial, e impugnación administrativa de oficio. A su vez, esta cuestión conecta con el de los problemas de coordinación entre las distintas modalidades de impugnación, los efectos de las distintas sentencias recaídas en cada una de ellas, etc. En suma, se trata de una cascada de problemas que han tenido un efecto perjudicial sobre las reestructuraciones que muchas empresas querían acometer con celeridad, provocando el efecto contrario: una demora en el tiempo de resolución del litigio.

Como acertadamente señala el profesor Desdentado Bonete en su obra, y que sigue plenamente en vigor en la actualidad, se hace necesaria una reforma del modelo de impugnación judicial del despido colectivo, en dos direcciones: acometer una simplificación del modelo y, en segundo lugar, otorgarle la celeridad que pretende tener para resolver litigios que afectan a medidas de carácter complejo. Para ello, resulta interesante la idea de integrar la impugnación colectiva y las impugnaciones individuales en un mismo proceso, con intervención de todas las partes, que dé una solución unificada a cada litigio.

LAS NORMAS FICTICIAS Y SU CLASIFICACIÓN

CARMEN VIQUEIRA PÉREZ
Catedrática de la Universidad de Alicante

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

«La legislación como propaganda», *Diario La Ley*, núm. 7090, Sección Columna, 12 de enero de 2009, Ref. D-10, Editorial La Ley.

II. INTRODUCCIÓN

Los años de profesión enseñan, entre otras cosas, a quien se puede dejar de leer sin que la formación sufra y a quien se debe procurar leer siempre porque en todos sus trabajos habrá, cuando menos, alguna idea, una reflexión o una valoración que obligan a detenerse y pensar. En este grupo se incluye la obra de Aurelio Desdentado en todas sus versiones (artículos, comentarios de urgencia, sentencias, publicaciones en prensa) porque aún en las más informales y/o breves late su visión de gran jurista. Esto es lo que revela en apenas tres páginas «La legislación como propaganda», un muy original e incisivo artículo de 2009, en el que Desdentado denuncia el aumento la legislación simbólica y –tomando como hilo argumental el contenido de la Ley 20/2007– aborda la identificación y clasificación de los muy diversos tipos de normas ficticias que pueblan nuestras leyes.

III. COMENTARIO

En una breve columna de tres páginas Aurelio Desdentado nos advierte –con aguda perspicacia– de la expansión de la «regulación simbólica o retórica»; de la generalización de esa práctica que consiste en aprobar determinadas leyes para proyectar la idea de que se está incidiendo de manera decisiva en una materia que interesa a la opinión pública cuando, en realidad, ninguna (o casi ninguna) medida efectiva se está tomando. La ley se convierte así en un instrumento de propaganda: cumple la función simbólica que conviene a la coyuntura y se desvanece «dejando una estela de inconsistencia y de inanidad».

Obviamente, el contenido simbólico se alterna con contenido real, de modo que la ilusión que una norma retórica crea puede ser mayor o menor en comparación con lo que realmente regula, pero esa cuenta solo pueden hacerla quienes estudian su contenido (una minoría muy minoritaria) en tanto que para los demás (la inmensa mayoría) el efecto mediático es el que cuenta y «de esta forma el juego ilusionista puede cumplir su función con independencia del contenido normativo real».

Tomando como ejemplo de esta desviación la ley que aprueba el Estatuto del Trabajador Autónomo (Ley 20/2007 –LETA–) el trabajo señala cómo la parte «laboral» de esta norma aparece trufada de preceptos innecesarios como el reconocimiento del derecho a la igualdad y la no discriminación, la intimidad, la integridad física, la tutela judicial efectiva, la percepción puntual de la contraprestación económica convenida, o el establecimiento del deber de cumplir con las obligaciones derivadas de la legislación aplicable en general y, en particular, de las obligaciones fiscales y tributarias. Mandatos grandilocuentes que transmiten la equivocada idea de que la norma establece derechos y deberes especialmente trascendentes cuando el autónomo tendría igualmente reconocido el derecho a la integridad física y se encontraría sujeto a la obligación de pagar sus impuestos, aunque la LETA no lo mencionase. Relleno, al fin y al cabo, para vestir una norma que aporta al patrimonio jurídico del autónomo mucho menos de lo que anuncia.

La técnica de presentar como normas productos que en realidad no lo son admite diversas variantes acerca de las que, al hilo de las previsiones relativas a la Seguridad Social de los trabajadores autónomos, el autor realiza un creativo ejercicio taxonómico y nos ofrece una impagable clasificación de normas ficticias en la que abren catálogo las normas que acabamos de ver, las que recogen lo ya establecido en otra parte, a las que –bebiendo de la nomenclatura *Blade Runner*– Desdentado denomina «normas replicantes». De ellas, cierta-

mente la LETA ofrece múltiples ejemplos como son –además de los ya señalados– los preceptos que recogen el derecho del trabajador autónomo a la Seguridad Social (derecho que ya tenían en función del artículo 41 CE) y su obligación de afiliarse y cotizar (que, como se sabe, sujeta a los autónomos desde los años 70).

También se manifiesta la norma ficticia en las «pseudohabilitaciones», esto es, en aquellos mandatos que encierran una autorización a otra ley para hacer lo que esa ley podría perfectamente hacer sin autorización y de los que la LETA ofrece un ejemplo de libro al afirmar que «la ley podrá establecer bases de cotización diferenciadas para los trabajadores autónomos económicamente dependientes» y «reducciones o bonificaciones en las bases de cotización o en las cuotas de Seguridad Social para determinados colectivos de trabajadores autónomos». La autorización es del todo innecesaria pero con ella parece que la norma se ocupa de regular estas materias –la base de cotización diferenciada de los TRADE y las reducciones y bonificaciones– con respecto a las que realmente nada hace.

Cuando la pseudohabilitación se hace con tono enérgico («la ley establecerá») nos dice Desdentado que nos encontramos ante el «mandato vacío»: no se trata de autorizar a una futura ley para que se ocupe de determinado asunto sino de «ordenar» a una futura ley que se ocupe de determinado asunto. Cualquier jurista sabe que, en virtud del principio de modernidad, entre regulaciones del mismo rango, una ley actual no puede vincular a una ley posterior, pero es presumible que el público no jurista (la mayoría) desconozca esta regla y el mandato vacío puede así crear la ilusión de que se aborda determinado problema dando la orden de que se regule en el futuro (un futuro que, además, el público no jurista puede interpretar como no necesariamente lejano). También la LETA cuenta con algún mandato vacío, como el que ordena a la norma futura que establezca reducciones y bonificaciones en la cotización a la seguridad social en favor de determinados colectivos de trabajadores autónomos («la ley establecerá reducciones y bonificaciones en la cotización a la seguridad social»).

Con la mirada puesta en el futuro actúan también los «mandatos imperfectos» que son aquellos en los que se enuncia una regulación cuya eficacia depende de «los términos que reglamentariamente se establezcan». Así, la reducción de la edad de jubilación en atención a la naturaleza tóxica, peligrosa o penosa de la actividad ejercida por el autónomo queda condicionada a la existencia de un futuro desarrollo reglamentario, de modo que, hasta que éste llegue (que llegó 4 años más tarde, con el Real Decreto 1698/2011), ninguna especialidad estableció la LETA con respecto a la edad de jubilación de este

colectivo de autónomos pese a que el efecto simbólico de este mandato imperfecto pudiera conducir a pensar otra cosa.

En materias de alta dificultad, la operación de fiar al futuro la solución de problemas actuales suele llevarse a cabo mediante lo que Desdentado bautiza como «encomienda de regulación futura» que consiste en encargar al Gobierno que presente al legislador futuro un proyecto de regulación que el legislador actual no está en disposición de asumir. Es lo que la LETA hace con una materia tan compleja como la protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos al ordenar al Gobierno que «proponga a las Cortes Generales la regulación de un sistema específico de protección por cese de actividad». Nada sucede si esa regulación no llega nunca a concretarse, pero, en el corto plazo, se abre paso la idea-fuerza de que la LETA se ocupa del «desempleo de los autónomos» (que no llegaría hasta 2010). Este tipo de norma ficticia cuenta con una subespecie que, aunque con menor intensidad, sirve a la misma causa y tiene una utilidad similar: «la encomienda de estudio». La «encomienda de estudio» suele habitar en las disposiciones transitorias y dos de las que integran la LETA son ejemplos de libro de este tipo de norma ficticia al encargar el estudio de el pago único de la prestación por desempleo para el inicio de actividades por cuenta propia y la actualización de la normativa del RETA.

Con todo, la especie más común de norma ficticia es la «declaración programática o de propósitos» que –como asegura el autor– sin términos de ejecución ni sanción por incumplimiento «quedan muy bien y no comprometen a nada». Esto es lo que acontece, por ejemplo, cuando se establece que «la acción protectora del régimen público de Seguridad Social de los trabajadores autónomos tenderá a converger en aportaciones, derechos y prestaciones con la existente para los trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General».

Resultado y balance de todo ello es que, si prescindimos de las normas replicantes, las pseudohabilitaciones, los mandatos vacíos, los mandatos imperfectos, las encomiendas de regulación futura o de estudio y las declaraciones programáticas, la realidad normativa de la LETA se reduce a la creación del régimen de los TRADE (débil y poco realista) y alguna puntual previsión en materia de Seguridad Social; de modo que frente a un potente peso simbólico de la ley, apenas es perceptible su incidencia real. Como el propio Desdentado señalara en otro estudio, la LETA se presenta así revestida con un traje inexistente, como el emperador en el conocido cuento de Andersen.

IV. APUNTE FINAL

Desde hace tiempo, es un lugar común decir que asistimos a la crisis de la ley y que sus manifestaciones son cada vez más numerosas. En ese discurso es usual aludir al crecimiento exponencial de las normas –que crea una sensación de provisionalidad y fructifica en una pérdida de estabilidad y certeza–; referirse a la urgencia por legislar –que se traduce en un llamativo deterioro de la técnica legislativa–; mencionar la degradación de las características de generalidad y abstracción –que convierten a la ley en un mero instrumento de intervención coyuntural–; y también señalar lo que tempranamente Desdentado puso de manifiesto al advertir la expansión del uso mediático de la norma.

Lejos de perder un ápice de vigencia, la reflexión de Desdentado es hoy (12 años después) especialmente necesaria habida cuenta de la llamativa proliferación de leyes con escaso contenido propiamente normativo, superpobladas de declaraciones de principios, buenos propósitos y anuncios grandilocuentes; alumbradas, en fin, no para actuar en el plano de lo real sino para cumplir una función simbólica, para convertirse en una forma degradada de propaganda.

El fenómeno no ha hecho sino extenderse y algunas normas recientes muestran nuevas formas de utilización mediática de la ley, como es el caso de la denominada «prohibición de despedir» a la que pretendidamente daría cobijo el artículo 2 RDL 9/2020, un precepto de muy deficiente factura que deliberadamente guarda silencio acerca la calificación que deba darse al despido vulnerador de la limitación que allí se establece para no destruir la expectativa de que tales despidos acabarían en el terreno de la nulidad. El legislador podía haber establecido abiertamente la nulidad de estos despidos, pero ha optado por no hacerlo y su falta de decisión política se desplaza al terreno judicial provocando la dispersión interpretativa que era de esperar y que hoy –amén de dejar una estela de frustración– proporciona una buena dosis de inseguridad jurídica en un contexto especialmente necesitado de certeza.

* * *

Aurelio Desdentado Bonete, a quien este libro rinde merecidísimo homenaje por su talla como jurista, deja también entre nosotros la indeleble huella de su extraordinaria categoría personal de la que sería injusto no dejar constancia porque todos cuantos le conocimos sabemos que fue –tomando las palabras de Machado– un hombre «en el buen sentido de la palabra, bueno».

LA TUTELA DEL DERECHO DE HUELGA FUERA DEL CONTRATO DE TRABAJO

JUAN BAUTISTA VIVERO SERRANO

Profesor Titular (acreditado para catedrático) de la Universidad de Salamanca (s.e.)
Asesor del Defensor del Pueblo

I. PUBLICACIÓN COMENTADA

Desdentado Bonete, A., «Ecos de Samoa: sobre la expansión del derecho de huelga fuera del contrato de trabajo. El caso ALTRAD», en *Revista de Información Laboral*, núm. 2, 2017, pp. 151-172.

II. INTRODUCCIÓN: LA CONVERSACIÓN QUE ME HABRÍA GUSTADO MANTENER CON AURELIO DESDENTADO

No tuve la suerte de coincidir con Aurelio Desdentado Bonete en el Tribunal Supremo. Llegué al Gabinete Técnico (Sala de lo Social) del Tribunal Supremo un par de años después de su repentino e inesperado cese por el cumplimiento de la nueva edad de jubilación forzosa y eso me privó de la oportunidad de beneficiarme de su generoso magisterio. Así me lo hicieron saber muchos compañeros, letrados del Tribunal Supremo, nada más incorporarme al alto tribunal. «Lástima que no ya no esté Aurelio en esta casa», me dijeron varios de ellos. Y añadieron: «habrías disfrutado intelectualmente de su con-

versación y habrías notado una cercanía y una humildad no muy abundantes por aquí». No sé si fueron esas las palabras literales que emplearon mis compañeros, pero yo las recuerdo así.

Con el paso del tiempo y de los cafés diarios en las cercanías del Tribunal Supremo, fueron muchas las ocasiones en las que esos mismos compañeros reiteraron la admiración que sentían por Aurelio Desdentado, a partes iguales por su sabiduría jurídica y no jurídica y por la cercanía de su trato, como si de otro humilde letrado del Tribunal Supremo se tratase. Cercanía y sabiduría *lato sensu*, y por este orden además, que a fuerza de ser recordadas en numerosas ocasiones por mis compañeros incrementaron la ya mucha admiración que sentía por Aurelio Desdentado, desde mis tiempos de doctorando cuando preparaba mi tesis doctoral y pude gozar de la lectura de algunas de sus agudas obras sobre el derecho fundamental de huelga. Me viene ahora a la cabeza un comentario sobre la STC 11/1981, escrito junto a Antonio Baylos, publicado en la Gaceta Sindical en el año 1981.

Entre la admiración inicial por Aurelio Desdentado y la fascinación redoblada producto del mucho cariño que por él sentían mis compañeros del Tribunal Supremo, no faltaron otras personas que me hicieran ver el foco de luz intelectual que representaba Aurelio Desdentado en tantos y tantos asuntos laborales y de seguridad social, menos oscuros gracias a su luz. Dos de ellas merecen ahora que las nombre, Carlos Palomeque y Jesús Mercader.

Pese a todo, no llegué a tener con él verdadero trato. Me lo encontré varias veces en la biblioteca del Tribunal Supremo, ya jubilado y consultando libros como suelen hacerlo los jóvenes investigadores, y alguna vez más en la biblioteca del Ministerio de Trabajo, en la sede del Consejo Económico y Social, en la calle Huertas de Madrid. La primera vez que coincidí con él en la biblioteca del Tribunal Supremo me presenté y de inmediato me trató con suma amabilidad, esa vez y las posteriores que se sucedieron.

Mi timidez de serie me impidió, durante alguno de esos fugaces encuentros de ratones de biblioteca, mantener con él la conversación que habría querido a propósito de su comentario jurisprudencial sobre la expansión del derecho de huelga fuera del contrato de trabajo, publicado en la desaparecida *Revista de Información Laboral* del querido amigo de ambos Jesús Mercader, bajo el literario título inicial «Ecos de Samoa...». Sirvan las siguientes líneas a modo de sucedáneo escrito de una conversación nunca mantenida, por causa solo a mí imputable, y que ya nunca podrá tener lugar.

III. COMENTARIO

La tutela del derecho fundamental de huelga fuera del contrato de trabajo y frente a empresarios distintos del titular de los contratos de los trabajadores huelguistas, por ejemplo, mediante la prohibición del esquirolaje decidido por un tercero (en expresión de quien esto escribe¹), constituye una singularidad del Derecho español, obra de la jurisprudencia constitucional en el año 2010², seguida por la jurisprudencia del Supremo desde el año 2015³. Una expansión o ampliación de la tutela del derecho fundamental de huelga aplaudida por una parte de la doctrina científica y criticada o vista con recelo por otra parte⁴, con destacado protagonismo dentro de esta última de Aurelio Desdentado⁵.

Más allá del análisis detallado de la construcción jurisprudencial de la tutela del derecho de huelga fuera del contrato de trabajo, que en lo sustancial comparto, aunque no pueda abordarse en un breve trabajo como este, me habría gustado conversar con Aurelio Desdentado para procurar efectuar una defensa de la construcción jurisprudencial rechazada por él, poniendo sobre la mesa como idea previa y de carácter general la necesidad de aproximación al derecho de huelga con una mirada jurídica heterodoxa, que huya del planteamiento más canónico y restrictivo sobre la huelga como mera suspensión del contrato de trabajo suscrito con el empresario formal de los trabajadores huelguistas.

¹ VIVERO SERRANO, J. B., «Redes empresariales y derecho de huelga: nuevos escenarios para la tutela y la limitación», en W. Sanguinetti Raymond y J. B. Vivero Serrano (dirs.), *Impacto laboral de las redes empresariales*, Comares, Granada, 2018, pp. 283 ss.

² Además de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre, forman parte de la misma serie las SSTC 98/2010 a 112/2010, todas ellas de 16 de noviembre. Aunque cada sentencia del Pleno es de un ponente distinto, merece destacarse la ponencia de la STC 76/2010 a cargo de María Emilia Casas Baamonde. Por lo demás, todas las sentencias cuentan con varios votos particulares discrepantes, siendo el más interesante el del magistrado Vicente Conde Martín de Hijas.

³ STS, 4.ª, de 11 de febrero de 2015, rec. 95/2014 (caso Grupo Prisa). Con posterioridad, las SSTS, 4.ª, 3 de octubre de 2018, rrcud 3365/2015 (caso Grupo Zeta) y 1147/2017 (ABC de Sevilla). Más recientemente, la STS, 4.ª, de 3 de febrero de 2021, rec. 36/2019.

⁴ A favor de la extensión de la tutela del derecho de huelga fuera del contrato de trabajo, por todos, SANGUINETI RAYMOND, W., «La tutela sustancial del derecho de huelga en estructuras empresariales complejas», en *Revista de Derecho Social*, 2016, núm. 74, pp. 11 ss. Del mismo autor, «La garantía extracontractual del derecho de huelga. Una reconstrucción sistemática», en *Revista de Derecho Social*, 2020, núm. 90, pp. 15 ss.

En contra de la extensión fuera del contrato de trabajo, entre otros, MONTROYA MELGAR, A., «Contratas, derechos fundamentales y «desbordamiento» de la jurisdicción constitucional», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2011, núm. 49, pp. 211 ss.

⁵ Además de la obra comentada aquí, véase, DESDENTADO BONETE, A., «¿Una nueva dimensión del derecho de huelga? Más allá de la existencia de una lesión imputable y más allá del grupo de empresas. El caso Pressprint», en *Revista de Jurisprudencia (Lefevbre)*, 2016, núm. 2 (versión digital disponible en internet en abierto).

No se trataría, en todo caso, de una renuncia al necesario rigor jurídico, de construir y argumentar a fuerza de puro voluntarismo. Al contrario, bastaría con recordar que si algo caracteriza a la regulación jurídica de la huelga es precisamente la heterodoxia, la ruptura de los cánones jurídicos de cada momento histórico. De ahí que un mismo fenómeno social haya podido pasar a lo largo de la historia por tan dispares tratamientos jurídicos como delito, incumplimiento contractual, vía fáctica, derecho subjetivo y, en el mejor de los escenarios, derecho fundamental de los trabajadores⁶.

Heterodoxia jurídica no detenida históricamente en España tras el esforzado acceso de la huelga a la condición de derecho fundamental, continuada fundamentalmente por el Tribunal Constitucional mediante construcciones no su-peditadas a los planteamientos jurídicos más ortodoxos o canónicos. Así, y por poner solo algunos ejemplos relevantes, habría que recordar la legalidad de la huelga de solidaridad (STC 11/1981), la legalidad de la huelga político-económica (STC 36/1993), la prohibición del esquirolaje interno (SSTC 123/1992 y 33/2011), la prohibición de filmar la actuación de los piquetes (STC 37/1998), la limitación de la responsabilidad civil (circunscrita al daño material y no así al daño personal) por el daño causado por el líder de un piquete violento (STC 69/2016), la interpretación especialmente restrictiva del delito de desobediencia cometido según la jurisdicción ordinaria por el integrante de un comité de huelga (STC 104/2011), etc. Es verdad que no siempre el Tribunal Constitucional ha seguido la misma línea heterodoxa, como lo sucedido con la admisión o licitud del esquirolaje tecnológico bajo determinadas circunstancias (STC 17/2017), pero esas desviaciones no serían sino la excepción que vendría a confirmar la regla general de la aproximación jurídica heterodoxa.

En fin, la misma mirada jurídica rupturista, refractaria a lo canónico, que históricamente ha venido presidiendo el tratamiento jurídico de la huelga, antes y después de su máximo reconocimiento en España como derecho fundamental de los trabajadores, es la que debería proyectarse sobre la tutela del derecho de huelga fuera del contrato de trabajo, evitando de esta manera que las nuevas y no tan nuevas formas de organización empresarial (descentralización productiva, grupos de empresas, redes de empresas cadenas de valor de las empresas, etc.) acaben socavando la eficacia de la principal medida de presión o conflicto colectivo de los trabajadores, de por sí amenazada *de facto* con la marginalidad de la mano de la creciente digitalización de la economía y del trabajo.

⁶ CALAMANDREI, P., «Significato costituzionale del diritto di sciopero», en *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1954 I, pp. 222 ss., y MARTÍN VALVERDE, A., «Regulación de la huelga, libertad de huelga y derecho de huelga», en AA. VV., *Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo*, Colegio de Abogados de Murcia, Murcia, 1978, pp. 91-92.

IV. APUNTE FINAL

Esas y otras razones habría procurado defender en la conversación que me habría gustado mantener con Aurelio Desdentado, quien sabe con qué resultado, de eventual rectificación de mi postura favorable a la extensión de la tutela del derecho fundamental de huelga fuera del contrato de trabajo, o de cambio de su posición reacia a esa misma extensión. Seguramente ese resultado hipotético habría sido provisional, a la espera de una nueva conversación en la que cada uno habría intentado hacer valer sus posiciones (iniciales o modificadas) con la artillería dialéctica que la reflexión y el tiempo suelen proporcionar a las personas tan seguras de sus convicciones como abiertas a las ideas y a los argumentos de los demás.

No sé, por tanto, si la conversación (varias, en realidad) que me habría gustado mantener con Aurelio Desdentado habría o no cambiado mi defensa de la protección del derecho fundamental de huelga fuera del contrato de trabajo. De lo que sí estoy seguro es de la ayuda que me habría prestado para componer de forma más sólida dos de los aspectos más débiles de la construcción jurisprudencial sobre la tutela o protección del derecho de huelga fuera del contrato de trabajo.

El primero, el criterio para la delimitación del alcance de la tutela del derecho de huelga fuera del contrato de trabajo, por el momento circunscrito a la descentralización productiva fuerte del artículo 42 ET y a los grupos de empresas (no necesariamente a efectos laborales), aunque seguramente con posibilidades (y quizá necesidad) de ampliación a los procesos productivos globales dominados por un empresario líder u hegemónico, el territorio todavía medio salvaje de las redes de empresas, de determinadas redes de empresas, al menos.

Y el segundo asunto o ámbito, acaso el más descuidado por la construcción jurisprudencial de la extensión de la tutela del derecho de huelga fuera del contrato de trabajo, relativo a los fundamentos normativos (procesales y sustantivos) para la imputación de responsabilidad al empresario formal de los trabajadores huelguistas, en su caso ajeno a los comportamientos lesivos del derecho de huelga, provenientes de otros empresarios y sin connivencia o colaboración alguna en la concreción de la lesión por parte del empresario formal de los trabajadores huelguistas. Fundamentos normativos para la imputación de responsabilidad o, quizá mejor, para la exoneración de responsabilidad⁷.

⁷ Muy interesante, a este respecto, la STSJ del País Vasco, de 26 de octubre de 2010, rec. 1955/2010.

Cuando en el futuro retome esta temática de investigación e intente aproximarme de nuevo a esos dos asuntos débilmente contruidos (jurisprudencial y doctrinalmente) hasta la fecha, no podré contar ya con el magisterio de Aurelio Desdentado: ni con el oral, al que por timidez renuncié en su momento, ni con el escrito, tristemente agotada antes de tiempo su fecunda pluma. No podré contar con su magisterio, aunque siempre permanecerá viva en mi memoria intelectual su sobresaliente obra jurídica.

TERCERA PARTE: TESTIMONIOS PERSONALES

¡CUÁNTO ECHARÉ DE MENOS LAS DISCUSIONES CON AURELIO!

JOAQUÍN APARICIO TOVAR

Catedrático de la Universidad de Castilla-La Mancha

Rabia fue lo primero que sentí cuando me llegó la noticia del fallecimiento de Aurelio por COVID-19, y después, claro, tristeza. Han sido demasiadas pérdidas en tan poco espacio de tiempo, la mayoría de la gente, creo, no estábamos preparados para ello y nos costará asumir todo esto algún tiempo.

La pérdida de Aurelio significó la pérdida de una persona inteligente, trabajadora, sensible y, destaco esto ahora, generosa en la ayuda que dispensó a jóvenes que estaban en los inicios de su carrera académica. Como toda persona en verdad generosa daba de forma incondicionada, sin esperar nada a cambio.

Pero ahora quiero destacar una forma especial en la que Aurelio daba luces a quienes tenía como amigos, cual era su apasionada forma de defender sus opiniones frente a aquel amigo o amiga que discrepaba con él. No se trataba de una forma de autoritarismo, sino que profesaba una idea totalmente alejada del pensamiento postmoderno según el cual no hay una verdad sino una suerte de relativismo en el que todo vale. No, no todo vale, pienso yo con Aurelio. Pero eso no quiere decir que la verdad a la que cada uno ha llegado tenga que imponerse de forma dogmática negando a la otra persona toda posibilidad de dialogo. Ahí está la clave, el amor por el dialogo, por escuchar las razones de la otra parte como una forma de buscar la propia verdad. Pero, claro, la personalidad de cada uno imprime a ese dialogo un sello y Aurelio se lo daba, y de que manera, pues se lanzaba a ese dialogo en una apasionada discusión

para la defensa de sus opiniones que quien no le conociese podría pensar que allí no había espacio para la amistad. Todo lo contrario, quienes le conocíamos y tuvimos el privilegio de contar con su amistad, sabíamos que precisamente esa apasionada forma de discutir era una manera de mostrar la sinceridad del afecto, que siempre estaba muy por encima de las formas intensas por las que discurría la conversación y, por ello, tampoco algunos de nosotros, dependiendo del carácter de cada uno, ahorrábamos pasión en el envite pues sabíamos que aquello no hacía sino reforzar la amistad.

Recuerdo, entre otras ocasiones, algunos momentos reveladores de lo que aquí se está diciendo. Una vez fue en una comida en Albacete en la que discutíamos sobre el modo de reparar las consecuencias sufridas por los trabajadores debidas a un accidente de trabajo habida cuenta de que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales declara la compatibilidad de las responsabilidades de Seguridad Social, administrativas y civiles. Dejábamos fuera las penales por no venir al caso. La discusión se centraba más en la compatibilidad entre las civiles y las de Seguridad Social, incluidos los recargos de prestaciones. Aurelio defendía que para el cálculo de la responsabilidad civil había que tener en cuenta lo percibido por el trabajador o sus causahabientes a través del Sistema de la Seguridad, pues, entendía, que el modo de aseguramiento de los accidentes de trabajo en España (a cargo exclusivo del empresario) hacía que en realidad tuviese una naturaleza semejante a un seguro de responsabilidad civil, cosa con la que yo discrepaba y discrepo. Esa opinión caló en algunos jueces y juezas de lo social, pero aplicándola de un modo muy rudo de tal manera que en lugar de proceder a una suma de las cantidades debidas por las diferentes y compatibles responsabilidades, procedían a una resta con consecuencias en ocasiones grotescas. El caso es que nos enzarzamos el y yo mismo con nuestros argumentos alzando en ocasiones el tono de voz. El camarero que nos atendía, por la cara que en un momento le vi, pensaba que no nos llevábamos muy bien, pero se sorprendió cuando a la hora del café cambiamos de tema y seguimos con una conversación ahora bien distendida y amable. Algo parecido ocurrió en otro momento, también en Albacete, en una discusión con Jesús Rentero, otro gran polemista, sobre la aplicación del derecho de la Unión Europea para la preservación los derechos de los trabajadores en los casos de transmisión de empresas.

Hubo una ocasión muy divertida de lo que aquí se trata. En el mes de julio de 1998 Antonio Baylos, Margarita Barañano y yo mismo, alquilamos una casa en Cambridge y tuvimos la suerte de que vinieran a pasar unos pocos días con nosotros Aurelio y Loli. Pasamos momentos muy divertidos, como cuando intenté manejar una de esas barcas que se conducen con una pértiga

por el río Cam llevándoles a todos. Hacer *punting* no es tan sencillo como parece. El fracaso fue tal que un irritado y avezado barquero arremetió contra nosotros, que bloqueábamos el pequeño río, rompiendo la pértiga que tenía en mis manos. En uno de esos días fuimos a pasar un rato a una cafetería situada a las afueras de la ciudad en lo que era un jardín al que se decía solía acudir Virginia Wolff. Allí empezamos hablando de la independencia de la India, de la que en aquellos días se cumplían 50 años y no recuerdo por donde evolucionó la conversación pero el caso es que Margarita y yo mismo formamos un bando frente a Aurelio, mientras Loli y Antonio, asistían divertidos al *match*. Alguno británicos que allí estaban pensaban en el tópico de la sangre caliente de los hispánicos y, quizá esperanzados, esperaban que aquello podría llevarnos a las manos, pero se quedaron frustrados cuando, en un cierto momento pedimos otras pintas y empezamos a reír hablando de no se que otra cosa.

La verdad es que había que aguzar mucho el ingenio para sostener una de esas conversaciones con Aurelio de las que uno salía enriquecido. Mucho las vamos a echar de menos.

PASEANDO POR PAMPLONA CON UN HOMBRE BUENO

GUILLERMO L. BARRIOS BAUDOR
Catedrático de la Universidad Rey Juan Carlos

Dado el enorme cariño que tantas y tantas personas han manifestado siempre por Aurelio Desdentado Bonete, el presente testimonio será a buen seguro el menos trascendente de todos. Básicamente, porque el mismo no referirá ni a su extraordinaria obra científica, ni a su ingente aportación jurisprudencial, como tampoco a sus grandes dotes de orador. Antes al contrario, en las líneas que siguen me limitaré simplemente a contar como le conocí dando un sencillo paseo por Pamplona.

Finalizada mi licenciatura de Derecho en la Universidad de Navarra e incorporado a su Departamento de Derecho del Trabajo con la finalidad de realizar mi tesis doctoral, enseguida pasé a colaborar en las distintas actividades que, bajo la dirección de mi Maestro el Profesor Sempere Navarro, allí se realizaban. Entre otras muchas actividades departamentales, alcanzaron entonces cierto prestigio unas jornadas permanentes de estudio y actualización que, habitualmente, solían desarrollarse en el mes de septiembre de cada año. Fue, precisamente, en una de estas jornadas donde tuve el honor de conocer a Aurelio Desdentado.

De manera muy resumida, mi papel en estas jornadas se limitaba a ser el «hombre orquesta»; hacía de todo menos, prácticamente, asistir a las jornadas en sí. No es de extrañar, por tanto, que entre mis cometidos se encontrara el de atender a los ponentes invitados antes y después de sus intervenciones; atención que, entre otras cosas, suponía recogerlos y llevarlos a sus respectivos medios de transporte. He de reconocer que, en un principio, aquel papel me

frustraba un poco, pero enseguida aprendí lo mucho de positivo que de ello podía derivarse. De hecho, fue así como pude trabar amistad con no pocos personajes ilustres de nuestra doctrina científica.

El caso es que con ocasión de la visita de Aurelio me encontraba un tanto nervioso. No solo porque desde el punto de vista académico iba a ser el primer Magistrado del Tribunal Supremo al que iba a conocer, sino porque en aquel entonces venir a Pamplona constituía una actividad no exenta de riesgo personal para tan ilustre invitado. En este sentido recuerdo todavía hoy con cierta aprensión todas las gestiones realizadas con el servicio de seguridad de la Universidad de Navarra y, más concretamente, con la Policía Nacional. De hecho, en el programa de la jornada de turno no aparecía indicada su verdadera actividad profesional sino, por indicación del propio Aurelio, otra distinta. Circunstancia esta última que, como responsable último de la maquetación del programa, no pocos asistentes a la jornada me la afearon en no pocas ocasiones: ¡No sabes que Aurelio Desdentado es Magistrado de la Sala IV! ¡Qué error tan grande en el programa!

La verdad es que, en mi rol de «chico para todo» no recuerdo ni el título de su intervención, ni de qué habló; ni tan siquiera recuerdo si pude asistir o no a su ponencia (seguramente no). Sin duda alguna porque, como por aquel entonces era costumbre, estaría tratando de cumplir diligentemente con el papel que se me había encomendado y/o resolviendo algún tipo de incidencia logística relacionada con la jornada en cuestión.

Con todo, lo que sí recuerdo como si fuera ayer mismo es que, en mi perpetua condición de asistente, tan pronto como finalizó su ponencia me dispuse a atender a Aurelio en su corta visita a nuestra Universidad. Ni que decir tiene que, sin tener ni la más remota idea de que Aurelio dominaba todos los temas de conversación posibles, me hallaba dispuesto a hacer gala de todos los temas de conversación jurídico-laborales que previamente me había preparado: «-Don Aurelio, ¿qué le apetece que hagamos?-. Pues si no te importa, Guillermo, me apetecería dar un paseo por la ciudad».

¿Cómo? ¿Qué? ¿Un paseo por la ciudad? ¿Sin guardaespaldas? ¿Sin avisar a la policía? ¿Con un crío como yo de mero acompañante?... Pues, sí, así fue la cosa. De ahí que, decidido como me hallaba a atender de la mejor de las maneras posibles a nuestro ilustre invitado, nos subimos en el coche (préstamo paternal, por supuesto) y emprendimos camino hacia el centro histórico de Pamplona. Y ahí íbamos los dos: un hombre sencillo tan contento como unas castañuelas y un chófer novato nervioso perdido...

El caso es que, con la serenidad que le caracterizaba y pese al peligro existente entonces respecto de su verdadera identidad, enseguida Aurelio me

hizo comprender lo que a todas luces parecíamos: padre/abuelo e hijo/nieto dando un sencillo paseo por la ciudad. A partir de ahí, todo fue simplemente maravilloso. Quien me conozca sabe que me encanta mi ciudad (Pamplona) y, especialmente, mi tierra (Navarra). Pero quien conociera a Aurelio sabe que le encantaba aún más preguntar por todo y, especialmente, conocer de todo. Así que, de la Plaza del Castillo a la Plaza del Ayuntamiento, de la Catedral a San Lorenzo, del recorrido del encierro a las murallas..., estuvimos cerca de tres horas raja que te raja, disfrutando los dos de Pamplona pero sobre todo yo de un hombre bueno.

Muchísimas gracias, Aurelio, por aquel sencillo paseo.

IN MEMORIAN: AURELIO DESDENTADO BONETE

JUAN CARLOS BENITO-BUTRÓN OCHOA
Magistrado especialista social en el TSJ del País Vasco
Profesor Asociado en la EHU/UPV

Difícilmente una breve semblanza, en la distancia, y con sentimiento, puede dejar de contar, de alguien que nos ha dejado, sus vivencias más íntimas o protegidas para y con el que las pretende narrar. En nuestro caso, mi propio devenir profesional se enlaza con las experiencias hacia y de nuestro gran magistrado, que aquí pretendo sonsacar para ilustrar esta escueta participación, y que demuestran como las vidas se entrecruzan y condicionan.

Se hacía lejos, en el inicio del cuarto curso (de aquellos cinco pretéritos exigibles, antes de la reforma de la reforma...), en la Licenciatura de Derecho y Economía de la Universidad de Deusto, allá por el curso 1985-1986, cuando en la bibliografía de presentación de una de las asignaturas más duras y afamadas (profesorado y materia, por ese orden), que se correspondía con el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, apareció mi primera referencia «visual» desconocida a la persona de D. Aurelio (unido indefectiblemente por mor de la formación universitaria entregada y sublime a D. Luis Enrique de la Villa) y aquel Manual de la Seguridad Social (con varias ediciones exitosas y última reforma de la acalorada Ley 26/1985 y su comentario sistemático), que se hubo de solicitar en la Biblioteca Universitaria. Quiso la coincidencia que, estando preparando algunos de los trabajos más exigentes y condicionantes de futuras dedicaciones de este suscribiente, para esa cátedra de mi universidad privada, aquel Catedrático Universitario de la Autónoma madrileña alcanzara el llamamiento a encumbrar la cúspide judicial ortodoxa, y estrictamente na-

cional, cuando, al parecer, sus dedicaciones previas habían sido tanto estrictamente académicas como incluso cercanas al poder ejecutivo de referencia y transición. Aquel «suceso» hizo cuestionar entre los «entendidos de provincias» la oportunidad y meritaje del nombramiento discrecional, y suscitó en mi persona la intriga estudiantil del acceso a la judicatura por otros vericuetos que predicaban una ausencia de estricta cobertura de dura oposición, en el contexto de un incipiente marco preparatorio de un avispado estudiante jurídico y económico que desconocía cual sería su vocación y/o salida profesional.

La exigencia del entendimiento, por la lectura afable y con detalle, de aquellos textos casi únicos (sírname detallar también a D. Manuel Alonso Olea), en materia de Seguridad Social, hizo descubrir pronto un cúmulo de informaciones y universos del esquema reglado administrativo y del «seguro», que conducirían irremisiblemente, junto con otras carambolas del destino, a una Licenciatura exitosa y a un devenir de preparación de oposiciones, que descartando las ajenamente inducidas hacia exquisiteces de mayor rango (Registros, Notarias, Judicatura...), depararon una rápida inclusión en el esfuerzo opositor con éxito meteórico en el denominado en aquel momento Cuerpo de Letrados de la Administración de la Seguridad Social (1989-90).

Ya por aquel entonces, en mi primera aventura pública profesional para con el asesoramiento y defensa de la correosa Seguridad Social, con destino inolvidable en Asturias, pude conocer en persona, en vivo y en directo, a un «joven» D. Aurelio (en los manuales no se estilaba aún atraer la figura del autor con una fotografía), del que tanto había leído y aprehendido, que amenizaba como nadie unos cursos de preparación y formación para el re-denominado Cuerpo «Superior» de Letrados, pero en los Servicios Centrales de la capital del Reino. La propuesta de charla encendida versaba sobre la «nueva» Ley de Procedimiento Laboral de 1990, siempre con profundidad de conocimiento y salvaguarda práctica, que desmenuzaba en polémica continua, sin necesidad de otros apoyos técnicos, en deambular aristotélico y peripatético, y versaba sobre cualesquiera vericuetos del mundo litigioso y específico, por muchos otros magistrados y académicos desconocido y dificultoso, y que se enmarcaba en el Sistema de la moderna Seguridad Social y su modalidad específica procesal. De la implicación formativa, mutua y recíproca, en el enlace de preguntas y repreguntas, y hasta con pareceres diversos o contradictorios, pronto se hizo versión a una clara y afable proposición de expresiones posibles, aún contradictorias, donde se admitía al entendimiento distinto y se reconducía a una exigencia de unificación, que predicaba con vehemencia, hacia aquel alumnado casi imberbe (perdón, mayoritariamente feminizado) y osado, que por mor de una juvenil impericia iniciada creían discutir al «maestro» muchos

de los aconteceres teóricos y expresados. Allí nació un primer y recíproco reconocimiento del que él denominó «letrado vasco» (sin aparentes connotaciones políticas y más hacia postulados de opinión «díscola», como muy posteriormente me hizo saber, cuando ambos narramos episodios de presión terrorista, ya en mi posterior etapa judicial, que citaré a continuación).

Y es que algunos años después, cambiando de siglo, y nuevamente por al acceso a sus «doctrinas» judiciales y académicas exquisitas, la inspiración del profesor cercano y del profesional excelso jurista y magistrado supremo, mereció una nueva reconsideración de mi destino profesional y trunqué la vía funcional de la abogacía para con la Administración de la Seguridad Social, ya más moderna y avanzada, hacia un entonces denominado cuarto turno de magistrados en el orden jurisdiccional social, que de una predicada esencia de «prestigio» pasaba a otra de «competencia», y en expresión de pruebas competitivas y de concurso de méritos, sonsacaban entresijos de conocimiento y opinión que merecieron la oportunidad de inclusión, con gran satisfacción y nuevo entusiasmo, del que fuera su compañero académico, y en aquel momento presidente del tribunal de oposición, el citado D. Luis Enrique, que tuvo a bien repreguntar, en aquellas pruebas de acceso, por algunos soliloquios del opositor que le recordaban a posturas doctrinales del aquí homenajeado.

Y es que desde la previa presentación de una tesis doctoral sobre el recurso de casación para la unificación de doctrina (con el antecedente del de interés de la ley), en el que se citaba y recitaba a D. Aurelio, y sus avanzadas posturas creativas y respetuosas con otros pareceres en contradicción. Hasta los muchos años que se acompañaron con un nuevo logro de acceso interno al reconocimiento de verdadero especialista del orden jurisdiccional social, en el que había formado parte tantas veces, como Presidente, el Magistrado Especialista por antonomasia. Unido finalmente a su fructífera tutoría en la Escuela Judicial catalana, para un reducido (apenas cuatro) número de magistrados aprobados, hicieron claramente que nuestra «relación» se acortara en la distancia, y del afamado y releído magistrado del Supremo, de versiones interesantes y esmeradas, novedosas y atrayentes, se pasase a conocer a la persona cordial, inteligente y cercana, dado a la formación con polémica y a la discusión doctrinal, que siempre ha caracterizado su labor profesional, donde más allá de las ponencias brillantes de alta jurisprudencia, se adornaba, y disfrutaba, con su presencia y autoría, en numerosas jornadas de formación, que hemos compartido muchas generaciones de estudiantes, profesores y jueces–magistrados, y que mantenemos en nuestro haber, como una anotación moral y de gran deuda intelectual hacia su persona, pues incluso después de su jubilación, y en la orfandad absoluta tras su hecho causante, integraremos las lagunas de nuestro

■ INMACULADA BALLESTER PASTOR

conocimiento acudiendo a cualesquiera situaciones asimiladas de las que versaba su doctrina jurisprudencial exquisita y publicitada.

Descanse en paz un baluarte de la entrega profesional y un jurista de opinión fundada y creativa, confrontada y abierta, que hacía de su docencia y magisterio un ejemplo de inteligencia humilde e irrefrenablemente contagiosa. Su conocimiento y experiencia nos hace ser quienes somos.

HOMENAJE A AURELIO DESDENTADO BONETE

MILAGROS CALVO IBARLUCEA
Magistrada jubilada del Tribunal Supremo

El mundo del Derecho no es diferente del resto. Sus personajes se mueven en un escenario propio pero no distinto del preparado para otras disciplinas y desde luego en todas ellas hay reparto de papeles, No hace falta ahondar en las grandezas ni en las miserias de cada uno de los escenarios, hasta tal punto siguen su propio rumbo que se cosifican y llegan a independizarse de los sujetos con los que se las identifica. Al final de todo solo falta preguntarse quien es quien, todo se simplifica. Y la respuesta por empobrecida que resulte no deja de transmitir la verdad más lúcida. Se trata solo de ostentar dignidades o, además, dejar un rastro. Cualquiera que conozca el nombre de Aurelio Desdentado Bonete sabe a que categoría va unida su mención. La huella de un hombre nos invita a colocarnos sobre sus pasos. Hay una explicación. Podemos rechazar la sabiduría, por ignorancia, por resentimiento, pero la necesitamos y en definitiva a ella tenemos que acudir. Se puede negar el hallazgo, el mérito pero acabaremos sirviéndonos de ellos, justicia poética, pero justicia al fin, la que se satisface saboreando la lúcida combinación de humanismo, cultura enciclopédica y afinadísima práctica del Derecho.

Un paseo nostálgico por sus artículos, nos llevará a disfrutar de su parafraseo del relato El Traje nuevo del Emperador, cuento de Andersen, en una publicación datada en 2008 a través de la Revista de Derecho Social, en donde arremete contra la legislación «motorizada», recipiente apto para un Derecho manipulable, con cita de una norma específica que nos permite enterarnos de cosas que sabíamos «desde los años sesenta del pasado siglo» y en la que con

estilo *naif* se nos expresa y entera de que el trabajador en ese sector tiene derechos y deberes dándonos noticia de algo que «también podría derivarse si mayores dificultades de la regulación civil o mercantil del correspondiente contrato desde los tiempos de los arrendamientos romanos o más allá», Apunta son simpatía en el tono hacia el catálogo de deberes, con el nombre de «aportaciones notables tales «como el novedoso deber de cumplir las obligaciones derivadas de la legislación aplicable».

En fin, la comparación de la norma comentada con la estela del Faraón Nectanebo (378 a C) y con el cuento de Andersen en tono amable y jocoso es más eficaz y precisa que cualquier otra crítica frente a la llamada legislación simbólica, retórica o semántica.

Llevado por la cortesía curial es más distante su tono, menos deseoso de dejar su sello crítico adornado con el estoque cuando aborda el análisis de sentencias ajenas.

Llegados a este punto Aurelio adopta un gesto remoto y se centra en las líneas que a su juicio no pueden escapar al comentario, Con todo y tal vez por tratarse de una sentencia de TJUE, menos familiar por su ubicación lejana, no se abstiene, ante la primera sentencia del asunto De Diego Porras, de infausta memoria, de bautizar el artículo con un nombre que resultaría premonitorio: «¿Un miércoles de ceniza para la contratación temporal española?» Para la contratación, lo ignoro, pero desde luego para la cuestión prejudicial que dio lugar a aquella ocurrencia –sentencia, que duda cabe que se inició un tiempo cuaresmal de amplio eco y sorprendentes incidencias.

En el artículo fechado en enero de 2016 para la Revista *El Derecho*, señala los puntos que considera de conflicto a propósito de lo que se cuestiona como una nueva dimensión de derecho de huelga, más allá de una lesión imputable y más allá del grupo de empresa.

En su análisis hace uso de su inagotable reserva de estudio y recuerdo de antecedentes para negar la condición de precedente real en la sentencia del Tribunal Constitucional, conocida como asunto Samoa, aun cuando ésta iniciara una tendencia expansiva, pero en la que la extensión de la responsabilidad se detenía en el empresario principal sin trasladarse a un tercero, como lo hace la sentencia comentada. Aunque ahí radica la disparidad con lo resuelto, la no consideración de tercero, premisa esencial de quien firma el artículo, sino de parte integran del sujeto pasivo en una aplicación de la teoría del «fordismo» que le propio Aurelio nos explica. Consiste pura y simplemente en que el señor Ford aspiraba a ser «el dueño hasta del terreno en el que pastaban las ovejas con cuya lana se hacía la tapicería de sus coches «.

Con sencillez franciscana resume la situación acudiendo a la diferencia entre el concepto piramidal y el de red, alejado este último de lo que yo personalmente denomino empresa–economato, modelo triunfante en los cuarenta y cincuenta y que perduró hasta la ruptura sobrevenida en los ochenta.

En su artículo titulado «La extraña fascinación de las máximas jurídicas «su paseo arqueológico sobre las máximas jurídicas nos lleva a recordar que un jurista no es un transeúnte que extrae un código de un estante en una librería y da por cumplida su misión como aplicador del Derecho, sino que precisa de un régimen de precalentamiento en el tubo de ensayo de las máximas y principios y tradiciones.

Por último, voy a referirme a su artículo «¿Existe realmente el principio *in dubio pro operario?*»

Aborda la cuestión de manera terminante, afirmando que no contiene regla para colmar una laguna a falta de norma aplicable y dar la razón al más débil no es iusnaturalista ni positivista, tampoco es una máxima. En Derecho laboral existen unas normas que son tuitivas y otras que no lo son y con las primeras acaba esa función tuitiva que, por cierto solo corresponde al legislador por lo que su ámbito se reduce a las normas estatales sin alcanzar a los convenios, contratos ni a las normas no tuitivas. Concluye que solo puede poseer una orientación acorde con la norma, en dirección al campo teleológico y sin exceder del margen de libertad del intérprete.

Después de un análisis como el que hemos visto solo cabe decir: he aquí la forma en que una *prima donna* acaba siendo una «verdad incómoda».

Aurelio Desdentado ejerció desde sus inicios como jurista una mirada vigilante sobre los varios frentes que, de modo permanente se abren ante un profesional del Derecho y en particular del Social. El trabajo, que es un factor inamovible, al menos por su propio impulso, el capital que actúa en función de unos parámetros políticos que le rodean y la cultura social que nace de la evolución del capital y del entorno político.

A una pretendida autarquía con sus dos elementos auxiliares, proteccionismo sobre el capital y paternalismo sobre el ámbito del trabajo, sucede en el tiempo una apertura exterior a la vez que la integración en lo que se conoce como el «club europeo». Nada volvería a ser igual y sin embargo la inercia ambiental era que nada había cambiado. Aurelio Desdentado nunca abandonó su credo pero acabó comprendiendo que el tablero de juego era nuevo a estrenar y, sobre todo, era otro y ello obligaba a sostener las mismas convicciones que hasta entonces pero sabiendo que el paisaje ya no era el mismo. Ni las estrategias ni los fines podrían perpetuarse so pena de nadar en un mar en el nunca se podría divisar la orilla. Sufrió pena de incompreensión por ello pero

■ JESÚS BARCELÓ FERNÁNDEZ

nada significó para quien registraba metódicamente los cambios en unas isobaras tan familiares.

Nuestro hombre del tiempo nos ha dejado, pero ahí están sus manifiestos de carga, sus cuadernos de bitácora, si con todo eso no sabemos manejar un timón, más vale que lo dejemos. Un abrazo Aurelio, hasta siempre.

MI RECUERDO DE AURELIO DESDENTADO

RICARDO J. ESCUDERO RODRÍGUEZ

Catedrático (jubilado) de la Universidad de Alcalá de Henares

Recuerdo cuando conocí a Aurelio a mediados de los años setenta en un curso que él impartía sobre Seguridad Social, justamente, cuando yo comenzaba a adentrarme en el proceloso mundo de esa especialidad. Desde el primer momento, me sorprendieron sus excelentes dotes pedagógicas y, en particular, su enorme capacidad para transmitir cuestiones complejas con una sencillez y con una claridad y brillantez fuera de lo común, deambulando continuamente por el aula con su característico movimiento pendular. Como resultado de sus clases, mi interés y mi conocimiento de esa materia crecieron muy significativamente hasta tal punto que marcaron mi trayectoria universitaria posterior y mi gusto por la Seguridad Social. Por ello, mi gratitud hacia él es enorme, ya que fue capaz, con su indudable magisterio, de proporcionarme a mí –y a muchos otros– los conceptos y las técnicas básicas para navegar por el tantas veces laberíntico régimen jurídico de dicha temática y, también, para comenzar a vislumbrar el cúmulo de consecuencias sociales y económicas que se derivaban de la misma.

Desde entonces, mi admiración profesional por Aurelio se fue incrementando a medida que asistía a otros cursos y actividades en las que él intervenía. Recuerdo, por ejemplo, un seminario de verano sobre problemas y perspectivas de la Seguridad Social en la Universidad Menéndez Pelayo, allá por el año 1984, en el que él fue un destacado ponente. Una ocasión que, afortunadamente, me permitió conocer de cerca la poliédrica persona que había detrás de ese profesional de cuerpo entero gracias a una excursión a la zona de Potes y a

compartir, en Ruiloba y en otros lugares, mesa, mantel y animadas sobremesas con él y con otros colegas asistentes al curso. Desde ese momento, pude apreciar su marcada afición por la naturaleza y su buen hacer como conversador siempre atento a las múltiples vertientes de la vida y del conocimiento. Aurelio sobresalía –y, también, rompía moldes– por la solidez de sus juicios y por la variedad y altura de sus inquietudes intelectuales, pero, pese a ello, siempre aprecié que, en el trato personal, no le gustara presumir de tales cualidades.

Y, así, tuve la oportunidad de cultivar, intermitentemente, su amistad a lo largo de muchos años y al coincidir con Aurelio en un ambiente u otro, tuve el placer de seguir disfrutando de su sencillez, de su sentido del humor, de su ironía, de su sagacidad y de sus enciclopédicos conocimientos que no se limitaban a lo jurídico –o a lo interdisciplinar dentro del mundo del Derecho– sino que se adentraban, con agudeza y con una erudición, en absoluto ofensiva o pedante, en otros campos del conocimiento. Recuerdo su encomiable pasión por la literatura, siendo tan frecuentes como precisas sus evocaciones y citas de obras relevantes y queridas por ambos, entre ellas de *La Regenta* o *La montaña mágica* de las que era un encendido entusiasta.

Por suerte, seguí coincidiendo con Aurelio en distintos ámbitos, entre otros en la Universidad Autónoma de Madrid a principios de los años noventa, y siempre celebré de seguir apreciando su enorme magisterio y su gran calidad como persona. Como profesional, recuerdo, especialmente, su participación, en torno a 2010, en un curso que coordiné en el Instituto Complutense de Estudios Internacionales (ICEI). Impartió una espléndida lección magistral sobre la sucesión de empresas que nos cautivó y nos ilustró a todos durante varias horas. Él hizo de un tema arduo y lleno de aristas algo tan sencillo como ameno y nos hizo profundizar en los vericuetos, legales y jurisprudenciales, de esa compleja y árida temática que expuso en cuatro dimensiones. Al final, todos salimos encantados de haber asistido a aquel recital de magnífico buen hacer profesional.

Su intensa vida profesional le permitió enriquecerse año tras año y le fue aportando nuevas perspectivas complementarias de su extraordinaria formación y de su aguda perspicacia a la hora de abordar los problemas y de buscar soluciones. Primero, como técnico de las Administración Civil del Estado al servicio de varios Ministerios. Asimismo, como abogado en ejercicio y, de forma recurrente, como profesor universitario continuamente requerido y valorado por sus colegas de especialidad, publicando múltiples y valiosos artículos y monografías, muchas de ellas en coautoría con muchos de ellos, lo que evidenciaba su capacidad para trabajar en equipo.

Y su trayectoria profesional culminó brillantemente como magistrado de la sala IV del Tribunal Supremo, en el que, dado su profundo conocimiento de los temas y su fuerte personalidad, dejó una fecunda huella que no dejó indiferente a nadie durante las largas décadas que ejerció tal responsabilidad. Es unánime el reconocimiento de que Aurelio Desdentado marcó decisivamente la jurisprudencia con decisiones siempre tan fundadas como razonadas, aunque, en ocasiones, fueran arriesgadas y no estuvieran exentas de polémica que él nunca rehuía.

La inesperada muerte de una persona tan valiosa es especialmente desgarradora para Lola, sus hijas Eva y Elena, compañeras mías en la Universidad de Alcalá y en la especialidad, respectivamente, y sus nietos con todos los que formaba un núcleo sólido y de ejemplar unión familiar. Pero también es una pérdida triste e irreparable para todos aquellos que tuvimos la oportunidad —más bien, el privilegio— de conocerle, de aprender de sus inestimables aportaciones profesionales hechas por medio de cursos, artículos, libros, conferencias y sentencias. Y, por encima de todo ello, de apreciarle y de quererle como la persona extraordinaria que fue y que tanta impronta ha dejado en un número tan grande de colegas y amigos.

Siempre pensé que era una persona fuera de lo común que destacaba por su inteligencia, por una formación propia de un hombre del Renacimiento y por su calidad humana. Así le recuerdo yo, como una persona con una inteligencia privilegiada, austero y honesto, solvente y audaz intelectualmente y, tantas veces, provocador en sus reflexiones. Y, además, como una persona cálida, cercana y afectuosa.

AURELIO DESDENTADO BONETE, PERSONA Y PERSONAJE DE EXCEPCIÓN

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

No es fácil reunir las condiciones personales y profesionales de Aurelio Desdentado Bonete. A una potencia intelectual fuera de lo común sumaba la llaneza de quien antes que nada se consideraba amigo o compañero. A su extraordinaria capacidad de concentración para el estudio o la toma de decisiones se unía su manifiesta inclinación a la colaboración, al trabajo en equipo y al aliento para los más jóvenes. A su extremada diligencia profesional se agregaba siempre una innata predisposición para la conversación y las relaciones sociales. A su fervor por la interpretación técnica y rigurosa de los textos legales añadía con naturalidad una curiosidad sin límites por la actualidad social o política más vibrante. Su caudaloso y autorizado juicio sobre los hechos y acontecimientos jurídicos estaba siempre impregnado de tolerancia y comprensión hacia lecturas de signo contrario o divergente. Su afán por la cultura y su notorio gusto literario nunca fue a la zaga de su eminente condición de jurista. Su característico empuje físico y mental casaba a la perfección con la bonhomía de su carácter y la suavidad de sus formas. Era una personalidad indiscutible pero no parecía gustarle mucho el papel de protagonista.

Por razones más entroncadas con el curso y el aleas de la vida que con la adopción de posturas deliberadas, yo no tuve mucho espacio para practicar a fondo la amistad con Aurelio Desdentado. Tan solo coincidí con él en el vario-pinto e impreciso mundo del laboralismo español, sin tener la fortuna, de la que otros sí pudieron disfrutar, de colaborar en el ejercicio de la profesión de

abogado, de compartir actividades docentes, de concurrir en el ámbito del servicio público de la jurisdicción o de emprender proyectos comunes de investigación, publicación o promoción del saber. No obstante, siempre pude contar con su saludo risueño y cariñoso, con sus amables palabras y con su inequívoco reconocimiento profesional, que no es poco. Llegado el momento, tuve la suerte también de contar con su participación y presencia para la puesta en marcha de algunas de nuestras típicas actividades universitarias, tanto en la Universidad de Oviedo como en la Complutense de Madrid. Cuando pude estar necesitado de ello, conté asimismo con su valiosísimo apoyo moral y efectivo. Tengo, pues, mucho que agradecerle, como seguramente ocurre con infinidad de personas de su entorno más o menos inmediato.

En nuestros particulares recintos universitarios, Aurelio Desdentado Bonete siempre será recordado por su excepcional contribución al estudio de la seguridad social. Su aportación al riquísimo Manual de Seguridad Social publicado en los cruciales años de 1977 y 1979 es probablemente su mejor baluarte en ese sentido. Pero todo lo relativo a la protección de riesgos sociales ha estado presente sin interrupción entre sus reflexiones y preocupaciones intelectuales, no solo para racionalizar el intrincado régimen jurídico del sistema de seguridad social o para acompañar el nervio normativo con las crecientes aportaciones de la jurisprudencia, sino también para apostar en firme por la sostenibilidad y continuidad de una maquinaria institucional que tiene motivos sobrados para recibir el mayor cuidado de los posibles en el concierto social pero que constantemente se ve expuesta a luchas de intereses poco airosas o escasamente inteligibles. Es seguro que la probada inclinación de Aurelio Desdentado hacia los problemas de la seguridad social nació de su natural aspiración a un orden normativo solvente y equilibrado, pero también cabe pensar, conociendo su ética ciudadana, que vino marcada igualmente por su defensa a ultranza del Estado social. Uno se atreve a pensar que la seguridad social era para Desdentado Bonete un excepcional ingenio técnico capaz de albergar y conjugar en su seno muchas de sus innumerables querencias científicas (desde el derecho y la economía a la sociología, la historia o el pensamiento político), al mismo tiempo que una insustituible palanca de redistribución y justicia social, especialmente apta, bajo la imprescindible premisa de una correcta organización, para preservar el bienestar de la sociedad y para proteger a la población más vulnerable frente a los riesgos de pobreza e indigencia.

De sobra es sabido, en cualquier caso, que ni la seguridad social ha ocupado en exclusiva la obra científica de Aurelio Desdentado Bonete, ni la investigación ha sido su única aportación a los recipientes jurídicos. Por sus ingentes proporciones, su patrimonio doctrinal ha llegado a pesar como el de los

mejores, tanto en términos absolutos como relativos, pero no ha dejado de ser, al fin y al cabo, una parte complementaria, de su muy nutrida vida profesional. Aunque arribara hacia la mitad de esa fértil trayectoria, es obvio que la actividad jurisdiccional, desplegada a lo largo de sus tres últimas décadas de recorrido profesional, figura por derecho propio entre lo más granado de su legado profesional. Una actividad que, como cabía esperar de una persona con tantas inquietudes, no solo tuvo reflejo en sus ponencias y en sus votos particulares, sino que, una vez más, sirvió para remover y activar su hacendosa pluma con vistas a procurar un sistema judicial mejor o más convenientemente ordenado. Tuvo que atenerse, por ejemplo, a los muros de contención del orden jurisdiccional social respecto del orden de lo contencioso-administrativo, y tuvo que acoplar sus decisiones a los novedosos cauces del recurso de casación para unificación de doctrina. Pero también supo aprovechar la ocasión para desmenuzar los correspondientes mimbres legales, para expresar sus opiniones y valoraciones críticas y para sugerir o recomendar las consiguientes mejoras. Suele hablarse mucho de su buena sintonía dentro de los órganos colegiados de referencia, y no cuesta nada creerlo. Pero también tuvo la valentía de defender su propio criterio cuando lo estimó pertinente a través del oportuno voto particular. Incorporado a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en los años ochenta del siglo pasado, supo adaptarse sin dificultad a las pautas de elaboración de las sentencias que eran habituales en aquellos momentos, pero con el transcurso de los años pasó a figurar con todo merecimiento entre quienes han contribuido de manera más decisiva al aderezamiento doctrinal de las decisiones judiciales y a la renovación de nuestra jurisprudencia social. Su labor se inscribe en una etapa dorada de la que no fue el único pero sí uno de sus más conspicuos representantes.

BUSCANDO CON AURELIO DESDENTADO LA CASA DE LARGO CABALLERO

BERNARDO GARCÍA RODRÍGUEZ

Abogado Laboralista UGT

Profesor Asociado de la Universidad Rey Juan Carlos

Aurelio era una persona de la que ser amigo y disfrutar de su conversación, es uno de los regalos de la vida de los que me siento afortunado. Leyó mis poemas y acudió a ver mis obrillas de teatro, haciéndome una crítica siempre amable y cariñosa. También leyó alguno de mis recursos, pero de eso no hablamos nunca. No coincidía en todas las ideas con él, pero qué tiene que ver eso con la amistad y la admiración.

Un día Aurelio, con el que había visitado la Fundación Largo Caballero en Alcalá de Henares para indagar sobre la figura del «Lenin español», me propuso buscar la casa en Madrid del que había sido Secretario General de la Unión General de Trabajadores durante más de veinte años, participante en la constitución de la Organización Internacional del Trabajo, ministro de Trabajo y presidente del Consejo de Ministros durante la II República.

Sabía Aurelio que la casa de Largo Caballero se encontraba en la calle Sort, cerca de la Dehesa de la Villa, y que era una casa baja de ladrillo visto. Contábamos con una foto, publicada en la biografía de Largo Caballero, «El tesón y la quimera» de Julio Arostegui, la obra de su vida para este historiador granadino, que llegó a ver editada poco antes de su muerte en 2013. En la foto aparece Francisco, su esposa Concepción y sus cuatro hijos, en el patio de la casa unifamiliar. El periódico *ABC* en su día había publicado que el líder obrero vivía en un hotelito o chalet, con jardín, insinuando una vivienda lujosa

impropia de su condición, cuando en realidad se trababa de una casa modesta con patio, en un solar que había adquirido de un compañero comunista, del que era vecino y cuyo nombre a mí se me ha olvidado y que con toda seguridad Aurelio recordaría. Esa campaña de desprestigio tuvo su eco, y así contaba su compañero Saborit, como en una ocasión que acompañaba a Largo, unos jóvenes socialistas les saludaron y le dijeron a Francisco que le animaban a presentarse a las elecciones a la Alcaldía de Madrid, para añadir a continuación que sería conveniente que dejara de vivir en la casa burguesa en la que lo hacía.

Aquella era una tarde de otoño, de cielo plomizo que amenazaba lluvia, que no llegó a descargar. Aurelio pasó a recogerme en mi despacho y tomamos el autobús de la línea 44, desde la Gran Vía que nos acercó a la calle de Francos Rodríguez, una zona que yo conocía de una sola visita a mi monja Soledad, protagonista de «Sol de Invierno». Caminamos un trecho que se empinaba hacia las proximidades de la Dehesa de la Villa, parque que luego el destino quiso que conociera mejor, de un barrio cuyas calles llevan nombres de localidades catalanas, en el que se combinan, como ocurre en muchas zonas apartadas del centro hacia el oeste y norte de Madrid, edificios lujosos, también villas antiguas, con casuchas bajas de antes de la guerra o solares pendientes de que alguna persona millonaria edifique un cubo de cemento y cristal.

Llegamos a la calle Sort y en una primera pasada no encontramos la casa de ladrillo visto que habíamos visto en la foto del libro de Arostegui, y de la que Aurelio previsor llevaba una fotocopia. Volvimos a recorrerla y advertimos que a la izquierda había un muro alto, con aperturas de acceso, que tapaba unas aparentes infraviviendas que solo se atisbaban. De una de las puertas salió una mujer, que se subió a una furgoneta que allí estaba aparcada, a la que me aproximé solo, abordando a la conductora, preguntándole si detrás de aquel muro estaba la casa en la que había vivido Largo Caballero, a lo que me contestó desabrida, sin dejar de maniobrar el vehículo, con un rotundo no, alejándose sin más oportunidad de poder preguntarle nada más. Volvimos a transitar nuevamente la calle, que no se prolonga mucho, y advertí que nuevamente de una de las entradas del muro, salía de una de las que parecían infraviviendas, ahora un hombre joven. Me aproximé a él para preguntarle si vivía allí, a lo que me contestó que desde que había nacido, desconfiando a continuación y señalando a Aurelio, me espetó: «¿son Vds. del Ayuntamiento? Es que las casas están muy mal». Yo le dije que no, que solo éramos historiadores, mentira piadosa para no dar más explicaciones que hubieran resultado inverosímiles. Justo en ese momento, para nuestra mala fortuna, aparecía de nuevo la señora que se había ido conduciendo la furgoneta, y que al vernos le dijo al hombre joven: «No le contestes que ya ha hablado conmigo». Momento que aproveché

Aurelio para hacerme un gesto desde lejos para que nos fuéramos, lo que hicimos de manera inmediata, poniendo fin a nuestra visita a la calle Sort.

Regresamos al centro en el autobús de la línea 132, atravesando la ciudad universitaria, dónde había tenido su despacho Julio Arostegui, que como me decía Aurelio era un historiador tan clásico, lo que describiría Emilia Pardo Bazán como un sabio de gabinete que nunca se le ocurrió acercarse a la calle Sort, limitándose a recoger la referencia de un recibo de contribución urbana a nombre del hijo de Largo Caballero, que llevaba su mismo nombre, para acreditar en su libro la propiedad de la vivienda.

A Julio Arostegui tuve la oportunidad de tratarlo en una ocasión, en una conversación telefónica en el año 2008, estando él en Buenos Aires. Yo tenía que presentar un escrito de personación de la Unión General de Trabajadores, como acusación particular o popular en la causa contra el franquismo que se instruía ante el Juzgado Central de Instrucción núm. 5, de la Audiencia Nacional. Me indicaron que el escrito, por su importancia, no debería de limitarse a ser de carácter meramente forense para cumplir las exigencias procesales, sino que tendría que incorporar referencias históricas, para lo cual me indicaron que me pusiera en contacto con Julio Arostegui. Le llamé y cuando le indiqué que necesitaba que me remitiera un breve texto para su incorporación al de personación del sindicato, tras algunas protestas por mis prisas y por su falta de medios en Argentina, dónde se encontraba de visita invitado por una universidad argentina, finalmente remitió un escrito más extenso que corto, en el que se citaba tan profusamente a Largo Caballero, que parecía que quién se personaba en la causa era él. Tuve el penoso deber de corregirlo, reduciendo su extensión y suprimiendo las reiteradas referencias a Largo. El escrito que me dio la oportunidad de conocer de primera mano los entresijos de aquella causa penal, puede buscarse en internet (http://portal.ugt.org/Memoria_Historica/al-juzgado-instruccion-audiencia-nacional-UGT.pdf), y en él se advierte sin dificultad alguna, la parte que el gran historiador Julio Arostegui aportó a este escrito jurídico.

Aurelio que llegó a escribir su comentario sobre Largo Caballero, una auténtica joya, decidió finalmente no publicarlo, aduciendo que le retrataba como él consideraba que había sido, y quizá no se iba a entender. Ojalá algún día pueda ver la luz.

TESTIMONIO PROFESIONAL SOBRE AURELIO DESDENTADO BONETE

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
Magistrado del Tribunal Supremo
Catedrático de la UNED (S.E.)

1. Tuve el inmenso privilegio de publicar mi primer trabajo doctrinal en coautoría con Aurelio Desdentado Bonete. Fue en 1980 y quiero contar esta experiencia porque me parece que es generalizable, al menos en parte, a la gran mayoría de personas que han publicado algún artículo, comentario o libro con Aurelio, siendo en ese momento muy jóvenes y profesionalmente desconocidas, por estar dando los primeros pasos en su carrera o incluso ser –como me pasaba a mí– el primer trabajo que publicaban.

Creo que esa predisposición de Aurelio hacia los jóvenes que comenzábamos a redactar nuestros primeros trabajos profesionales dice mucho de lo que ha sido Aurelio como persona y de los que nos ha enseñado y marcado a tantos de nosotros.

2. Dice mucho de la generosidad de Aurelio, primero y antes que nada, porque me parece que todos sabemos –al menos, ese fue mi caso– que fuimos unos meros colaboradores o ayudantes en la redacción de un trabajo doctrinal en el que las ideas sustanciales, estructura e hilo conductor eran de Aurelio y en el que nosotros nos limitábamos en gran medida a ayudarle a la hora de profundizar en alguna cuestión y especialmente en la búsqueda y selección del aparato bibliográfico nacional y comparado, tarea esta para que la que él tenía menos tiempo disponible por sus exigentes quehaceres profesionales.

Sin embargo, Aurelio desde el primer momento nos ofrecía la coautoría cuando quizás hubiera bastado con una mera mención de nuestra aportación.

Es cierto que Aurelio disfrutaba mucho –o al menos así nos lo hacía sentir– del diálogo permanente con nosotros mientras el trabajo se iba elaborando. Las reuniones y el intercambio de borradores con él eran enormemente fructíferos.

Y es aquí donde Aurelio ejercía su poderoso, y aparentemente no muy visible o no muy explícito, magisterio. Tras escucharte –y leerte– con una gran atención, sugería nuevos caminos y posibilidades, desechara –con tacto– lo que sobraba o, lisa y llanamente –aunque él no lo dijera tan explícitamente–, lo que no llevaba a ningún sitio o no estaba bien razonado jurídicamente.

3. Creo que fue en estas reuniones en las que Aurelio nos marcó y orientó para siempre. Verle razonar, muchas veces de pie y caminando –aunque fuera en un despacho o en una habitación–, cual filósofo paseante, era una experiencia inolvidable.

Con el rigor jurídico que le caracterizaba, su privilegiada cabeza iba de lo particular a lo general, relacionando y dando sentido a las piezas sueltas que hasta ese momento carecían de él y en las que andábamos –o al menos yo andaba– bastante perdido.

Y, aunque quizás no fuéramos entonces plenamente conscientes, esta es la generosa «herencia» que Aurelio nos ha transmitido y de la que todos hemos aprendido y nos hemos beneficiado.

4. El trabajo, firmado por Aurelio y por mí (ya he explicado el contexto y las circunstancias) «En torno a los problemas del convenio de eficacia limitada del Derecho español (Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 10 de Madrid, de 20 de octubre de 1980)», se publicó en la sección de jurisprudencia del número 4 de la *Revista Española de Derecho del Trabajo*, editada por Civitas. Tiene 23 páginas y 76 notas a pie de página.

El Estatuto de los Trabajadores de 1980 tenía pocos meses de vida y había suscitado gran interés y polémica la opción de su título III por el convenio colectivo de eficacia personal general o *erga omnes*, frente a la más frecuente opción en el derecho comparado de un convenio «de entrada» con eficacia limitada, sin perjuicio de que con posterioridad alcanzara la eficacia general, bien por mecanismos de extensión administrativa o por adhesiones más o menos formalizadas.

El trabajo partía de un entonces muy conocido y polémico convenio colectivo firmado por uno solo de nuestros sindicatos más representativos (minoritario en el ámbito concreto de la Diputación de Madrid) e impugnado por el comité de empresa (en el que tenía mayoría el otro gran sindicato más representativo). La sentencia de la (entonces) magistratura de trabajo

declaró la nulidad del convenio colectivo, «sin perjuicio de su validez como pacto privado».

Y es en el contexto de este caso y de esta sentencia (estas «elevaciones» de Aurelio de lo particular a lo general a las que antes hacía referencia) en el que Aurelio propuso hacer una reflexión más amplia sobre el modelo de negociación colectiva recién instaurado en el Estatuto de los Trabajadores de 1980, y, en especial, del espacio en ese modelo del convenio colectivo de eficacia limitada.

Con la guía y orientación de Aurelio, me sumergí, además de en la deliberación parlamentaria del Estatuto de los Trabajadores, en los trabajos de la doctrina española –cito por orden alfabético– de Alonso García, Alonso Olea, Aparicio, Borrajo, de la Villa (mi maestro y que publicó la sentencia de la magistratura y luego del Tribunal Central de Trabajo en su importante libro *Materiales para el estudio del sindicato*), García Becedas, García Blasco, Montalvo, Montoya, Ojeda, Rivero, Rodríguez-Piñero, Sagardoy, Suárez, Valdés, y de Baylos y del propio Aurelio comentando este mismo caso de la Diputación de Madrid. Y, en la doctrina comparada, en los trabajos de Adam, Camerlynck, Despax, Ghandi, Guezzi, Giugni, Javillier, Kahn-Freund, Lord Wedderburn of Charlton, Lyon-Caen, Mancini, Treu y Verdier,

5. ¡Cuánto leí ayudando a Aurelio en la realización de este trabajo! Pero, como ya he dicho, donde más aprendí fue en las reuniones e intercambios de ideas con Aurelio, quien fue mi «brújula» también en estas provechosas lecturas.

¡Y qué ilusión me hizo ver publicado el trabajo en ese número 4 de la «nueva» (por entonces) e inmediatamente prestigiosa Revista Española de Derecho del Trabajo, dirigida por Alonso Olea! ¡Y no digamos cuando posteriormente vi lo que me parecía inimaginable: que el propio Alonso Olea citara «nuestro» artículo en su mítica obra de referencia *Derecho del Trabajo*!

Nada de lo anterior hubiera sucedido si Aurelio no hubiera tenido la generosidad de ofrecerme hacer y firmar el trabajo con él y de todo lo que aprendí de él haciéndolo. Como decía al principio, me parece que mi experiencia con Aurelio es común, de una u otra manera, a muchos de los que entonces éramos jóvenes y redactamos trabajos en coautoría con él. Por eso he querido contarla.

RECUERDO DE VIVENCIAS COMPARTIDAS

JOSÉ LUIS GILOLMO LÓPEZ
Magistrado jubilado del Tribunal Supremo

Mi desvinculación prácticamente absoluta de la actividad estrictamente profesional, a causa de mi jubilación hace ya casi cuatro años, me ha aconsejado evitar participar en esta muy oportuna iniciativa mediante la elaboración de algún trabajo doctrinal, por ligero o incluso superficial que pudiera haberme salido. Me he limitado a hacerlo en la tercera parte del proyecto, la denominada «Testimonios profesionales» por los organizadores que, además, reconocen de modo expreso «total libertad» a quien haya optado por participar en él en relación a su contenido. En ese marco, entiendo, en tanto que testimonios, aunque profesionales, han de incluir vivencias y/o situaciones personales que me permitieron descubrir, aprender y disfrutar de la poco común personalidad arrolladora de Aurelio Desdentado.

Nuestro primer contacto personal, allá por el año 1985, fue en la antesala del despacho del inolvidable Juan Antonio Linares, a la sazón vocal del CGPJ (Aurelio salía, yo entraba y él nos presentó), que, al menos en mi caso, trataba de convencerme para que, desde mi condición de abogado con más 15 años de ejercicio libre de la profesión, me presentara a la primera convocatoria del denominado «cuarto turno» para ingresar en la carrera judicial con la categoría de Magistrado. Me imagino que algo parecido intentaba Juan Antonio con Aurelio, en su caso, con sobrados méritos y capacidades para acceder directamente a la entonces Sala Sexta (4.^a después), con la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo.

No volví a ver a Aurelio hasta principios de los años 90, gracias a la iniciativa de una compañera de los juzgados de lo Social de Madrid, que le invitó a participar en unas sesiones que celebrábamos con periodicidad variable, los titulares de los 5 o 6 juzgados ubicados entonces en la calle Orense de la capital. En aquellas reuniones, a las que denominábamos «sesiones clínicas» por su semejanza con las que celebra el personal médico en muchos hospitales españoles, cada uno de nosotros explicaba a los demás algún asunto jurídicamente relevante, visto ya para sentencia en los juicios celebrados la semana anterior. No se trataba de deliberación alguna en su sentido técnico sino de un mero cambio de impresiones jurídicas que nos servía para, luego, en la elaboración individual de la oportuna resolución, tratar de acertar en la solución del litigio. Aurelio, ya Magistrado del TS, tuvo la generosa deferencia de asistir a 2 o 3 de aquellas sesiones, como si fuera uno más de nosotros. Nosotros tuvimos la suerte de aprovechar sus abrumadores conocimientos.

Al margen de varias colaboraciones conjuntas en diversas publicaciones jurídicas, en cursos de formación del CGPJ y en diferentes instituciones académicas, nuestro reencuentro final se produjo en abril de 2006, momento en que fui designado Magistrado de la Sala Cuarta, en la que Aurelio ya llevaba más de veinte años. Desde entonces y hasta su jubilación, formalmente «forzosa» («por cumplir la edad legalmente establecida de setenta años el día 29 de marzo de 2014»: *BOE* de 29 de marzo de 2014), primordialmente gracias a él, ha sido el período más fructífero de aprendizaje en mi actividad profesional, sobre todo, por su ejemplo, su claridad de criterio, su absoluta dedicación a la Sala y, más que ninguna otra cosa, por la honestidad y coherencia a la hora de aplicar la legalidad vigente, coincidiera –o no– con sus preferencias o con su personal posición ideológica. Es obligado reconocer que, por encima de las enseñanzas recibidas de la práctica totalidad de los compañeros de la Sala, las aportaciones de Aurelio eran normalmente decisivas, estuvieras o no de acuerdo con algunas de las soluciones propuestas. Todavía recuerdo algún desafortunado voto particular mío, de los que aún me arrepiento, en los que él hubo de hacerse cargo de la ponencia final porque mi obstinación –«sostenella y no enmendalla» que diría el clásico– le obligaron a ello.

En la Sala, casi todos sabíamos, por él, que haría uso de los 2 años de prórroga voluntaria en la actividad jurisdiccional que prevé la LOPJ, hasta alcanzar los 72 años de edad. Pero su salud, fundamentalmente su conocida y grave dolencia cardíaca, unida a la intensidad de algunos debates, propiciada o agudizada a veces, en mi opinión, por determinadas actitudes cercanas al sectarismo de un reducido grupo concertado de compañeros, que, sin plantear

abiertamente su convicción –o sus dudas– sobre la inconstitucionalidad de algún precepto concreto, parecían propugnar su inaplicación o evitar, en todo caso, el preceptivo planteamiento de la cuestión ante el TC, buscando quizá, de ese modo, algún llamativo titular de la prensa amiga, como la realidad se encargó de confirmar en alguna ocasión.

Conservo un borrador –más bien un simple guion de poco más de 3 páginas– que Aurelio me facilitó de una intervención suya en un colegio de abogados de Andalucía, en septiembre de 2012, en la que reflexionaba con su habitual lucidez en torno al complejo problema del denominado «activismo judicial» y sus límites.

Los agrios debates jurisdiccionales en torno a las complejas reformas laborales de los años 2010 y, sobre todo, de 2012, le hicieron replantearse la conveniencia de renunciar a la prórroga, hasta el punto de que, a finales de marzo de 2014, tras un muy inquietante incidente taquicárdico que, en solitario, le hizo abandonar la Sala y permanecer sentado un rato largo en uno de los bancos de los jardines de la Plaza de París, frente a la entrada principal del TS, cambió aquel plan inicial y, por prescripción facultativa, no hizo uso de la prórroga bianual prevista en la LOPJ, accediendo a la jubilación forzosa, «por edad», tal como apareció en el citado *BOE*.

Mi semblanza final de Aurelio, el compañero que ha realizado una de las más solventes aportaciones a la construcción y delimitación de nuestro recurso de casación para la unificación de doctrina y que, en general, en mi opinión, más ha contribuido al acervo y al prestigio de la Sala 4.^a, no debe quedar empañada por cualquier anécdota protagonizada por otros compañeros y acaecida en el día a día de la Sala, alguna de las cuales, con algo de rabia y mucha amargura, aún conservo viva en mi memoria pero me abstengo de rememorar aquí. Por el contrario, mi recuerdo y la gratitud personal que le debo, por encima de esas, y de otras varias batallas conjuntas en pro de lo que algunos entendimos como la estricta aplicación de la ley democráticamente elaborada por el poder legislativo –nos gustara o no, fuera conforme, o no, con nuestra particular ideología–, querría centrarlo más, para terminar, en la generosa posibilidad que el destino (y la cercana vecindad de nuestros domicilios) me brindó de conocerle en la distancia corta, en las conversaciones, en torno a un vino o un café, sobre literatura, sobre sesudos ensayos históricos o «politiqueros», en los que intercambiábamos ideas, lecturas (Letras Libres, Revista de Libros...), autores (Ruiz Soroa, Aston Ash, J. A. y M. A. Harce, Arias Maldonado, F. Ovejero...y tantos otros). Se me agolpan emocionadamente los recuerdos que sólo me confirman su ejemplo en el modo de «vivir éticamente».

No me dio tiempo a agradecerle y comentar con él un libro impresionante que me había regalado en junio de 2016 (Antonio Soler: «Apóstoles y asesinos»), que tal vez contenga muchas claves para comprender la lamentable situación actual del problema catalán, y que, «perdido» entre los que esperaban lectura sobre mi destartada mesa, devoré en febrero de este año 2021. Su dedicatoria y su firma en la portada («Para José Luis esta ciudad en llamas, este tiempo convulso») constituyen para mí un recuerdo y una frustración, ya irremediable. Como su inesperada y dolorosísima partida.

AURELIO DESDENTADO BONETE: SE NOS HA IDO UN GRANDE DEL DERECHO Y DE LA VIDA

MARTÍN GODINO REYES
Abogado

El fallecimiento de Aurelio Desdentado el pasado 19 de marzo fue un golpe tremendo para todos los que, a partes iguales, le queríamos y le admirábamos. Se nos ha ido un hombre culto, sabio en lo suyo y en otras muchas cosas, de mirada inteligente y conversación luminosa. Quizá de su origen ilicitano le venía una fina ironía y saber estar que sobrevolaba sin inmutarse situaciones que pudieran para cualquiera generar visible tensión, pero que su elegancia le impedía aflorar.

Seguro que en estos recuerdos de amigos y colegas se habrán señalado con más conocimiento que el mío sus logros y éxitos en el cultivo del Derecho del Trabajo, y especialmente en el complejo mundo de la Seguridad Social, que para él no tenía secretos, tanto en su carrera académica como en su fulgurante presencia durante muchos años en la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, donde sin duda era un referencia para todos, también para los abogados que acudimos con convicción y entusiasmo a defender, como es nuestra obligación, los intereses que nos encomiendan los clientes. Si la ponencia de la Sentencia recaía en Aurelio Desdentado sabíamos que, favorable o contraria, tendríamos una resolución fundada y razonada hasta el extremo, con un análisis profundo del caso, sin buscar amparo más de lo necesario en la técnica de copiar y pegar que a él tan poco le agradaba.

Pero cuando escribimos de alguien que ya no está y nos embarga el cariño y admiración hacia él, es inevitable hablar de nosotros mismos, de cómo

recordamos nuestra relación con el homenajeado. Y aunque coincidí con Aurelio Desdentado en muchas ocasiones y me obsequiaba siempre con sus últimas producciones científicas, a las que de manera siempre humilde sometía a opiniones ajenas, recuerdo dos momentos que me causaron gran impacto y que hoy me vienen de manera permanente a la cabeza.

El primero fue un encuentro casual en El Escorial hace ya unos años, paseando ambos con nuestras parejas. Juntamos nuestros pasos durante un buen rato y de manera que no recuerdo exactamente salió en la conversación la extrañeza que siempre me ha causado el poco valor y estima social que, en general, se tiene en España por la figura del empresario, sobre todo cuando tiene éxito, a diferencia de lo que ocurre en los países anglosajones. Haciendo como siempre alarde de una cultura amplísima y de una sabiduría disimulada por su humildad, me explicó que posiblemente esa diferencia de valoración de la riqueza y el éxito profesional se encuentre en nuestra tradición católica, completamente distinta de la visión protestante, y me recomendó leer para entenderlo el libro de Max Weber «La ética protestante y el espíritu del capitalismo», sobre el que me avanzó interesantes pinceladas que luego he constatado y disfrutado con la atenta lectura del libro recomendado. Porque Aurelio Desdentado disfrutaba del Derecho como actividad intelectual, y por eso mismo pensaba que no podía limitar su curiosidad a ese campo de las ciencias sociales, extendiendo su mirada a la filosofía, la política, la sociología o la literatura, siempre con un conocimiento abrumador.

El segundo recuerdo es más reciente. Ya jubilado como Magistrado de la Sala Cuarta desde hacía unos meses, y sobre un caso muy mediático que yo había llevado, y perdido, me llamó para darme ánimos y convencerme de que había hecho un buen trabajo, a pesar del resultado y, de manera generosa, siempre he pensado que con el fin de consolarme, me dijo que incluso iba a dejar su opinión por escrito sobre el caso y su solución, cosa que hizo unas semanas después.

Nos deja un hombre ejemplar, gran jurista y gran persona, a quien siempre tendremos en nuestro recuerdo, releendo lo que escribió y haciendo caso de sus sabios consejos.

AURELIO DESDENTADO BONETE: LA BALANZA Y LA LIRA

IGNACIO GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ
Catedrático de la Universidad de Oviedo

*Declina la rosa
bajo la lluvia impertinente que inunda el verano.
Ya no son pétalos sus pétalos mojados
ni espinas las espinas de su tallo quebrado.
Otra rosa nos dirá en otro verano
que es posible la rosa y el verano.*

En cierta ocasión y prólogo, dijo de nuestra amistad: no se ha forjado en los juegos poéticos, sino en las trincheras más duras de la vida jurídica, al árido ritmo de autos y providencias, un ritmo seco que en ocasiones se «ameniza» con comentarios jurisprudenciales, seminarios de debate o con alguna pequeña pieza de ensayo, que anda por ahí perdida en las revistas de la especialidad. Pero, entre estos lances, también hemos tenido tiempo para la afición común al verso, en paseos por su mar o por mi montaña, en conversaciones en Madrid, Oviedo y Gijón, o en las celebraciones del Cafetín Croché.

Antes de compartir esa trinchera jurídica en el Tribunal Supremo, mi primer encuentro con Aurelio fue en un curso de verano sobre *El Sistema español de Seguridad Social: reformas recientes y perspectivas*, celebrado en julio de 1995, en Gijón, cómo no, en el que participaba como ponente. En esas fechas estivales de modesta efervescencia cultural provinciana, pa-

saba por allí un popular caza autógrafos asturiano preguntando si había algún *famoso* (con el que fotografiarse). Seguramente con un criterio diferente sobre la fama, entre inocente e irónico, le respondí: ¡Aurelio Desdentado Bonete, Magistrado del Tribunal Supremo! (creo que siguió buscado algún otro *famoso*...).

Años más tarde, en abril de 2001 me incorporé como Letrado al Gabinete Técnico del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), y allí y desde entonces tuve la suerte de contar con su amistad y magisterio. Como él dijo, entre informes y autos, fundamentalmente de inadmisión de recursos de casación para la unificación de la doctrina, a cuya construcción jurisprudencial contribuyó destacada y decididamente desde su creación en la Ley de Procedimiento Laboral de 1990, y también entre seminarios, jornadas, ensayos y comentarios. Amén de otras expresiones intelectuales y culturales, pues Aurelio era más que un aficionado a la filosofía, la economía, el cine o la literatura.

Es bien conocida su prolija, fundada e influyente obra jurídica. Como Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a la que accedió por el turno de juristas de reconocido prestigio con tan solo cuarenta y dos años, con varios miles de ponencias, y también como ensayista doctrinal, y de entre los más citados, con centenares de obras publicadas. En esta faceta es destacable, además, su carácter cooperativo y su generosidad, reflejados en las frecuentes colaboraciones y coautorías en las que siempre participó con profesionales de distintos sectores y Universidades.

Sin embargo, apenas es conocida su tímidamente confesada *pasión secreta, entre adolescente y senil*, por la poesía, que, reconoció: *intento ocultar y siempre me desasosiega*, en aquel mismo prólogo de *Vocación del día que comienza*, que me regaló con tanta erudición como afecto. Este poemario dio sus pasos definitivos hacia la imprenta con la confianza, el aliento y la mediación de Aurelio. Primero, en otoño de 2007, con *Cinco palabras*, en el *Cafetín Croché* de San Lorenzo de El Escorial, y después, en verano de 2009, en la Colección *Prosas y versos de juristas* de la Editorial Reus. A él fueron también dedicados en aquel libro los versos que inician este modesto homenaje.

Recuerdo que, con ocasión de la presentación del libro en Gijón, le busqué una terna de hoteles para quedarse; todos ellos a mano del Cantábrico, claro está. Dos eran de reciente construcción, cercanos y fungibles, iguales entre sí. El tercero, le dije, *está un poco decadente y destartalado, pero ganó un Oscar de la Academia*. Por supuesto, eligió este. Era el *Hotel Astu-*

rias, uno de los protagonistas de la película *Volver a empezar*, de José Luis Garcí. Por cierto, hoy renovado.

Conservo, en fin, algunos poemas suyos que no quiso divulgar. Sin traicionar su deseo, o haciéndolo solo un poco, lo justo, quiero recordar de ellos, y de él, estos bellísima y amorosamente escritos como abuelo:

*Ahora, cuando te veo crecer,
quisiera detenerte,
conservar un instante tras otro
la bendición de tu infancia,
el eterno milagro de tu risa,
el resplandor que ilumina mi entrada
en los años finales...*

SEMBLANZA DE AURELIO DESDENTADO

ENRIQUE JUANES FRAGA
Magistrado del TSJ de Madrid

Entre las múltiples facetas y cualidades de Aurelio, me gustaría centrarme en algunos aspectos relacionados con el quehacer judicial.

Cuando fue nombrado magistrado del Tribunal Supremo ya tenía un gran prestigio, sobre todo en el ámbito de la Seguridad Social, en el que había publicado un magnífico manual en coautoría con Luis Enrique de la Villa. Pero ello no fue obstáculo para que acogiese su nuevo destino con gran humildad, mencionando que debía dedicar años a «aprender el oficio» de magistrado e incluso acudiendo, lo recuerdo sentado entre el público, a presenciar juicios en el Juzgado de lo Social para completar su visión del proceso.

Quiero resaltar asimismo la cercanía y afecto que siempre mostraba hacia los compañeros de juzgados y tribunales, interesándose sinceramente por sus condiciones de trabajo, sus posibles dificultades o las dudas jurídicas que le formulaban. Siempre accesible y llano, nadie más lejos de la afectación o de la arrogancia.

Su sobresaliente capacidad intelectual y de trabajo le permitía, como todos sabemos, compatibilizar sus funciones jurisdiccionales en el Tribunal Supremo con toda clase de publicaciones y conferencias, aspecto en el que realizó una labor realmente descomunal, ejerciendo su docencia y magisterio en casi todos los campos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Pero creo que anteponía lo judicial. Lo primero que hago son las sentencias, decía, dando a esta función un lugar de preferencia.

Y dentro de este cometido jurisdiccional, subrayaba la independencia del juez. En el sentido, no solamente de ser independiente frente a los demás, sino frente a uno mismo, expresión que tomaba prestada de otro magistrado ya desaparecido. Resaltaba así la importancia de que quien juzga sea independiente en sus decisiones respecto a su propia ideología. En sus sentencias indagaba el sentido de la norma, realizaba las interpretaciones pertinentes, encontraba soluciones novedosas, pero siempre en el marco de técnicas jurídicas objetivas, con libertad y sin supeditación alguna a sesgos, prejuicios o tendencias más o menos dominantes.

La respuesta judicial al litigio llegaba como fruto del razonamiento en Derecho y no al contrario, como en ocasiones desafortunadamente se advierte, en que se prefiere fijar primero el sentido de la decisión y luego justificarlo con un ropaje jurídico. Lamentablemente esa actitud suya de independencia y objetividad no siempre fue bien aceptada, dando lugar a algunos ataques tan minoritarios como injustos, así como a cierta marginación docente. Aurelio soportó todo ello estoicamente, sin dejar que hiciera mella alguna en sus convicciones y en su forma de actuar; ni tampoco, por cierto, en su buen humor.

Sirva esta pequeña nota de recuerdo, gratitud y homenaje al ejemplar magistrado y querido amigo.

DE AURELIO DESDENTADO BONETE

MIGUEL ÁNGEL LUELMO MILLÁN
Ex Magistrado del Tribunal Supremo

Hasta mi «espléndido» aislamiento, fruto de la COVID-19 y de la jubilación operando conjuntamente, llegó, aunque con notable retraso, la noticia de la ausencia definitiva de Aurelio Desdentado.

No sé por qué y a pesar de conocer algunos de sus achaques, me lo imaginaba gratamente cuasimortal y por eso tardé un tiempo en hacerme a tan triste idea. Una víctima más de la terrible pandemia, pero, también, una víctima especialmente significativa y valiosa.

Era una constante referencia y, en consecuencia, ya contaba en mi trabajo de antemano con ella y presumía y daba por descontada la conveniencia de conocer su opinión, incluso para concluir mi modesta disidencia en algún caso.

No recuerdo muy bien cuándo, exactamente, lo conocí en persona. Sólo sé que cuando arribó al Tribunal Supremo por el turno de juristas de reconocida competencia (creo que en 1986) yo ya meditaba mi paso, al menos por un tiempo, al orden jurisdiccional civil para retomar un poco mis orígenes y reciclar-me, lo que hice después con destino como magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid.

En consecuencia, y durante un período de algo más de tres años en que permanecí en ella desde finales de 1989, no supe nada más del orden jurisdiccional social y de las personas que prestaban sus servicios en el mismo.

Vuelto en enero de 1993 al ámbito social e ingresado en la correspondiente Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 4.^a, especializada, entonces, en Seguridad Social), solía consultar –como resulta habitual,

lógico y casi obligado— la jurisprudencia oportuna para apoyar mis propuestas de ponencia en los casos que estudiaba. Y tras numerosas ocasiones en ello, un buen día reparé que aquellas resoluciones que más convencido me dejaban y que expresaban su tesis incluso con parecidas palabras a las que yo hubiera empleado, se debían muy mayoritariamente a un mismo ponente: Aurelio Desdentado Bonete, por lo que a partir de entonces me llegó a interesar si se había pronunciado explícitamente sobre la cuestión de que se tratase.

De ahí pasé a sus trabajos, artículos y escritos de opinión cuando me eran conocidos y llegué a sorprenderme por su abundancia (creo que finalmente rebasaron, en total, los 300), aunque pronto comprendí que debía considerarlos algo habitual (en él), algo que formaba parte del paisaje jurídico, de modo que si surgía un tema novedoso, la cuestión que inevitablemente surgía era, «vamos a ver qué ha dicho Aurelio».

Estaba en todo, lo escribía todo, daba clases, conferencias, intervenía en congresos y reuniones y tenía tiempo para hacerlo, además de su labor como Juez del Tribunal Supremo, que era lo primero.

Creo haberlo visto en alguno de esos acontecimientos y que fuimos presentados en no sé qué oportunidad, y antes de que yo tuviera tiempo de decir algo, me espetó algo así como «hombre, Miguel Ángel, tenía ganas de conocerte en persona, sigo tu trabajo». Me dejó completamente fuera de juego y se me adelantó al elogio que me sentía sinceramente obligado a expresarle por su actividad profesional.

Y llegó el inesperado momento de recibir una llamada telefónica suya proponiéndome colaborar en uno de sus muchos proyectos. A mero título de ejemplo, creo que el primero fue, quizás, el Manual de Seguridad Social editado, me parece, en 2003 por el Consejo General del Poder Judicial con una ponencia mía sobre la prestación de viudedad y la de en favor de familiares, si no recuerdo mal. A ello siguió otra propuesta para que colaborase en el Memento de Seguridad Social de una conocida editorial al que anualmente me convocaba, a partir de entonces, para cubrir el tema del desempleo. Hubo después más ocasiones que en este momento, a vuela pluma, no me hallo en condiciones de traer a la memoria pero, en todo caso y aunque pausado, el contacto se mantuvo.

Por eso sentí más hondamente y como en carne propia el agravio, la desazón, la indignación y la repulsa más absoluta de saberlo en el punto de mira del cretinismo sangriento del inframundo etarra, que ya se había cobrado la vida del excepcional, por todos los conceptos, Rafael Martínez Emperador, lo que motivó que Aurelio se retirase a vivir temporalmente a El Escorial, pero, por lo demás, nada cambió en su vida profesional, que yo sepa.

Más tarde, en Madrid, un día y en plena calle, sufrió un amago de infarto, según me relataba nuestro común y muy querido amigo y compañero en la Sala del TSJ Santiago Varela. Aquello encendió las alertas de todos: de él mismo, de su familia y de sus amigos y compañeros.

Le duró, sin embargo, poco la inquietud, o al menos así parece deducirse de su siempre frenética actividad, desoyendo los consejos de sus más allegados, aunque el efecto en muchos de nosotros fuese el opuesto, al parecernos que todo volvía a la normalidad, lo que nos supuso un gran (y poco responsable) alivio, acorde, por otra parte, con la convicción de que Aurelio podía con todo.

Tras abundantes y fallidos momentos, durante años, en que estando siempre en terna parecía que alcanzaba definitivamente la meta que todos los jueces nos proponemos de acceder al Tribunal Supremo, el día que menos lo esperaba y hallándome en plena sesión de deliberación, recibí la llamada que me notificaba mi nombramiento.

No lo dudé un instante y en cuanto se confirmó, me puse en contacto con Aurelio para que fuese mi padrino en la ceremonia de toma de posesión, lo que aceptó sin reservas y me parece que con agrado. El ya lo era de otros compañeros en igual coyuntura, de modo que, también en eso, tenía experiencia.

Recuerdo que hicimos alguna semana antes del acto un esbozo de ensayo en una Sala de Plenos vacía que nos pareció suficiente a los dos y, más cómodos por cubrir así y como parecía obligado el proyecto rituario, nos fuimos a comer juntos al café de Gijón. Allí hablamos de todo un poco y creí que quizás deslizaría alguna observación o consejo sobre mi nuevo trabajo, ya en su condición de introductor oficial en el mismo, pero, con toda elegancia y sabiduría, soslayó la tentación y se limitó a reiterarme la bienvenida. Después, ejerciendo ya *de facto* de padrino, estuvo en la comida de despedida que me dieron mis compañeros del TSJ a la que acudieron, a título personal, algún compañero/a del TS en esa doble pertenencia, como mis queridos Milagros Calvo y José Luis Gilolmo.

Y al fin tuvo lugar la toma de posesión, en la que Aurelio y yo caminamos juntos y del brazo, desde el exterior de la Sala hasta la mesa presidencial, a prestar juramento o promesa, tras lo cual me impuso de su mano en la toga la placa oficial que me acreditaba como miembro del Tribunal y que días antes me había ofrecido personalmente, si no la había adquirido aún o tenía dificultad en hacerlo, lo que, aun cortésmente rechazado, me emocionó.

Duró poco nuestro trabajo judicial en común, a pesar de sus varias veces expresada idea de continuidad como emérito (categoría a la sazón vigente) cuando le llegase la edad de la retirada oficial pero después debió de pensarlo mejor y, según me dijo personalmente, en parte por su cansancio (28 años en

la Sala) y en buena parte por las reiteradas y acertadas presiones familiares, se marchó cuando yo no lo imaginaba, aunque alguna vez todavía nos vimos al entrar o salir de nuestra querida librería Pasajes. Creo que lo hizo a la par que nuestro asimismo magnífico amigo y compañero Antonio Martín Valverde y la Sala perdió simultáneamente (o muy aproximadamente en el tiempo) dos joyas de su corona.

Tanto en la Sala 4.^a como en la 61 (en la que participaba con carácter permanente, al ser el más antiguo de nuestro orden jurisdiccional, haciéndolo yo temporalmente como más moderno) dejó, evidentemente, su impronta, según pude constatar en mi breve singladura por la misma.

Su actividad no se detuvo una vez jubilado, en que, entre otras cosas, siguió de cerca el trabajo de la Sala, expresando en alguna ocasión su opinión que, en lo que a mí respecta, pudo no ser fácilmente asumible, pero, en cualquier caso, ni ello ni nada obsta a que a veces piense, dejando volar la imaginación, que si la histórica Ley de Citas de Valentiniano (III) fue, como constitución imperial, una norma que entre otros aspectos establecía y regulaba la mención en sede foral de las obras de los más eximios juristas hasta entonces habidos (circunscribiéndola a Gayo, Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino) y en la actualidad cupiera acomodar a la realidad presente una norma como aquella –en el ámbito, por supuesto, de cada área jurídica– Aurelio sería, por derecho propio, uno de los consultores en nuestro espacio jurídico social.

Soy de los convencidos de que hay vida después de la vida y, en todo caso, nuestra existencia, aquí y ahora, se prolonga mientras haya alguien que nos recuerde con afecto, porque estaremos presentes y perduraremos en su memoria. Y de este modo, a Aurelio le queda mucha vida todavía.

Dios te guarde, amigo.

EN MEMORIA DE AURELIO DESDENTADO BONETE

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Ex Letrada del Tribunal Supremo
Profesora Titular de la Universidad de Oviedo

Decir que Aurelio Desdentado fue una persona absolutamente excepcional tiene tanto que aportación novedosa como recordar que el sol sale por el este y se pone por el oeste, aún así no puedo resistirme a iniciar estas líneas destacando esa condición. Fue excepcional en todo, en su solvencia intelectual, en su innovadora visión del Derecho, en una infatigable capacidad de trabajo, que dejaba perplejos a propios y extraños, en su apasionado enamoramiento de la literatura, en su inagotable ilusión por aprender. Pero no es a todo ello a lo que yo quiero dedicar estas líneas, que quisiera consagrar a la parte más humana, generosa y bondadosa de nuestro querido Aurelio. Aurelio fue, es y será la persona más querida y admirada, cuantitativa y cualitativamente hablando, que yo haya conocido, y la mejor muestra de ello es el elenco de colaboradores de esta obra, que aglutina participaciones de quienes le admiramos y quisimos, de ámbitos judiciales, académicos, editoriales, prácticos, institucionales, etc.. Este crisol de personas que lloramos su pérdida, que sabemos que la pandemia nos ha arrebatado prematuramente a un hombre único, tiene una sencilla explicación.

Aurelio era una persona ávida de conocimientos, que sabía prácticamente de todo y que era capaz de aprender de cualquier tema que se propusiese por muy alejado que pudiera resultarle *a priori*. Pero también era una persona con una humildad infinita, cualidad que tenía aún más valor si cabe en un maestro como él, que le llevaba a preguntar incesantemente a todo aquel que él creía que podía tener algún conocimiento más certero que el suyo sobre el tema en cuestión. En ese afán de búsqueda incansable del saber conoció y trabajó amis-

tad con personas de todos los ámbitos del Derecho, prácticos, académicos, gestores, y un largo, largo, etcétera. Y, como no podía ser de otro modo, todos y cada uno de los interlocutores con los que contactaba caíamos rendidos a los pies de una personalidad irresistible. Hablar con Aurelio unas horas alimentaba el alma para días, reconfortaba siempre y daba la oportunidad de aprender cualquiera que fuese el tema de conversación. Por ello cuando Antonio Sempere me brindó la oportunidad de colaborar en este homenaje tuve claro desde el principio que mi deseo era recordar a la persona, no al gran maestro, no al inmenso jurista, sino a la increíble persona que fue.

Yo tuve la fortuna de conocer personalmente a Aurelio –más allá de la lectura de sus magistrales sentencias y sus imprescindibles trabajos doctrinales–, en el año 2006 poco antes de incorporarme como Letrada al Tribunal Supremo de la mano de otro genio, Antonio Martín Valverde, cuando contactó conmigo para hacer juntos un estudio sobre negociación colectiva y prevención de riesgos laborales. He de confesar que el tema no me resultaba muy sugerente, pero por tener la oportunidad de trabajar con él hubiese estado dispuesta a estudiar mecánica cuántica, de ser preciso. Recuerdo perfectamente el primer día que le vi en persona, a mi llegada a Madrid, cuando comimos juntos para hablar de la evolución del trabajo que habíamos ido haciendo cada uno por separado y que en ese momento tocaba poner en común y ensamblar. Mi querida Carolina Martínez Moreno sirvió de puente en aquel primer encuentro. Recuerdo perfectamente mi inquietud antes de la cita gastronómica, los nervios por conocer en persona a aquel emblemático magistrado del que tanto había leído. Aunque Carolina ya me había advertido de su cercana personalidad yo acudía temerosa y en cierto modo apabullada por la idea de compartir mesa con alguien como él. Aquella inquietud apenas se prolongó un par de minutos desde que cruzamos las primeras palabras. Pronto comprendí que Aurelio era una persona diferente, que su vasto conocimiento científico apenas representaba una ínfima parte de la inmensidad de su lado humano.

Después de aquella primera colaboración doctrinal publicamos otros dos artículos juntos sobre el régimen especial agrario y sobre el papel del Ministerio Fiscal en el proceso social de tutela de los derechos fundamentales. Fueron, como imaginará el lector, dos nuevas oportunidades para aprender de él. Pero a ellas se sumaron durante años infinidad de ocasiones más, pues Aurelio gustaba de visitarnos, a los letrados me refiero, con frecuencia, para interesarse no sólo por cómo nos iba el trabajo en términos generales, sino por cómo nos trataba la vida en lo personal.

Y a esta costumbre suya quiero dedicar también unas palabras. Cuando inicié mi andadura como Letrada de la Sala Cuarta, tuve la suerte de tener el

apoyo de muchas personas con experiencia y conocimientos. Desde luego, mi aterrizaje en el más alto órgano jurisdiccional hubiese sido, sin duda, torturante de no ser por el apoyo incondicional de personas como Juan Manuel San Cristóbal, Manuel Fernández-Lomana, o mis queridas compañeras Carolina, Lola Redondo, Carmen Murillo o Ana de Miguel, veteranas letradas ya entonces, Enrique Reig también, y María Silva, en ese momento novata como yo. Pero el recuerdo que atesoro con más cariño es la imagen de nuestro querido Aurelio ayudándome a desbrozar los escritos del rollo de casación en las silenciosas tardes de la Villa de París. Pocas personas de su elevada posición estarían dispuestas a auxiliar en tan prosaica labor a la recién llegada, él lo hizo en reiteradas ocasiones, y esa estampa permanecerá imborrable en mi memoria mientras conserve la capacidad de recordar.

A ese inicial auxilio siguieron otros muchos. Recuerdo los cafés y las comidas en Riofrío, y en el café Gijón, las conversaciones sobre lo divino y lo humano, sobre el derecho y la fortuna, sobre literatura y cine, sobre política, sobre la familia, su adorada familia, sobre todo. Escucharle era un privilegio absoluto, pero quizá lo era más aún comprobar su inusual habilidad para escuchar a los demás. Poco podía yo aportar a su sapiencia, pero aún así cada vez que tenía un asunto complicado sobre un tema que él creía que yo dominaba se pasaba por mi despacho y me invitaba a un café para intercambiar opiniones. En la inmensa mayoría de los casos yo no aportaba más luz a su saber del tema del que pueda ofrecer una pequeña luciérnaga en un día de verano en el sur, aun así me preguntaba, me exponía su planteamiento y escuchaba lo poco que yo pudiera decirle. Esa habilidad única para hacer que sintieses que podías agregar algo le hacía, sin duda, una persona única y especial. No es usual, antes al contrario, que un maestro que sabe tanto de tantas cosas, escuche con interés a quienes, por razones obvias, saben menos que él, de todo. Pero es que la humildad de Aurelio, tantas veces destacada por quienes le conocimos, era tan inmensa como lo eran sus conocimientos. Y su generosidad quizá lo fuese aún más, su tiempo, su valioso tiempo, lo compartió con muchos, su saber infinito lo repartió por doquier, y su preocupación por el bienestar de los que le rodeaban no encontraba orillas que la frenasen.

Nunca dejó de preocuparse por la felicidad de cuantos le circundábamos. Por ello cuando su querido amigo y compañero Luis Fernando de Castro y yo decidimos contraer matrimonio pensamos, al unísono, que él debía officiar la ceremonia. Los dos sabíamos de su devoción por el sagrado vínculo del matrimonio, y admirábamos su capacidad para mantener intacta su ilusión matrimonial, así que no tuvimos duda de que removeríamos cualquier obstáculo legal para que él nos casase. Puede resultar extraño este pensamiento, pero de algún

modo él representaba el éxito familiar que nosotros anhelábamos conseguir, y nos pareció un buen paso para ello. No recuerdo con absoluta certeza los detalles, sé que gentilmente la persona que debía dar fe de nuestra unión delegó en él, y así fue como conseguimos que nuestro admirado y querido Aurelio oficiase la ceremonia. Supongo que ésta es una anécdota que solo conoce nuestro círculo más próximo, pero ha de servir de botón de muestra del colosal aprecio que los dos le hemos reservado siempre.

Años después, tras mi vuelta a Oviedo, mantuvimos el contacto telefónico, a él acudía cuando tenía dudas jurídicas que sabía que solo él podía solventar. Él prologó nuestro libro sobre el Accidente de trabajo, el único que hemos publicado juntos mi marido y yo, en cierta continuidad de aquella inusual ceremonia nupcial. Y también por ello tuve claro, cuando asumí la labor de codificar y coordinar el Anuario de la Facultad de Derecho, que aprovecharía la ocasión para entrevistarle. Pocas publicaciones jurídicas brindan la ocasión de entrevistar a las personas que admiras devocionalmente, así que cuando se me presentó la oportunidad no la desperdiicé. En el año 2020 salió publicada en la Revista Diálogos Jurídicos su entrevista sobre el mercado laboral español (pasado, presente y posible futuro). En ese momento decidí centrar la entrevista en sus conocimientos jurídicos, entre otras razones porque como todos sabemos él no era nada dado a homenajes o halagos públicos, y entendió que referenciar en la entrevista su parte más humana iba a llevar necesariamente a ese tipo de aseveraciones públicas, que tanto esquivó en vida. Ahora, tras su pérdida, sin que pueda censurarme por ello, como sé que lo haría, dedico estas líneas a rendir alabanza a ese otro Aurelio, al humano, al hombre bondadoso, generoso y gentil que fue.

Nunca llegó a desvelarme el sortilegio que empleaba para multiplicar el tiempo, pues es difícil adivinar cómo podía sacar, del tiempo diario que tenemos asignado el común de los mortales, lapsos suficientes para redactar soberbias sentencias, elaborar un sinfín de trabajos doctrinales, devorar y devorar libros, leer, corregir y comentar los trabajos que los demás sometíamos a su inmejorable criterio, y disfrutar del amor de su familia, su idolatrada esposa Lola, sus queridísimas hijas Eva y Elena, que siempre estaban en su pensamiento, sus nietos, sus amigos. Entenderá el lector que es difícil imaginar cómo puede un ser humano tener tiempo para todo ello, sin descuidar jamás ninguno de esos quehaceres, sin emplear a tal fin alguna suerte de engaño al tiempo, más allá de su conocida capacidad para estar a pleno rendimiento con cinco horas de sueño. Se llevó con él ese secreto, como también el truco para conseguir que nadie en este mundo tuviese para él una palabra que no fuese admiración y aprecio. Descanse en paz un hombre único, excepcional en todo.

EL MAESTRO AURELIO

LYDIA MORA MARTÍNEZ
Abogada Laboralista

Aurelio fue un maestro, en el sentido antiguo del término; el de la persona que tiene un conocimiento extraordinario en la materia que instruye y sabe comunicarlo, transmitiendo también experiencia, emociones y valores. Fue, al menos para mí, ese tipo de maestro que inspira una vida profesional, hasta tal punto que, si actualmente soy abogada laboralista, fue por él. En este sentido, su paso por mi vida fue trascendental y me alegra pensar que, muchos años después, se lo pude contar.

Tuve la suerte de conocerlo, sobre el año 1997, en la Universidad Carlos III de Madrid, donde él impartía las asignaturas de Derecho Procesal Laboral y Derecho Sindical del grado, entonces licenciatura, de Derecho. En aquel momento casi ninguno teníamos una vocación clara por ninguna rama concreta del Derecho por lo que, yo al menos, me matriculé en Derecho Procesal sin ningún objetivo. El primer día de clase ya nos descubrió a un buen comunicador, apasionado con la materia, fácil de trato y cercano. Una persona con humor socarrón, que impartía sus clases en una conversación constante con sus alumnos, y que se ganó inmediatamente nuestro respeto.

Impartía sus clases de pie, sin un guión en la mano pero con una precisión milimétrica sobre la materia, fomentando la participación de los alumnos, a los que conocía por su nombre y apellidos. De vez en cuando nos repartía temas para que nos los preparásemos y los expusiésemos en clase, lo que daba lugar a algún debate. Recuerdo que a mi me asignó el procedimiento de tutela de derechos fundamentales y, además de exponer el mismo, no sé cómo, acabé

dando los datos de pobreza en la Comunidad de Madrid, lo que dio lugar a un coloquio. En este y otros muchos debates descubrí que su rigor intelectual y ser Magistrado del Tribunal Supremo, de lo que no hacía gala, no le había apartado un milímetro de las realidades menos afortunadas de los demás.

Al finalizar la asignatura de Derecho Procesal, la mayoría de sus alumnos nos matriculamos decididos, en la siguiente asignatura, de libre elección, que también impartía él; Derecho Sindical. Un día hice un comentario, poco afortunado, en clase que dio lugar a que él me dijera, que, por favor, no fuese nunca juez, porque era la persona menos imparcial que había visto. A lo largo de mi vida profesional cuántas veces he pensado que tenía toda la razón.

Aprendimos mucho Derecho del Trabajo, disfrutamos mucho de las clases y, muchos de nosotros, vivimos actualmente del Derecho Laboral. No sé si en el caso de los demás por aquella experiencia. En mi caso, como ya he indicado, claramente sí.

Pero al final lo que nos deja huella suele ser lo personal. Sucedió que cuando acabó el curso, y Aurelio me indicó que me había buscado un preparador para que yo me pudiese presentar al examen de oposición para la Inspección de Trabajo. Aquello me impacta, aún hoy, porque me di cuenta, por esto que me sucedió a mí, y por otras cosas que les sucedieron a otros compañeros, que Aurelio pensaba en nosotros, sus alumnos. Yo no le conocía de nada antes, no había hablado con él fuera de las clases nunca, ni le había dicho que quisiera preparar una oposición, sin embargo, él había pensado en mi futuro profesional. No llamé al preparador que me buscó, porque necesitaba ponerme a trabajar en cuanto acabase la carrera, pero no olvidaré nunca el gesto que tuvo, me pareció, entonces y ahora, que era un gran ser humano.

Al poco de acabar la carrera comencé a trabajar, como abogada laboralista, en la Unión General de Trabajadores. Durante estos años he tenido la suerte de coincidir con él, fundamentalmente en cursos que impartía a profesionales del Derecho, y en algún otro evento, por lo que tuve ocasión de poder decirle lo que hoy dejo escrito aquí. En todo este tiempo, me agradó reconocer en él a la misma persona que daba clase a unos universitarios veinte años atrás. Desde aquellos días de ingenua juventud, he conocido muchas personas que me han influido, tanto en lo profesional como en lo personal, ahora, cuando miro atrás, no me cabe ninguna duda de que, entre los que más me ayudaron a definirme, he de incluir al querido Maestro Aurelio.

TESTIMONIO PERSONAL

AZUCENA OLIVARES LAZCANO
Secretaria de D. Aurelio Desdentado Bonete

He tenido el honor de trabajar con D. Aurelio durante muchos años como su «Secretaria particular» (esa es la denominación que se nos asigna) en la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Durante todo ese largo periodo trabajando codo con codo, siempre se distinguió por su exquisito respeto, amabilidad y simpatía. Personalmente, fue para mí como un segundo padre, teníamos una conexión casi familiar y, de hecho, él siempre bromeaba sobre ello y me decía que éramos como «padre e hija adoptiva».

Siempre dispuesto a colaborar con sus compañeros de trabajo, se volcaba para resolver cuantas dudas pudieran plantearle y en su relación con los miembros de la escolta que tenía asignada así como con mis compañeras fue un hombre entrañable, atento y detallista.

En lo que a mí concierne, de D. Aurelio se puede afirmar que fue un hombre sencillo, sabio, un trabajador incansable. Durante los casi treinta años que permanecí a su lado aprendí de su capacidad de disciplina y su buen hacer, por lo que me siento privilegiada al haberme obsequiado con la distinción de poder colaborar con él durante tanto tiempo.

Lejos de dictar órdenes o de manifestar superioridad, su cercanía y exquisitez en el trato inducía a un esfuerzo a la altura del que él mismo, infatigable, generoso, desplegaba habitualmente. El Gabinete Técnico de esta Sala Cuarta, las Secretarías, el Servicio de Vigilancia o limpieza y, especialmente, la Biblioteca del Tribunal, albergan numerosas personas que lo aprecian y recuerdan.

Finalmente, cuando se jubiló me costó mucho acostumbrarme a su ausencia y siempre le agradeceré su preocupación por mí, dando buenas referencias a mi actual jefe, D. Antonio Sempere, para poder seguir desempeñando mi cometido profesional. Ya alejado de las funciones jurisdiccionales, sin embargo, encontraba huecos para acercarse y saludar o compartir buenos deseos, incluyendo el anual de acceder al premio gordo en la Lotería de Navidad.

Quede constancia de mi gratitud no solo al gran jurista sino al hombre de excepcional calado que me distinguió con la oportunidad de caminar a su lado durante su vida profesional en el Tribunal Supremo.

AURELIO DESDENTADO, UN JURISTA DEL TRABAJO DE EXTRAORDINARIA RELEVANCIA, IN MEMORIAM

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ
Catedrático de la Universidad de Salamanca

*Esta mañana pensé por primera vez que mi cuerpo, ese compañero fiel,
ese amigo más seguro y mejor conocido que mi alma, no es más
que un monstruo solapado que acabará por devorar a su amo.*

Marguerite Yourcenar, *Memorias de Adriano*, 1974

Aurelio Desdentado Bonete, jurista de excepcional relevancia, hombre culto, letraherido y cinéfilo, inteligente y sensible, dotado con generosidad para el razonamiento crítico y la convicción y provisto de un humor fino a veces corrosivo, que hizo del compromiso con los valores de justicia e igualdad la razón de ser de su quehacer vital, amigo querido y admirado desde tantos años, falleció el pasado 19 de marzo en un hospital de Madrid, sin haber podido superar la terrible COVID-19 que lo llevó allí y amargó sus últimos días, cuando faltaban tan solo diez para que cumpliera 77 años de edad. Había nacido en Elche (Alicante), el 29 de marzo de 1944.

Llegó a ser magistrado del Tribunal Supremo, de su Sala Cuarta, de lo Social, entre marzo de 1986 y, marzo de 2014 «pareciera al fin, por lo dicho antes y ahora, que el tercer mes del año estuviera soldado a sus hados», cuando se producía su jubilación forzosa por razón de edad. Luminosa fue, qué duda cabe, su aportación a la jurisprudencia laboral en los múltiples desarrollos materiales de que se ocupó, siempre con intuición y buen hacer, que mucho ha contado para la construcción general de nuestra disciplina. Hoy es lugar co-

mún, por cierto, hacer mención elogiosa del peso intelectual sobresaliente que el magistrado ejercía de modo habitual y reconocido dentro de su entorno jurisdiccional con la exposición de opiniones fundadas y de difícil refutación.

Había pertenecido con anterioridad al prestigiado Cuerpo General Técnico de la Administración «los siempre valorados TACs», tras cuyo paso por la Escuela Nacional de Administración Pública en Alcalá de Henares (ENAP), donde habría de conocer el magisterio influyente de Luis Enrique de la Villa en esta etapa de formación jurídica al más alto nivel para la práctica administrativa, con quien llegaría a establecer una relación de amistad estrecha y permanente, fue destinado al Ministerio de Trabajo, donde su interés por la seguridad social y su ordenamiento jurídico lo condujo al poco tiempo a la condición indubitada de especialista de referencia en la materia. «Que su destino sea junto a Alberto Pereda en seguridad social» «este era ya dentro del ministerio máximo exponente en este terreno institucional», se cuenta que dijo con sorna y capricho el oficial mayor del departamento a la hora de la adscripción inicial del funcionario recién llegado, alumbrándose así una divertida anécdota, a partir de la expresión facial de Pereda, que mucho ha corrido y que ahora no es del caso. Ambos colaboraron en numerosas iniciativas y escritos y trabaron una relación personal indefinida.

Aurelio Desdentado fue también, entre 1970 y 1972, director del Gabinete Técnico de la Subsecretaría del Ministerio de Educación y Ciencia. Y se incorporó como socio al Bufete Laboral de la calle madrileña de Fuencarral que había fundado Luis Enrique de la Villa, que tanto prestigio y éxito profesional habría de cosechar en lo sucesivo. De esta relación personal arranca, a fin de cuentas, una fructífera colaboración científica entre ambos que habría de perpetuarse. Bastará referir ahora, como prueba señera de ello, su deslumbrante *Manual de Seguridad Social* que ambos autores dieron a conocer en 1977, reeditado dos años después, que inauguraba un punto de vista metodológico novedoso, por su propuesta sistemática y crítica, nunca antes utilizado en ningún sitio dentro de la manualística especializada. O, si se repara ahora en una muestra de su compromiso compartido en el análisis progresista de la realidad social más palpitante de la Transición democrática, la referencia deberá ser a su ensayo *La amnistía laboral. Una crítica política y jurídica*, aparecido en 1978.

Aurelio Desdentado publicó numerosos estudios en solitario y en colaboración, principalmente en esta última modalidad con lo más granado del profesorado de las universidades Autónoma y Carlos III de Madrid y de Castilla-La Mancha. Su prosa siempre dio respuesta con claridad y agudeza, ingenio y amenidad, a las muchas cuestiones que lo preocuparon. Y son de emocionado

recuerdo para mí los dos excelentes libros que escribió en coautoría junto su hija Elena Desdentado Daroca, profesora titular de Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional de Educación a Distancia: *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores* (2000) y *Grupos de empresas y despidos económicos* (2014). Su otra hija, Eva, es catedrática de Derecho Administrativo en la universidad de Alcalá de Henares y también con ella Aurelio publicó importantes artículos en diferentes revistas. Aurelio Desdentado impartió docencia asimismo en las universidades Autónoma y Carlos III de Madrid y fue un orador privilegiado por su capacidad pedagógica y claridad conceptual y expositiva. Fue árbitro de la fundación SIMA para la solución de conflictos laborales. Y recibió numerosos premios y reconocimientos a su imponente labor profesional, con la Gran Cruz de la Orden de San Raimundo de Peñafort a la cabeza.

Nos ha dejado, a fin de cuentas, un jurista del trabajo de extraordinaria relevancia, en plenitud intelectual. Nos honró desde el principio con su presencia en el Consejo Científico Asesor de *Trabajo y Derecho*, tal como los créditos de la publicación han recogido desde el primero de sus números, lo que mucho le agradecemos. La dirección y el Consejo de Redacción de la revista lamentan profundamente su pérdida, al propio tiempo que hacen llegar nuestra condolencia sentida por tan doloroso hecho a Loli Daroca, a sus hijas Eva y Elena y nietos, compañeros, discípulos y amigos, así como al conjunto del laboralismo y la judicatura. Aseguro, en fin, que nunca nos olvidaremos de él.

HOMENAJE A AURELIO

ROSA QUESADA SEGURA
Catedrática (jubilada) de la Universidad de Málaga

Conocí a Aurelio un mes de mayo o junio de 1998 en Santiago de Compostela en el ámbito de unas jornadas sobre el RD 1424/1985 regulador de la relación de carácter especial del servicio del hogar familiar, organizado por el Consello Galego de Relacions Laborais.

Su entrañable y generoso carácter le hizo exclamar «que hago yo aquí, si ya estas tu», refiriéndose a mi libro «El contrato de servicio doméstico» publicado por La Ley. Después me comentó que él lo había utilizado y basándose en el mismo había calificado como despido lo que la parte empleadora defendía como un supuesto de desistimiento.

Esa tarde, paseando con Aurelio por las calles de Santiago, compartiendo una merienda en el parador, o, asomándonos a la magnífica plaza del Obradoiro, no dejamos de reflexionar sobre todas las deficiencias que presentaba este RD, pese a lo importante, sin duda, que había sido su aprobación, y estando de acuerdo en la enorme significación social y política que suponía la declaración del carácter laboral de esta relación. No obstante, el tema principal que más nos ocupó esa tarde era el relativo a las vías de extinción y todas las peculiaridades establecidas, y entre ellas, la ausencia de referencia al despido nulo, cuando, por lo demás, aun creyendo que el Estatuto de los Trabajadores en su artículo dos había producido una deslegalización a través de la habilitación reglamentaria de todas las relaciones laborales calificadas como de carácter especial, ello nunca podía conducir a aceptar aquellas alteraciones norma-

tivas cuando suponían un trato discriminatorio contrario al artículo 14 de nuestra Constitución.

A partir de entonces nuestra amistad fue creciendo y especialmente desde su generosa aceptación a intervenir en el Foro Aranzadi Social de Málaga del que era directora y al que no faltó en ninguna de sus ediciones, hasta que ambos nos jubilamos.

Cuando venía a Málaga siempre aprovechábamos para visitar algún Museo o dar un pequeño paseo y comer juntos antes de acudir a la sede donde se celebraba el Foro. En esas comidas, y en esos paseos, hablamos de cine, de libros, de viajes y con entusiasmo me contaba de Menorca, del carácter de sus gentes, de la casa donde se reunían una gran familia.

Y dio la casualidad que una de las últimas charlas que tuvimos nos llevo a la primera de nuestro encuentro: la perplejidad ante el vacío legislativo de la nueva norma reguladora de esta relación de carácter especial –el RD 1620/2011–, al obviar de nuevo la calificación de nulidad –en un trabajo esencialmente feminizado–, lo que daba lugar a una casuística jurisprudencial extensa sobre todo en lo referente al despido de la trabajadora del hogar embarazada.

Y ello, cuando ya la Sala IV del Tribunal Supremo, acogiendo los criterios del Tribunal Constitucional había establecido con total claridad que la regulación legal de la nulidad del despido de la trabajadora embarazadas tenía por finalidad proporcionar una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, y por ello se había establecido un supuesto específico de nulidad objetiva en toda situación de embarazo de la trabajadora, al margen de la presencia o no, de indicios de tratamiento discriminatorio.

Y ambos estábamos de acuerdo en que, el hecho de que el legislador entendiese –lo que no dejaba de suscitar graves dudas– que existían razones suficientes para no reconocer la nulidad y su efecto de readmisión, en la relación del servicio del hogar familiar, a fin de garantizar otros derechos igualmente protegidos constitucionalmente, no justificaba el que no hubiera establecido las vías reparadoras necesarias. Al no haberlo hecho, los Tribunales del orden social creaban una importante casuística a través de resoluciones contradictorias: Así, ante el despido o desistimiento de la trabajadora del hogar embarazada: O bien se reconocía el derecho a la indemnización fijada en el artículo 11.2 del RD 1610/2011 para el despido improcedente, y, en unos casos, sin derecho a salarios de tramitación, mientras que en otros, si –e, incluso, en este último supuesto había también contradicción en la fecha a partir de la cual debía empezar su cómputo–. O bien, se aplicaba la indemnización fijada en el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores calculada en función de la antigüedad de la trabajadora, al entender que era esta la norma aplicable con carácter su-

pletorio en función de lo establecido en el artículo 3.b) RD 1620/2011. O, finalmente, en otras resoluciones, se establecía una indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales, que en otras se negaba... En fin: Delegar en los jueces la tarea del legislador.

Pero si algo siento hoy, querido Aurelio, es haber faltado a nuestra cita. Una vez me trajiste un libro sobre la sede del Tribunal Supremo y te ofreciste a ser mi guía en la visita a las Salesas. «Llámame cuando vengas a Madrid». Y en eso quedamos. Pero mis visitas eran puntuales, muy cortas y para una tarea concreta, así que lo fui dejando para una próxima ocasión. Y paso el tiempo... Por eso hoy me apena tanto.

GRACIAS D. AURELIO

ROSARIO ROMERO BOLÍVAR
Abogada Laboralista

Me enteré del fallecimiento de D. Aurelio Desdentado por una llamada de una amiga, también abogada laboralista, Lidia Mora, es de esas noticias que te entristecen; sin embargo, cuando piensas en una persona que ya no está y su recuerdo hace que en la vorágine de nuestro día a día aflore una sonrisa, significa que esa persona te ha marcado positivamente, es el caso de D. Aurelio Desdentado.

Para mi D. Aurelio fue un excelente profesor, no solo porque dominaba como nadie la materia, y nos hacía unos impresionantes esquemas en la pizarra, lo que se valora mucho en la etapa estudiantil, sino porque, aunque a veces parecía despistado, esto era una mera apariencia, pues nos conocía a todos y sabía sacar lo mejor de cada uno de nosotros.

Fue mi profesor en la Universidad Carlos III, en Derecho Procesal Laboral, Derecho Sindical y Seguridad Social; asignaturas optativas que elegí junto con dos amigas, Rocío Plaza y Raquel García pues nos gustaba el Derecho Laboral; nosotras éramos de esa «especie rara» que siempre iba a clase, atendíamos, participábamos, pues como he dicho nos gustaba la materia, pero también nos lo pasábamos bien, y algún día hablábamos más de la cuenta, y le dábamos un poco de «guerra» a D. Aurelio.

El primer día de la asignatura de Derecho Procesal Laboral D. Aurelio nos vio entrar a las tres, nosotras llegábamos contentas, riendo y hablando, en resumen, felices y despreocupadas (todavía no conocíamos las dificultades de la vida profesional), y al vernos, dijo: *¡señoritas Plaza, Garcia y Romero uste-*

des aquí! ¡en mi clase nuevamente!, nosotras con nuestra mejor sonrisa, contentas de que nos reconociera y que se alegrara de vernos, le dijimos «si, D. Aurelio aquí estamos otra vez con Vd.». Su respuesta fue: *Muy bien, pues entonces les voy a decir donde se van a sentar Vds. en mis clases.*

Nosotras sorprendidísimas, quietas en el quicio de la puerta de la clase y con la mirada del resto de alumnos sobre nosotras pues nadie se esperaba ese recibimiento.

Él sabía que las tres teníamos algo que decir sobre su decisión de indicarnos donde teníamos que sentarnos, así que antes de que pudiéramos articular palabra, nos había buscado sitio: separadas por 4 filas de asientos y en diagonal *¡imposible la comunicación entre nosotras !*

Al terminar la clase, las tres ya reunidas nuevamente, nos reíamos, pues era difícil dejarnos sin palabras y neutralizar nuestras reacciones y él lo había conseguido en décimas de segundo, así que pasamos el resto del cuatrimestre donde él nos había ubicado, sin rechistar.

Otra anécdota que me viene a la cabeza con cariño es cuando me suspendió Derecho Sindical con un 4,95.

Por supuesto, fui a la revisión.

Cuando vi el examen le dije «D. Aurelio no me lo puedo creer, ¿de verdad me va a suspender con un 4,95? Vd. me conoce, sabe perfectamente que voy a todas sus clases, atiendo, participo...»; su respuesta como siempre me dejó sin palabras y siempre las recordaré «señorita Romero, por todo eso, es por lo que voy a mantener el 4,95; con este examen Vd. debería haber sacado como mínimo un 8, y eso es lo que espero de Vd.».

Salí de la revisión como «la niña de la película del Exorcista». Evidentemente estuve estudiando en el verano, me presenté en septiembre al examen y mi nota fue de un 8,50; según D. Aurelio lo esperado de mí.

Así que creo que D. Aurelio, aunque él no lo haya sabido, es un poco responsable de que yo sea abogada laboralista y aunque es un poco tarde, he querido escribir esto para darle las gracias, y compartir estas anécdotas que demuestran que era un excelente profesor, con una paciencia infinita, al menos conmigo, que sacó lo mejor de mí en sus asignaturas y del que tengo un gran recuerdo.

AURELIO DESDENTADO BONETE: UN HOMBRE EJEMPLAR

JUAN ANTONIO SAGARDOY BENGOCHEA

Catedrático de Universidad

Académico de Número de la Real de Jurisprudencia y Legislación

A lo largo de la vida vamos tejiendo unas relaciones con personas muy distintas que acaban modelando nuestra existencia. Tener buenos amigos es un privilegio, pues hacen de nuestra vida una aventura rica en afectos y en compañía.

Conocí a Aurelio hace más de 45 años, y desde el primer momento me atrajo por su bonhomía, su carácter afable y su permanente sonrisa. Era una persona de la que merecía la pena ser amigo. Tenía, además, una virtud que tiene un gran valor y era su discreción. Era un hombre discreto que nunca criticaba a nadie ni se metía en las vidas de los demás. Y esa discreción le llevaba asimismo a no presumir de nada, aunque los que le conocíamos sabíamos que tenía abundantes motivos para «presumir», pero Aurelio era discreto por naturaleza.

En el plano profesional siempre le consideré un notable jurista, y dentro del campo del Derecho, un gran laboralista, como demostraba con sus palabras y sus escritos. Dentro del amplio campo de lo laboral se especializó en Seguridad Social, en la que era un referente.

En sus escritos se apreciaba el dominio y conocimiento de la Seguridad Social en su conjunto, lo cual le daba un valor especial a sus reflexiones y aportaciones en aspectos concretos de la Previsión Social. Un muy destacado jurista, y, en concreto, un laboralista relevante que figurará siempre entre los más importantes autores de nuestra disciplina.

Aurelio nos ha dejado un gran vacío personal y profesional, pero siempre tendremos en ambas facetas muy presente su ser y su saber. Su recuerdo nos acompañará.

EPÍLOGO

EL ESTUDIO DE UNA OBRA JURÍDICA MONUMENTAL

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO
Catedrático de Universidad
Magistrado del Tribunal Supremo

El pasado día 19 de marzo de 2021 fallecía, víctima de rápida enfermedad asociada a la pandemia que nos azota, el que ha sido Magistrado del Tribunal Supremo durante muchos años (1986/2014), D. Aurelio Desdentado Bonete.

Su honestidad, integridad, y valentía han quedado acreditadas en múltiples ocasiones: plantando cara a problemas de salud, afrontando serias amenazas terroristas, defendiendo sus propias tesis sin importarle el auditorio, jugándose la propia vida por su implicación personal en el trabajo judicial, etc. Su excepcional aportación tanto académica cuanto judicial es fácil de rastrear y condiciona en muchas cuestiones el panorama actual de nuestro Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Su huella personal, por el contrario, difícilmente podrá inventariarse, habida cuenta de los innumerables testimonios (sin exageración) que deberíamos reunir para ello, comenzando por los de sus familiares y allegados.

Sus múltiples monografías y publicaciones de toda índole, frecuentemente gestadas en comandita con algunas personas allegadas, constituyen un caudal inagotable de sabiduría aplicada, de exposición erudita pero nada engolada, de crítica siempre fundamentada. Varias de ellas, por sí solas, podrían haber sido una Tesis Doctoral, grado que por algún ignoto motivo nunca quiso colacionar.

Abogado laboralista de origen (asociado a la órbita del Maestro De la Villa Gil), funcionario de la Seguridad Social después, Profesor Universitario en diversas etapas y centros. Pese a ello, durante muchos años fue el número 1 del Escalafón Judicial, con la consiguiente carga de integrar múltiples Salas especiales del Tribunal Supremo, sin queja alguna por el plus de responsabilidad. Lo prodigioso es que, al tiempo, mantenía relación muy fluida con múltiples colectivos de ámbitos universitarios, funcionariales, profesionales o, por supuesto, judiciales. Abundan quienes ahora manifiestan que fueron ayudados de forma decisiva en alguna coyuntura personal complicada; son personas integradas en el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, Editoriales Jurídicas varias, Colegios Profesionales, Áreas de conocimiento o Departamentos Universitarios, Asociaciones de todo tipo, Sindicatos, Mutuas, Cuerpos Funcionariales de la Seguridad Social, Inspección de Trabajo y un largo etcétera, encabezado por integrantes de los más diversos órganos judiciales.

En las páginas que anteceden aparece reseñado un centenar de sus incontables escritos judiciales (autos, sentencias, votos particulares), en todos los cuales late el rigor y deseo de dispensar una tutela judicial completa. La disección del problema siempre da paso a una argumentación brillante, sólida; tanto que en ocasiones quien discrepa de la solución tarda en hallar el modo de combatirla. Aunque las sentencias son una obra colectiva, es innegable que su impronta aparece como decisiva en múltiples aspectos (configuración de la casación unificadora, perfiles de las contratas, ámbito de los conflictos colectivos, indefinidos no fijos, pensión de viudedad, nulidad del despido, presupuestos de la discriminación, compatibilidad de los derechos fundamentales con la fiscalización empresarial, límites de la huelga, despido colectivo, vacaciones, extinción causal anticipada, etc., etc.), con frecuencia adaptando las normas a supuestos no previstos por ellas.

Esta obra, pese a haber congregado a más de ciento sesenta personas, gracias al esfuerzo de todas ellas, brinda una idea aproximada de cuanto queda dicho.

* * *

No cabe duda de que se ha ido un Grande del Derecho.

Así lo corroboran personas de disciplinas muy diversas, no solo del ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Por eso, como he manifestado en alguna ocasión, era empresa destinada al fracaso la de resumir en unas líneas el perfil de un jurista tan excepcional, tan prolífico (Po-

nencias judiciales, Votos Particulares, Artículos, Conferencias, Libros, Clases, Congresos Jornadas, etc.), tan cercano (admitiendo el diálogo sin distinción de categoría profesional, abriendo fácilmente las puertas de su amistad), tan ilicitano (emprendedor, competidor no envidioso, campechano, vehemente, cordial), tan empático (siempre intentando ayudar a la resolución de los más variados problemas ajenos), tan modesto (esto es innegociable) y, entre otras muchas cosas, tan culto (lector insaciable, curioso endémico).

Doy fe de que las paredes del edificio cuya Puerta Principal mira a la Plaza de la Villa de París siguen reflejando su figura, igual que la Biblioteca (como otras muchas) le sigue prestando –en su nuevo destino– libros de los más diversos temas, por no hablar de quienes compartieron con él múltiples episodios. Incluso quienes polemizaron abiertamente con sus tesis, lamentan sinceramente su partida.

Estoy seguro de que Bartolomé Ríos Salmerón (que también nos abandonó ya) permitirá que ahora apliquemos a Aurelio Desdentado las palabras que éste le dedicó: hay en nuestro recordado, a la vez, pasión dogmática por el Derecho como sistema de conceptos y pasión crítica por la insatisfacción que nos produce la distancia entre las realizaciones del Derecho y los ideales de justicia. Era un excepcional jurista, un creador del lenguaje jurídico, un juez preocupado por la formación de los jueces. Un hombre profundamente justo, socialmente justo. Un jurista hecho de una pieza.

Es imposible no ilustrar estas líneas con algún recuerdo personal, aunque ello siempre me ha suscitado la duda de si, de ese modo, quien escribe asume un indebido protagonismo. Me limitaré a dos, tan casuales como emblemáticos. Aurelio fue designado miembro del Tribunal Supremo cuando terminaba el mes de febrero de 1986, justo al tiempo que yo opositaba para ser Catedrático (en la Universidad de Oviedo); accedíamos a un Cuerpo funcional de modo simultáneo. En 2014 bastó una frase suya («tienes el deber cívico de presentarte») para resolver mis dudas sobre si concurría a la vacante que su jubilación dejaba en la Plaza de la Villa de París. Y en ella estoy, echando de menos al paisano y Maestro.

* * *

Una de las muchas ocupaciones altruistas que Aurelio tuvo en los últimos años fue la de actuar como Consejero de la presente Colección. Por si todo lo anterior no bastara, que sí, tal condición añade motivos a la realización del libro que clausuran estas páginas. Todavía se recuerda en este ámbito su renuen-

cia (al cabo, renuncia irrevocable) a prologar un libro emanado de la previa Tesis Doctoral del autor; no por el hecho en sí, sino por el motivo que opuso («¿cómo voy a preludiar una Tesis yo que ni siquiera soy Doctor?»); lejos de sonar a falsa modestia, su actitud, como siempre, revelaba una profunda convicción sobre lo ético y lo estético.

* * *

Como el sumario general muestra, esta obra aparece dividida en cuatro partes tan distintas como complementarias.

La sección introductoria, como no podía ser de otro modo, comienza con la reproducción del currículum del homenajeado; se trata de una intromisión en su intimidad profesional que, a buen seguro, le hubiera incomodado en vida pero que ahora deberá soportar con estoicismo. Nada de Prólogos, Presentaciones o Introducciones. El libro homenaje comienza dando la palabra, por así decirlo, al sujeto cuya trayectoria profesional se escruta.

El Profesor Luis Enrique De la Villa Gil, por muchas razones asociado a la figura de Aurelio Desdentado, ha trazado recientemente un perfil tan emotivo como magistral; merced a la generosidad de la RGDTSS se reproduce aquí de manera íntegra.

Complementariamente, dos de los Presidentes que gobernaron la actividad jurisdiccional aportan su testimonio personal, como colegas pero también responsables de la marcha general de la Sala Cuarta. Gonzalo Moliner y Jesús Gullón lo hacen también en la representación institucional que, aunque jubilados, siguen ostentando.

De manera emblemática, este Pórtico se cierra con la aportación que las juristas Elena y Eva Desdentado Daroca han elaborado. Con ella testimonian el agradecimiento a cuantas personas confluyen en la monografía, pero también muestran la destreza genética en el manejo de los más intrincados problemas de nuestro Derecho y, desde luego, rinden expreso tributo a su propio padre. El tema elegido, por tantas razones, no podía resultar más adecuado.

* * *

Pese a ser tan polifacético, la más característica actividad del biografado ha sido la jurisdiccional. A glosar un centenar de sus resoluciones se dedica la Parte Primera. Sean sentencias en las que era el Ponente, sean Votos Particulares donde aparecía como primer o único firmante, esa importante

muestra ha permitido abordar cuestiones conocidas a lo largo de todos y cada uno de los años en que integró la Sala Cuarta, además de procurar una importante diversidad temática. Vale la pena reproducir, secuenciadas cronológicamente y con breve descripción de materia y autoría, esas referencias, con indicación de la persona encargada de su radiografía.

1986

— 17 de abril de 1986. Despido por participación no activa en conflicto colectivo. Jesús Cruz Villalón.

1987

— 29 de enero de 1987. Infracción de ley. Despidos por trabajar durante la IT. Francisco Carmona Pozas.

1988

— 20 de enero de 1998, rcud 317/1997. Personal indefinido no fijo. María Luisa Segoviano Astaburuaga.

— 8 de marzo de 1988. Convenio 158 OIT. José María Goerlich Peset.

— 14 de junio de 1988 VP Audiencia a delegados sindicales en despido disciplinario. María Antonia Castro Argüelles.

1989

— STS de 21 de marzo de 1989. Empleo en finca urbana; matrimonio despedido. J. Ignacio García Ninet.

— 15 de noviembre de 1989. Reintegro de gastos por asistencia sanitaria. Alberto Arufe Varela.

— 30 de noviembre de 1989. Excedencia por incompatibilidad. Salvador Perán Quesada.

1990

— 17 de octubre de 1990, interés de ley. Revisión de hechos y participación en huelga. Diego Megino Fernández.

— 17 de diciembre de 1990, interés ley núm. 603/90, Competencia jurisdiccional y relación laboral. Rodrigo Martín Jiménez.

1991

— STS de 21 de enero de 1991 (Alta Dirección y cargos orgánicos). Infracción de ley 282/90. Teoría del vínculo. Yolanda Sánchez-Urán Azaña.

— 13 de marzo de 1991, infracción ley 883/1990. Ejecución de sentencia de despido. José Marín Marín.

— 13 de marzo de 1991. Despido de representante trabajadores, el cual compite. Pilar Menor Sánchez.

— 23 de mayo de 1991, rcud 1121/1990. Propinas en casinos. Fermín Ojeda Medina.

— 22 de octubre de 1991, rcud 1075/1990, Finalización de la IT y despido. Jordi García Viña.

1992

— 7 de mayo de 1992, rec. 1755/1991, Permisos en Telefónica. Miguel Basterra Hernández.

— 9 de noviembre de 1992, rcud 149/1992. Vivir a expensas a efectos de prestaciones de supervivencia. Josep Moreno Gené.

— 14 de octubre de 1992, rcud 2500/1991, Legitimación empresarial para instar IP del trabajador. José Antonio Buendía Jiménez.

— 19 de noviembre de 1992, rcud 709/1992. Transportista con vehículo propio. Juan Gómez Arbós.

1993

— 25 de febrero de 1993, rcud (núm. 1404/1992. Salario regulador de la indemnización por extinción causal. María José Asquerino Lamparero.

— 20 de septiembre de 1993, rc. 2724/1991. Legitimación empresarial para negociar convenios sectoriales. Mario Barros García.

1084

— 23 de noviembre de 1993, rc. núm. 1780/1991, Adopción de acuerdos en la comisión negociadora del convenio. Icíar Alzaga Ruiz.

1994

— 5 de mayo de 1004, rcud 1536/1993. Autoridad laboral en cuestionamiento de relación laboral. Ángeles Ceinos Suárez.

— 23 de junio de 1994. Rcud 2410/1993. Prescripción de acciones. F Javier Calvo Gallego.

— 28 de junio de 1994 rcud 2946/1993. Hechos nuevos en el proceso de Seguridad Social. Ana de la Puebla Pinilla.

— 19 de octubre de 1994, rcud 790/1994. Reingreso tras excedencia y caducidad. María del Carmen Burgos Goye.

— 21 de diciembre de 1994, rcud 1466/1994, Desempleo de extranjeros. Pilar Charro Baena.

1995

— 17 de mayo de 1995, rcud 3036/1994. Costas a Servicio Público de Salud, vencido en el recurso. Carmen Sánchez Trigueros.

— 2 de octubre de 1995 rcud 329/1995. Prótesis estética en contingencia común. Azucena Escudero Prieto.

— 23 de octubre de 1995 (rec. 627/1995). Cosa juzgada. Manuel Fernández-Lomana García.

1996

— 1 de febrero de 1996, rcud 2990/1994. Requisitos para contratación de fomento del empleo. Fermín Gallego Moya.

— 17 de junio de 1996, rec. 1611/1995. Demanda de revisión, basada en fotos. Raquel Flórez Escobar.

— 17 de diciembre de 1996, rcud 1321/1996. Retribución de vacaciones con salario a comisión. Alicia Fernández-Peinado Martínez.

1997

— 26 de mayo de 1997, rcud 4140/1996. Fijos discontinuos en aderezo de aceituna. Begoña García Gil.

— 18 de noviembre de 1997, rcud 4086/1996 Colaboración de empresas en materia de IT. Antonio Folgoso Olmo.

1998

— 20 de enero de 1998, rcud 317/1997. Consecuencias de contratación irregular en AAPP. Javier Hierro Hierro.

— 26 de enero de 1998, rcud 1730/1997. VP. Gestión de la IT derivada de AT. María Gema Quintero Lima.

— 30 de junio de 1998, rec. 2987/1997. Modificación sobrevenida de convenio colectivo vigente. Francisco Jiménez Rojas.

— 23 de julio de 1998. Responsabilidad de Aseguradora con póliza derivada de convenio colectivo. Carmen Jover Ramírez.

1999

— 2 de febrero de 1999, rcud 1981/1998. Cuantía máxima y revalorización de pensiones. Luis Antonio Fernández Villazón.

— 10 de marzo de 1999, rcud 2138/1998 Efectos de sentencia contenciosa anulando concurso. Rosario Cristóbal Roncero.

— 21 de diciembre de 1999, rc. 4295/1998. Legitimación para negociar convenios colectivos en grupos de empresa. Rafael Giménez–Arnau Pallarés.

2000

— 1 de febrero de 2000, rcud 694/1999. Responsabilidad empresarial por descubiertos cuando sobreviene AT. Rubén Doctor Sánchez-Migallón.

— 28 de febrero de 2000, rcud 4977/1998. VP. Eficacia de finiquito. Ignacio del Fraile López.

— 29 de enero de 2001, rcud 1566/2000). Despido con causa en incapacidad temporal y discriminación. Román Gil Alburquerque.

— 21 de noviembre de 2000, rcud 2856/1999. Infracciones procesales en unificación de doctrina. Carlos González Uli.

1086

2001

— 19 de marzo de 2001, rcud 1814/2000– Huelga y cierre patronal. Carmen Grau Pineda.

— 30 de abril de 2001, rcud 4525/1999. Desempleo cuando el cónyuge administra la sociedad empleadora de la que es accionista. Ricardo Gabaldón Gabaldón.

— 5 de junio de 2001, rec. 4614/1999). Revisión basada en proceso penal. Alberto Novoa Fernández.

2002

— 29 de abril de 2002, rc. 1184/2001. Cotización por guardias médicas. Belén García Romero.

— 30 de abril de 2002, rcud 47/2001 VP. Inadecuación de procedimiento en sucesión de empresas. Ignacio González Fernández.

— 28 de mayo de 2002, rec. 1172/2001. Ejecución de sentencias de conflicto colectivo. María José Ramo Herrando.

— 17 de julio de 2002 VP, rec. 1229/2001 Concepto de conflicto colectivo. Ana María Romero Burillo.

— VP de 5 de diciembre de 2002, rc. 265/2011. Esquirolaje tecnológico. Alberto Cámara Botía.

2003

— 13 de mayo de 2003, rcud 813/2002. VP. Muerte del trabajador despedido. Fulgencio Pagán Martín-Portugués.

— 16 de junio de 2003, rcud 3054/2001, Cesión ilegal en telemarketing. Raquel Aguilera Izquierdo.

— 23 de septiembre de 2003. Trabajo en fin de semana para El Corte Inglés. Henar Álvarez Cuesta.

— 3 de octubre de 2003, rcud 1011/2003 VP Afectación general. Adriano Gómez García-Bernal.

— 18 de noviembre de 2003, rcud 4895/2002. Duración de contrato eventual prevista en convenio colectivo. Puy Abril Larraínzar.

2004

— 11 de marzo de 2004. VP a STS de 11 de marzo de 2004, rcud 3994/2002. Daños adicionales a la indemnización por extinción causal. José Luis Goñi Sein.

— 20 de octubre de 2004. Sucesión de plantilla y de empresa. RcuD 4424/2003. Emilio de Castro Marín.

2005

— 11 de abril de 2005, rec. 143/2004. Teletrabajo en Telefónica. Alfredo Aspra Rodríguez.

— 19 de abril de 2005, rec. 855/2004, Litisconsorcio pasivo necesario apreciado de oficio en casación. Emilio Palomo Balda.

2006

— 23 de enero de 2006, rcud 1453/2004. Competencia de jurisdicción en tema derivado de ERE. Raquel Yolanda Quintanilla Navarro.

— 24 de octubre de 2006, rcud 4453/2004 Jubilación anticipada. José Flores Alcázar.

2007

— 6 de marzo de 2007, rcud 3415/2005. Fallecimiento de transportista en hotel. Luis Fernando de Castro Fernández.

— 6 de marzo de 2007, rcud 3415/2005. Accidente en misión, durmiendo en hotel. Jaime Cabeza Pereiro.

— 21 de marzo de 2007. Incompetencia jurisdiccional en valoración de méritos para empleo administrativo, rcud 1795/2006. Juan Manuel San Cristóbal Villanueva.

— 16 mayo de 2007 (rcud 4263/2005). VP. Responsabilidad por falta de cotización. Jesús Barceló Fernández.

— 26 de septiembre de 2007, rcud 966/2006. Registro del ordenador. Pilar López Asencio.

— 5 de diciembre de 2007, rcud 1928/2004. Admisión excepcional de documentos en el recurso. Jesús Manuel Luis Carrasco.

1088

2008

- 21 de enero de 2008, rcud 921/2007. Pensionista de IP y discapacidad. Azucena Prieto Escudero.
- 8 de julio de 2008, rcud 1857/2007. Extinción objetiva por fin del arrendamiento del local de negocio. Eduardo Rojo Torrecilla.
- 11 de noviembre de 2008, rec. 120/2007. Igualdad y no discriminación retributiva. Concepción Sanz Sáez.

2009

- 27 de enero de 2009, rec. 27/2008. Tiempo de trabajo y tiempo de presencia: guardias de localización. Susana Rodríguez Escanciano.
- 28 de enero de 2009, rcud 1576/2008. Despido nulo de Profesora de Religión. Carolina Martínez Moreno.
- 22 de septiembre de 2009, rcud 4509/2007. IT de Autónomos. José Luis Tortuero Plaza.
- 27 de octubre de 2009, rcud 3672/2008. Limitación de salarios de tramitación. Iván López García de la Riva.
- 1 de diciembre de 2009, rcud 1674/2008. IPA de mecánico que es administrador social. Belén López Insúa.

2010

- 21 de enero de 2010, rcud 106/2009 VP. Seguridad Social de extranjeros sin permiso. Cristina Polo Sánchez.
- 3 de marzo de 2010, rcud 1527/2009. Contratos para prevención incendios forestales. Inmaculada Ballester Pastor.
- 21 de junio de 2010, rec. 55/2009. Competencia en conflictos colectivos supraautonómicos. José Luis Salido Banús.
- 21 de julio de 2009, rcud 1767/2008. Salarios de tramitación e intereses asociados. Ana Belén Muñoz Ruiz.
- 29 de septiembre de 2010, rcud 2479/2009. Pensión no contributiva de penados. María de los Reyes Martínez Barroso.
- 27 de octubre de 2010, rec. 53/2009. Tarjeta profesional construcción. Ángel Luis de Val Tena.

2011

— 19 de enero de 2011, rcud 1137/2010 Salarios de tramitación y cotización en IT. Faustino Cavas Martínez.

— 10 de marzo de 2011, rcud 2656/2010. RETA: jubilación con aplazamiento luego incumplido. Pilar Palomino Saurina.

— 12 de abril de 2011, rc. 13672010. Sistema de incentivos al margen del convenio colectivo. Noelia Ortiz Vigo.

— 11 de julio de 2011, rcud 3956/2010. TRADE. Marisa López Villalba.

— 18 de julio de 2011, rcud 3970/2010. Incompatibilidades dentro del SOVI. Eva Más García.

2012

— 11 de junio de 2012, rec. 110/2011. Euskal Telebista. Esquirolaje tecnológico. Carmen Agut García.

— 16 de julio de 2012, rcud 2005/2011. Falta de acción al hilo de extinción contractual de piloto aéreo. Juan José Fernández Domínguez.

— 20 de julio de 2012, rcud 1601/2011 Extinción causal sin permanecer en activo. Juan Molins García-Atance.

— 20 de diciembre de 2012, rcud 3754/2011. Grupo de empresas. Carolina Blasco Jover.

2013

— 27 de marzo de 2013, rcud 1917/2012. Bolsa de empleo y cosa juzgada. Jesús García Ortega.

— 8 de abril de 2013, rec. 282/2011. Alcance del convenio colectivo en Marina Mercante. Ricardo Bodas Martín.

— 22 de julio de 2013, rcud 1380/2012. Personal Indefinido no fijo. Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz.

— 15 de octubre de 2013, rcud 3098/2012. VP. Pluralidad de contratos y subrogación. Patricia Prieto Padín.

— 25 de noviembre de 2013, rc. 52/2013. Despido colectivo de hecho. Elisa Sierra Hernaiz.

— 26 de diciembre de 2013, rc. 28/2013. Acción de jactancia en despido colectivo. María Desamparados Bohígues Esparza.

1090

— 26 de diciembre de 2013, rcud 2315/2012). Accidente *in itinere* tras fin de semana. Fernando Salinas Molina.

2014

— 20 de enero de 2014. Imposición de copago en póliza de asistencia sanitaria y MSCT. María Areta Martínez.

— 19 de febrero de 2014, rec. 3205/2012. VP. Tertuliano radiofónico. Esther Guerrero Vizueté.

— 24 de febrero de 2014, rec. 268/2011. Hospitales concertados. Yolanda Cano Galán.

Debo dejar constancia de la flexibilidad y buena disposición que todas esas personas han mostrado a la hora de aceptar el encargo que se les hacía (asignándoles directamente una u otra resolución). Y lo mismo vale respecto de la estructura interna o de la brevedad reclamada. De ese modo se aspira a conseguir no solo un testimonio de admiración sino también un repaso útil y de máximo nivel a nuestra jurisprudencia más significativa.

Dadas las características de esta obra hemos optado por una ordenación onomástica de las colaboraciones, prefiriendo de ese modo otras posibilidades (cronología de las resoluciones; materias examinadas; sentencias de Pleno o de Sección, votos Particulares; doctrina novedosa; etc.).

Puesto que ni siquiera la obra jurídica de Aurelio Desdentado es siempre rectilínea, sino que en ocasiones presenta cambios de enfoque o de criterio, parecía coherente, en un guiño más de complicidad, que la edificada en su honor tuviera un par de pequeñas contradicciones. Sin descubrirlas ahora, digamos que la extensión se ha excepcionado en un caso y que lo mismo sucede con la decisión de que cada resolución fuera comentada solo una vez.

* * *

La Segunda Parte quiere atender a esa otra faceta jurídica que Aurelio cultivó con entusiasmo y generosidad. Hasta tres docenas de referencias bibliográficas ha sido objeto de recensión, debiendo reiterarse aquí la gratitud hacia quienes han asumido esa tarea aceptando las condiciones propuestas. De

este modo aparecen las siguientes reseñas, ahora ordenadas por el citado orden alfabético:

— ARAGÓN GÓMEZ, Cristina. «Un sistema en busca de su identidad. Notas para una aproximación histórica a la crisis de la Seguridad social española», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 139 / 2008.

— ARGÜELLES BLANCO, Ana Rosa. «¿Una nueva dimensión del derecho de huelga? Más allá de la existencia de una lesión imputable y más allá del grupo de empresas. El caso Pressprint», *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 2 , enero 2016.

— CASAS BAAMONDE, María Emilia. «Problemas de coordinación en los procesos sobre responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 14/2008.

— CARRASCOSA BERMEJO, Dolores. «Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la seguridad social europea: del reglamento 1408/1971 al reglamento 883/2004», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006.

— CERVILLA GARZÓN, María José. «Constitución y Seguridad Social. Reflexiones para un aniversario», *Revista La Ley* 15 de diciembre de 2003.

— CREMADES CHUECA, Oriol. «Grupos de empresa y despidos económicos» (en colaboración con Elena Desdentado Daroca), *Lex Nova*, Valladolid, 2014.

— FUENTES GARCÍA ROMERO DE TEJADA, Carlos de. «Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/12. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales (1)», *Actualidad Laboral*, núm. 17-18 octubre 2012.

— GONZÁLEZ DE PATTO, Rosa. «De “Mesalina” a “otras”: La prostitución como trabajo ante los tribunales del orden social», *Revista de Jurisprudencia. El Derecho*.

— GRANADOS ROMERA, María Isabel, «Sobre los problemas procesales de los medios no jurisdiccionales de solución de conflictos», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 123/2016.

— IGARTUA MIRÓ, María Teresa, «Accidentes de trabajo: una reforma necesaria», *Revista La Ley*, 11 de diciembre de 2006.

— LAHERA FORTEZA, Jesús. «La ultraactividad en el Tribunal Supremo. Un comentario a la STS de 22 de diciembre de 2014», *Revista Información Laboral*, núm. 3/2015.

— LOPERA CASTILLEJO, María José. «Problemas procesales del despido colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo», en *El Estatuto de los Trabajadores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Estudios ofrecidos al catedrático y Magistrado Antonio Martín Valverde. Tecnos, Madrid, 2015.

— LÓPEZ AHUMADA, «J. Eduardo. Largo Caballero: el Derecho del Trabajo entre la reforma y la revolución. Al margen de dos biografías», *Información Laboral* núm. 6/2018.

— LÓPEZ CUMBRE, Lourdes. 123. «La relación laboral especial de los abogados con los despachos. Algunos puntos críticos», *Revista Poder Judicial*, núm. 86, 2007.

— MARTÍNEZ MOYA, «¿Puede recurrir quien ha ganado el pleito? Varias respuestas y una indicación sobre las relaciones entre la la jurisdicción constitucional y el orden social», *Revista La Ley* núm. 3/2006.

— MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Miguel Ángel. «¿Qué hacer con la incapacidad temporal?», *Revista La Ley* núm. 3/2007, 18 de mayo de 2007.

— MERCADER UGUINA, Jeseús Rafael. 33. «El asalto al Estado del Bienestar. Algunas reflexiones sobre la política reprivatizadora desde los Pactos de la Moncloa a la Ley Básica de Empleo», en *Argumentos*, Año 4, núm. 40, dic. 1980, en 1981.

— MOLERO MARAÑÓN, «La contradicción de sentencias en unificación de doctrina (2). El alcance de la contradicción», *Revista La Ley*, núm. 1/1996.

— MONEREO PÉREZ, José Luis. «La nostalgia del sistema: reflexiones sobre del derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del “Código de la Protección Social”», *Relaciones Laborales*, abril 1996

— MONTOYA MEDINA, David. «¿Qué hacer con el Derecho del Trabajo? Una reflexión sobre el futuro desde la práctica judicial», en AA. VV., *El Derecho laboral del siglo xxi, Estudios de Derecho Judicial*, núm. 118, CGPJ, Madrid, 2007.

— NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. «De nuevo, sobre trabajo y prostitución», *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, ISSN-e 2660-7360, vol. 1, núm. 2, 2020, pp. 135-147.

— OLARTE ENCABO, Sofía. *Los problemas generales de la acción protectora de la Seguridad Social en la unificación de doctrina*, Aranzadi, 2009 (en colaboración con Carmen Murillo García).

— RAMOS MORAGUES, Francisco. 263. «El accidente de trabajo del extranjero “sin papeles”», *Revista La Ley* 2.º/2004, 12 de marzo de 2004.

— RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio. «La protección social en el nuevo contrato a tiempo parcial», *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1999.

— RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. «Una noción enigmática: el hecho causante en las prestaciones de Seguridad Social (1 y 2)», en *Actualidad Laboral*, núm. 21 y 22, 2002.

— RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma. «El recargo de prestaciones de la seguridad social y su aseguramiento. Contribución a un debate», en *Revista de Derecho Social*, núm. 21, 2003.

— RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. *Tratado de despido colectivo (dirigido por Martín Godino, Reyes), con especial atención al llamado «despido colectivo de hecho»*.

— ROMERO RÓDENAS, María José. «El sistema normativo de la seguridad social», en *Revista de Derecho Social*, núm. 18, 2002.

— ROQUETA BUJ, Remedios. *El contrato de trabajo deportivo a través de la jurisprudencia*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2015.

— RUIZ SANTAMARÍA, José Luis. «Motivación y congruencia de las sentencias laborales en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 4, 1994 (en colaboración con J. R. Mercader Uguina).

— SANDE PÉREZ-BEDMAR, María de: 171. «Los indefinidos no fijos. ¿Una historia interminable o una historia terminada?», *Información Laboral* núm. 10/2018.

— SOUTO PRIETO, Jesús. *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, coautoría con Ana Belén Muñoz Ruiz, Valladolid, Lex Nova, 2012.

— TARABINI-CASTELLANI AZNAR, Margarita. «La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2002.

— TORMOS PÉREZ, Juan Alberto. «Problemas procesales del despido colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 169/ 2014 (octubre).

— VIQUEIRA PÉREZ, Carmen. «La legislación como propaganda», *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, núm. 7090, 2009.

— VIVERO SERRANO, Juan Bautista, «Ecos de Samoa sobre la expansión del derecho de huelga fuera del contrato de trabajo. El caso ALTRAD», *Información Laboral*, núm. 2/2007.

* * *

La Tercera y última parte pretende cerrar el volumen con una visión más intimista y humana, colacionando casi una veintena de testimonios, de muy

diversa índole, sobre aspectos heterogéneos de nuestro personaje. En el conocido orden de apellidos, son los siguientes:

— APARICIO TOVAR, Joaquín. «¡Cuánto echaré de menos las discusiones con Aurelio!».

— BARRIOS BAUDOR, Guillermo L. «Paseando por pamplona con un hombre bueno».

— BENITO-BUTRÓN OCHOA, Juan Carlos. «*In memoriam*: Aurelio Desdentado Bonete».

— CALVO IBARLUCEA, Milagros. «Homenaje Aurelio Desdentado Bonete».

— ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo J. «Mi recuerdo de Aurelio Desdentado».

— GARCÍA MURCIA, Joaquín. «Aurelio Desdentado Bonete, persona y personaje de excepción».

— GARCÍA RODRÍGUEZ, Bernardo. «Buscando con Aurelio Desdentado la casa de Largo Caballero».

— GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio. «Testimonio profesional sobre Aurelio Desdentado Bonete».

— GILOLMO LÓPEZ, José Luis. «Recuerdo de vivencias compartidas».

— GODINO REYES, Martín. «Se nos ha ido un grande del Derecho y de la vida».

— GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, Ignacio. «Aurelio Desdentado Bonete: la balanza y la lira».

— JUANES FRAGA, Enrique. «Semblanza de Aurelio Desdentado Bonete».

— LUELMO MILLÁN, Miguel Ángel. «De Aurelio Desdentado Bonete».

— MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz. «En Memoria de Aurelio Desdentado Bonete».

— MORA MARTÍNEZ, Lydia. «El maestro Aurelio».

— OLIVAREZ LAZCANO, Azucena. «Testimonio personal».

— PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. «Aurelio Desdentado, un jurista del trabajo de extraordinaria relevancia. *In memoriam*».

— QUESADA SEGURA, Rosa. «Homenaje a Aurelio».

— ROMERO BOLÍVAR, Rosario. «Gracias, D. Aurelio».

— SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio. «Aurelio Desdentado Bonete: un hombre ejemplar».

* * *

Ha sido un honor impulsar y dirigir esta obra. A todas y cada una de las ciento setenta personas que han aceptado sumarse les agradezco muy sinceramente su aportación. Solo el deseo de no desbordar la extensión razonable de

este remate me lleva a embridar la mención pormenorizada e individual que merecen, comenzando por la ciclópea tarea de coordinación asumida por Yolanda Cano Galán y el auxilio impagable del personal de la AEBOE, así como de la propia Editorial que nos acoge.

Sé que mucho le gustaría (¿o gustará?) comprobar que quienes prepararon o compartieron con él los debates de la Sala Cuarta, o lo hacen ahora, han aceptado integrarse aquí: Carmen Agut, Ricardo Bodas, Milagros Calvo, Yolanda Cano, Luis Fernando De Castro, Manuel Fernández-Lomana, Ignacio García-Perrote, José Luis Gilolmo, Ignacio González del Rey, Jesús Gullón, Miguel Ángel Luelmo, Carolina Martínez, Paz Menéndez, Gonzalo Moliner, Juan Molins, Emilio Palomo, Fernando Salinas, Juan Manuel San Cristóbal, María Luisa Segoviano, Jesús Souto, Margarita Tarabini-Castellani, Antonio Sempere.

Lo mismo cabe decir de que se hayan sumado colegas que han estado al frente del Tribunal Constitucional (Miguel Rodríguez-Piñero, María Emilia Casas), que desempeñan o han desempeñado funciones jurisdiccionales en otros órganos (Juan Carlos Benito-Butrón, José Antonio Buendía, Francisco Carmona, Enrique Juanes).

Pero no creo que quedasen (¿o queden?) en segundo plano las emociones al contemplar la presencia del resto de personas, profesionalmente menos conocidas, que aparecen en el listado como su Secretaria (Azucena) o quienes reivindicán el título de alumnas (Lydia Mora, Rosario Romero).

Grandísima satisfacción, seguro, le provocaría (¿o provocará?) comprobar cómo ha suscitado la respuestas de numerosas personas integradas en nuestra Universidades: Henar Álvarez, Iciar Alzaga, Joaquín Aparicio, Cristina Aragón, María Areta, Ana R. Argüelles, Alberto Arufe, María José Asquerino, Inmaculada Ballester, Guillermo Barrios, Miguel Basterra, Ignasi Beltrán, Carolina Blasco, Amparo Bohigues, Carmen Burgos, Jaime Cabeza, Javier Calvo, Alberto Cámara, Marian Castro, Faustino Cavas, Ángeles Ceinos, M.^a José Cervilla, Pilar Charro, Oriol Cremades, Charo Cristóbal, Jesús Cruz, Azucena Escudero, Ricardo Escudero, Juan José Fernández, Alicia Fernández-Peinado, Luis Antonio Fernández, José Flores, Carlos de Fuentes, Begoña G. Gil, J. Ignacio G. Ninet, Jesús G. Ortega, Belén G. Romero, Jordi G. Viña, José M.^a Goerlich, Rosa González, José Luis Goñi, Isabel Granados, Carmen Grau, Esther Guerrero, Javier Hierro, Maite Igartua, Francisco Jiménez, Carmen Jover, Jesús Lahera, M.^a José Lopera, José Eduardo López, Belén López, Rodrigo Martín, Reyes Martínez, M. Ángel Martínez-Gijón, Diego Megino, Jesús Mercader, M.^a Luisa Molero, José Luis Monereo, David Montoya, Josep Moreno, Ana B. Muñoz, Magda Nogueira, Sofía Olarte, Noelia Ortiz, M. Carlos Palomeque, Pilar Palomino, Salvador Perán, Cristina Polo, Patricia Prieto, Ana de la Puebla, Rosa Quesada, R. Yolanda Quintanilla, Gema Quintero, Francis-

co Ramos, Iván A. Rodríguez, Susana R. Escanciano, Guillermo R. Iniesta, Emma Rodríguez, Ana Romero, M.^a José Romero, Remedios Roqueta, Yolanda Sánchez-Urán, María de Sande, Concepción Sanz, Elisa Sierra, Montse Solé, Juan A. Tormos, José Luis Tortuero, Ángel de Val, Carmen Viqueira.

También es notable la aportación desde quienes reivindican su cualidad profesional de Abogacía (Puy Abril, Alfredo Aspra, Mario Barros, Emilio De Castro, Rubén Doctor, Raquel Flórez, Antonio Folgoso, Nacho del Fraile, Fermín Gallego, Bernardo García, Román Gil, Rafa Giménez-Arnau, Martín Godino, Adriano Gómez, Ignacio González, Carlos González, Pilar López, Iván López, Marisa López, Jesús M. Luis, José Marín, Eva Más, Alberto Novoa, M.^a José Ramo, José L. Salido) o de Graduados Sociales (Ricardo Gabaldón, Fermín Ojeda, Fulgencio Pagán).

Sin que falten profesionales destinados en diversos órganos institucionales (Raquel Aguilera, Juan Martínez Moya, Juan B. Vivero), representantes de Editoriales jurídicas (Lola Carrascosa), integrantes del Consejo de esta Colección (Joaquín García Murcia, Lourdes López Cumbre, Eduardo Rojo Torrecilla, Carmen Sánchez Trigueros), de la Inspección de Trabajo (Jesús Barceló, Juan Gómez) o de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Juan Antonio Sagardoy).

La práctica totalidad de este elenco puede invocar varios títulos profesionales (docencia, ejercicio profesional, funcionariado, Colegios Profesionales, etc.) y su anterior adscripción solo obedece al deseo de mostrar la pluralidad de su procedencia.

Si algo queda claro es que solo un jurista monumental, como Aurelio, puede concitar apoyos tan numerosos y variados. Se lo merece.

Pilar de la Horadada, agosto de 2021



Aurelio Desdentado Bonete, funcionario del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado y Técnico de Administración de la Seguridad Social, falleció en 2020 víctima de las terribles circunstancias sufridas por España en ese año maldito. El vacío dejado por su muerte ha motivado que sus compañeros y amigos, provenientes del mundo de la docencia universitaria y de la abogacía hayan querido rendirle un homenaje en esta obra colectiva.

Aurelio Desdentado fue Magistrado del Tribunal Supremo, Sala IV de lo Social (febrero 1986-marzo 2014) y presidió “en funciones” en varias ocasiones la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Fue también miembro de algunas Salas de Conflictos de Competencia de este Tribunal y de la Sala del artículo 61 de la LOPJ.

A lo anterior se suma su docencia universitaria, el ejercicio de la abogacía y una ingente bibliografía. Por ello, la presente obra incorpora estudios sobre los principales temas socio-laborales que estuvieron presentes en su obra y, por supuesto, los autores le dedican un emocionado recuerdo, con la exposición de las vivencias que compartieron con él.

Hasta ciento setenta personas del ámbito iuslaboralista colaboran en esta singular obra. Y es que, como afirma su Director en el Epílogo que la cierra, no es fácil resumir el perfil de un jurista tan excepcional, tan prolífico (Ponencias judiciales, Votos Particulares, Artículos, Conferencias, Libros, Clases, Congresos, Jornadas, etc.), tan cercano (admitiendo el diálogo sin distinción de categoría profesional, abriendo fácilmente las puertas de su amistad), tan ilicito (emprendedor, competidor no envidioso, campeón, vehemente, cordial), tan empático (siempre intentando ayudar a la resolución de los más variados problemas ajenos), tan modesto (esto es innegociable) y, entre otras muchas cosas, tan culto (lector insaciable, curioso endémico).